

THÈSE DE DOCTORAT

de l'Université de recherche Paris Sciences et Lettres
PSL Research University

Préparée dans le cadre d'une cotutelle entre
l'Université Paris-Dauphine
et

École Doctorale de Dauphine — ED 543

Spécialité

COMPOSITION DU JURY :

Soutenue le
par

Dirigée par

Au regretté
Dr Pierre JEAN

Remerciements

À Madame le Professeur **Sophie LEMAIRE**, *pour la richesse de ses commentaires.*

À Madame le Professeur **Elisa TORRALBA MENDIOLA**, *pour ses nombreuses clarifications.*

Le droit des investissements internationaux et l'Union européenne constituent deux systèmes juridiques qui sont désormais en interaction. La convergence de ces systèmes a été révélée lors de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, qui a initié un transfert de compétence en matière d'Investissement Direct Étranger et accorde donc la compétence à l'Union européenne pour conclure de nouveaux accords d'investissement.

Dans le cadre d'un chapitre préliminaire, l'analyse tente tout d'abord d'expliquer pourquoi et en quoi le droit des investissements internationaux, tel que résultant de la pratique conventionnelle bilatérale des États membres, et l'Union européenne constituent deux systèmes juridiques en interaction. La méthodologie juridique nécessaire à l'étude des manifestations de la mondialisation juridique est quant à elle décrite.

Par la suite, en distinguant les aspects matériels des aspects procéduraux du droit des investissements internationaux, cette thèse s'intéresse aux évolutions des rapports de ces deux systèmes et aux résultats des interactions normatives en cours. La première partie vise à démontrer que le droit matériel des investissements internationaux a fait l'objet d'une approche de la Commission européenne, mise en place dès les années 1990.

Quant au droit procédural des investissements internationaux, il ressort que ses liens avec l'Union européenne ont été plus distendus et qu'il n'a fait l'objet que d'un volet qui a été attaché à l'approche européenne du droit matériel des investissements internationaux, à partir de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.

Sur ces fondements, l'analyse met en exergue le processus d'eupéanisation en cours du droit des investissements internationaux, qui est relatif au mode de création de la norme internationale, à son contenu et à la participation de l'Union européenne à la procédure de règlement des différends, en vertu d'une procédure arbitrale devant être construite selon la configuration investisseur tiers-Union européenne.

Mots-clés : Arbitrage d'investissement – Compétence – Concurrences de juridictions internationales – Conflits de normes – Droit des investissements internationaux – Droit européen – Droit transnational – Interactions normatives – Mondialisation juridique – TBI extra-européens – TBI intra-européens – Traités bilatéraux d'investissement – Union européenne

International investment law and the European Union constitute two legal systems that are from now on in interaction. The convergence of these systems has been revealed by the entry into force of the Lisbon Treaty, which has initiated a transfer of competence in the field of Foreign Direct Investment and thus grants competence to the European Union for the conclusion of new investment treaties.

Within the framework of a preliminary chapter, the analysis first attempts to explain why and how international investment law, as it results from the bilateral conventional practice of Member States, and the European Union constitute two interacting legal systems. The legal methodology that is necessary for the study of the manifestations of legal globalisation is described.

Subsequently, by distinguishing between the substantive and the procedural aspects of International Investment Law, this thesis focuses on the evolutions of the relations between these two systems and on the results of the ongoing normative interactions. The first part aims to demonstrate that substantial international investment law has been the object of an approach from the European Commission, put in place as soon as the 1990s.

As for procedural international investment law, it appears that its links with the European Union have been more tenuous and that it has only been the object of a component which has been attached to the European approach of material international investment law, as soon as the entry into force of the Lisbon Treaty.

On these foundations, the analysis highlights the ongoing Europeanisation process of International Investment Law, which is related to the mode of creation of the international standard, its content and the participation of the European Union in the procedure of dispute resolution, by virtue of an arbitral procedure which should be constructed according to the foreign investor-European Union configuration.

Keywords : Bilateral Investment Treaties – Competence – Competing jurisdictions of international tribunals – Conflicts of norms – European law – European Union – Extra-European BIT – International investment law – Intra-European BIT – Investment arbitration – Legal globalisation – Normative interactions – Transnational law

Liste des principaux sigles et abréviations

AEDIPr	Anuario Español de Derecho Internacional Privado
AFDI	Annuaire Français de Droit International
AGCS	Accord Général sur le Commerce des Services
AII	Accords Internationaux d'Investissement
AJIL	American Journal of International Law
ALENA	Accord de Libre-Échange Nord-Américain
APPRI	Acuerdo de Protección y de Promoción Recíproca de Inversiones
BYIL	British Yearbook of International Law
CCI	Chambre du Commerce International
CDI	Commission du Droit International des Nations Unies
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CEE	Communauté Économique Européenne
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CIJ	Cour Internationale de Justice
CIRDI	Centre International de règlement des Différends relatifs aux Investissements
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CMLR	Common Market Law Review
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International
CPA	Cour Permanente d'Arbitrage
CPJI	Cour Permanente de Justice Internationale
EJIL	European Journal of European Law
ELJ	European Law Journal

Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
ICLQ	International & Comparative Law Quarterly
ICSID	International Center for Settlement of Investment Disputes
IDE	Investissement Direct Etranger
IDI	Institut de Droit International
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
JDI	Journal du Droit International (Clunet)
LCIA	London Court of International Arbitration
NAFTA	North American Free Trade Agreement
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Économiques
ONU	Organisation des Nations Unies
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye
REDE	Revista Española de Derecho Europeo
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
RTDE	Revue Trimestrielle de Droit Européen
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev.dr.aff.int	Revue de Droit des Affaires Internationales
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
SFDI	Société Française pour le Droit International
TBI	Traité Bilatéral d'Investissement
TCE	Traité instituant la Communauté Européenne
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
UNCITRAL	United Commission on International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development

Résumé de thèse en langue espagnole

Introducción

El Derecho de las inversiones internacionales se halla en una fase de transformación. De forma visible desde los últimos años, ya no parece ser esa disciplina autosuficiente y difícil de reformar que solía ser. Por lo tanto, estudiarlo como disciplina autónoma carecería de pertinencia y convendría medir el alcance de sus características no sólo a través del prisma de otras disciplinas jurídicas con las cuales interactúa, entre ellas los Derechos humanos, la regulación del comercio internacional o del medio ambiente, sino también teniendo en cuenta la irrupción de nuevos actores que intervienen en su desarrollo. Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Unión Europea constituye uno de esos nuevos actores del Derecho de las inversiones internacionales que se ve afectado al nivel mundial por los fenómenos de regionalización y de multilateralización.

En esta tesis, se parte de la premisa de que el Derecho de las inversiones internacionales y el Derecho de la Unión Europea son dos sectores del ordenamiento jurídico internacional que están interactuando. Con la ayuda de un razonamiento específico que explicaremos luego y con el objetivo de demostrar la realidad de las interacciones, el estudio quiere contestar a las preguntas siguientes: ¿Por qué y en qué el Derecho de las inversiones internacionales y la Unión Europea están ahora en confrontación? ¿Cómo están interactuando estos conjuntos jurídicos a raíz del establecimiento de esta nueva configuración? ¿Cuál será el resultado de las interacciones normativas? ¿Vamos a asistir a la coexistencia de los conjuntos o la sustitución de uno por el otro?

En pocas palabras, podemos ya poner de relieve el indicio más fuerte de esas nuevas interacciones, que es la noción de inversión extranjera directa que ha sido insertada en los artículos del TFUE relativos a la política comercial común europea.¹ Así, últimamente el Tratado de Lisboa ha puesto de manifiesto las relaciones entre ambos sectores, cuyos efectos parecen difíciles de delimitar en su globalidad. A primera vista, la revisión de los tratados constitutivos revela de manera oficial la realidad de las interacciones entre estos sectores y activa un posible cambio de los

1 El Artículo 207 §1 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea dispone que «*La política comercial común se basará en principios uniformes, en particular por lo que se refiere a las modificaciones arancelarias, la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales relativos a los intercambios de mercancías y de servicios, y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial, las inversiones extranjeras directas, la uniformización de las medidas de liberalización, la política de exportación, así como las medidas de protección comercial, entre ellas las que deban adoptarse en caso de dumping y subvenciones. La política comercial común se llevará a cabo en el marco de los principios y objetivos de la acción exterior de la Unión.*»

El §4 dispone que «*Para la negociación y celebración de acuerdos en los ámbitos del comercio de servicios y de los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial, así como de las inversiones extranjeras directas, el Consejo se pronunciará por unanimidad cuando dichos acuerdos contengan disposiciones en las que se requiere la unanimidad para la adopción de normas internas.*» Subrayamos.

sujetos que participan en las relaciones jurídicas reguladas en este ámbito.

Estudiar las interacciones nos invita primero a caracterizar los conjuntos que están en confrontación. Así, por un lado, el Derecho de las inversiones internacionales es una rama del Derecho internacional, compuesto por una parte material que se integra en el ámbito del Derecho internacional público y que contiene disposiciones de promoción y de protección de las inversiones extranjeras. Está compuesto también por una vertiente procesal que permite al inversor extranjero, en caso de un conflicto sobre la aplicación de las normas de promoción y de protección contenidas en los acuerdos, acudir al arbitraje según una modalidad inversor-Estado. Desde el proceso de internacionalización, la fuente principal de este Derecho está compuesta por los acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), que fueron firmados por los Estados miembros con países terceros.

Por otro lado, consideramos la Unión Europea como un proyecto político institucionalizado, construido sobre la base de instrumentos de Derecho internacional y marcado por las dinámicas de ampliación y de profundización. Retendremos que se trata de una organización regional de vanguardia con finalidades evolutivas, dentro de las cuales la que nos interesa aquí es la voluntad de llegar a ser actor mundial, actuando en materia de inversión internacional. Para realizar este objetivo, al observar el contenido del TFUE entendemos que esa revisión permite a la Unión Europea disponer de una base jurídica para que el Derecho resultante de la práctica convencional internacional de los Estados miembros en este ámbito forme parte de su acción externa y que pueda negociar y concluir nuevos APPRI.

Ante esta constatación, uno de los propósitos de esta tesis es demostrar que las interacciones en curso tienen como origen la voluntad de la Unión Europea de crear una política común de inversión. Veremos que el Derecho de las inversiones internacionales ha sido el objeto de un enfoque por parte de la Comisión Europea y que este enfoque debía conducir a la conclusión de los acuerdos de inversión por la Unión Europea y a la participación de la organización regional en el arbitraje de inversión como parte demandada, es decir a la europeización del Derecho de las inversiones internacionales.

Más concretamente, en nuestra demostración, veremos que el enfoque europeo del Derecho de las inversiones internacionales es un proceso en curso, que fue iniciado a partir de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht y que se ha centrado primero en la vertiente material de este Derecho. El objetivo de este enfoque ha sido la obtención de la capacidad de producción de la

norma internacional en materia de inversión internacional de que disponían los Estados miembros.

Otro propósito de esta tesis es enfocarse en los resultados de la confrontación. Una nueva competencia adquirida por una transferencia debe permitir a la Unión Europea concluir acuerdos internacionales de inversión con países terceros. Tendremos que determinar si la organización regional seguirá la práctica convencional estatal o si incluirá un capítulo inversión en los acuerdos de libre comercio. Los acuerdos de libre comercio recientemente concluidos por la Unión Europea con Canadá y con Vietnam nos indica que la Comisión Europea favorece la segunda opción.² Concluir nuevos acuerdos implica que, en caso de violación alegada por un inversor tercero de una o de varias disposiciones de estos acuerdos, la responsabilidad internacional de la Unión Europea pueda verse comprometida. En tal caso, la organización regional tendrá que participar en el modo de arreglo de controversias tal y como está previsto en estos acuerdos.

Por lo tanto, entendemos a primera vista que de la obtención de la capacidad convencional en materia de inversión internacional depende del éxito del enfoque europeo del Derecho de las inversiones internacionales y la participación de la Unión Europea en el arbitraje de inversión como parte demandada.

Antes de estudiar en sí mismo el tema y de concluir si el arbitraje según la modalidad inversor-Unión Europea va a concretarse, el primer propósito de esa tesis es proceder a la etapa fundamental de teorización, en el marco de un capítulo introductorio. El objetivo de éste es conseguir un mejor conocimiento de los fenómenos que se abordan en la tesis y destacar sus distintas facetas. Así, resulta necesario observar el contexto global y localizar ambos conjuntos jurídicos dentro de la configuración jurídica general. Para ser más preciso, el tema plantea dos cuestiones principales y preliminares, la de los orígenes de la confrontación actual y la de la metodología jurídica adecuada para proceder al estudio.

Contestar a estas preguntas permite caracterizar y comparar el Derecho de las inversiones internacionales y la Unión Europea, haciendo hincapié en las relaciones entre los conjuntos, desde su desarrollo paralelo hasta su colisión final. Aparecen de entrada los distintos objetivos de las disciplinas, dado que el Derecho de las inversiones internacionales pretende fundamentalmente la protección de las inversiones, mientras la meta del Derecho europeo sigue siendo la libertad de circulación de los factores de producción dentro del mercado común. Veremos que, a pesar de esas

² Ver el acuerdo de libre comercio e inversión entre la Unión Europea y Canadá, abierto a la firma en julio de 2016, y el entre la Unión Europea y el Vietnam, texto acordado desde enero de 2016.

diferencias, ambos conjuntos coinciden en muchos aspectos.

En primer lugar, ¿por qué el Derecho de las inversiones internacionales chocó con el sistema jurídico europeo? Si ya hemos parcialmente contestado a la pregunta, señalando la voluntad de la Comisión europea y su integración deseada del sector jurídico de las inversiones en el sistema jurídico europeo, lo que revela la expresión “hace frente” en el título del tema de tesis, veremos que la confrontación jurídica es el resultado de un proceso más complejo.

Estudiar los orígenes de la confrontación nos invita a identificar las dinámicas subyacentes que han dado lugar a esa confrontación. Prestaremos atención así al proceso de creación y de evolución de los conjuntos jurídicos. Nuestra opinión es que el enlace jurídico proviene, en primer lugar, de la dinámica de fragmentación del Derecho internacional público y, en segundo lugar y al nivel regional, de la voluntad de acercamiento del proyecto europeo institucionalizado al ámbito de la inversión internacional.

En cuanto al proceso de creación de los conjuntos jurídicos, esta cuestión depende del análisis del fenómeno general de fragmentación del Derecho internacional público. Mostraremos que éste fomentó el establecimiento de un Derecho internacional de las inversiones y de un modelo único de organización regional, las Comunidades Europeas. Gracias a la descentralización normativa de estas ramas jurídicas con respecto a su tronco común, la ventaja de esta dinámica es la especialización que permite cumplir finalidades específicas. Plantea también nuevos problemas, como el de la coherencia dentro del ordenamiento jurídico internacional.

Siguiendo el razonamiento y enfocándose en la evolución de los dos sectores del ordenamiento jurídico internacional, lo que recientemente ha contribuido a pasar de un desarrollo paralelo y pacífico a la confrontación de los conjuntos es, se cree, el fenómeno de acercamiento. Por medio de una transferencia de competencia, la Unión Europea espera así proceder a una centralización de la producción normativa internacional en materia de inversión extranjera. Este proceso debe conducir a la creación progresiva de un Derecho convencional europeo de las inversiones internacionales, en el marco de una nueva política común, lo que supone la competencia exclusiva de la Unión Europea.

En segundo lugar, ¿cuál es la metodología jurídica que debe aplicarse, teniendo en cuenta la naturaleza evolutiva del estudio de las interacciones entre los conjuntos jurídicos? La respuesta no es evidente. De hecho, se parte de la base de que una de las dificultades del estudio es la descripción

de la nueva realidad resultante de la confrontación. En este sentido, este tema es una manifestación del fenómeno de la mundialización jurídica, cuyos efectos son difíciles de apreciar y pueden ser volátiles.

La doctrina reconoce además que todavía no existe un Derecho de las interacciones. Veremos que la interactividad dentro de los fenómenos jurídicos pone en duda el uso de los razonamientos jurídicos tradicionales e incita a encontrar técnicas nuevas de análisis. La razón de eso es, según nuestra opinión, la influencia del orden económico internacional que, en términos generales, es vector para el Derecho de una multitud de nuevas tensiones y problemas. Eso se materializa en forma de un desorden jurídico internacional material y procesal, que la metodología jurídica tiene que considerar y ayudar a resolver.

Se demostrará que nuestro tema de estudio se inscribe en el núcleo de esos fenómenos, traducidos en la expresión de mundialización jurídica. Estos nuevos desafíos nos incitan a renovar el razonamiento jurídico clásico y a alejarnos de los instrumentos tradicionales, para proponer nuevas técnicas de resolución y participar en la creación del Derecho de las interacciones. Pondremos de relieve primero las características de la nueva metodología jurídica de referencia. Basta aquí con decir que el razonamiento aplicado a las relaciones de conjuntos es sobre todo horizontal y que se basa en las etapas de comparación y de combinación de los sistemas jurídicos. A ello se añade la búsqueda de coherencia y de diálogo entre los sistemas, con el fin de garantizar la seguridad jurídica.

En cuanto a las nuevas herramientas que reflejan el cambio de metodología, se trata de las figuras de las interacciones normativas y de la contingencia jurídica. La primera presupone la aceptación de la teoría del pluralismo jurídico, pero asimismo la de la creación del Derecho según una configuración que se aleja de la pirámide de Kelsen y que conduce en nuestro caso al recurso a la modalidad mixta de conclusión de los acuerdos internacionales, haciendo participar en los procedimientos de aprobación, como partes signatarias, a la Unión Europea y a los Estados miembros. La segunda pone énfasis en las incertidumbres relativas a las realizaciones europeas, como lo demuestra recientemente el anuncio de la salida del Reino Unido de la Unión Europea, que plantea problemas inéditos. El tema de la contingencia jurídica debe recordarnos la cautela con la que se debe estudiar la cuestión de la posible europeización del Derecho de las inversiones internacionales.

Más concretamente, sobre la base de esas constataciones, el primer fundamento de nuestra

metodología será el razonamiento dialéctico, que consiste en considerar la naturaleza dinámica y evolutiva de los fenómenos en curso. El segundo fundamento será el positivismo y su análisis del Derecho vigente, más la necesidad de ir más allá en el razonamiento y de considerar como debería ser el Derecho de las inversiones internacionales. Teniendo en cuenta el proyecto de la Unión Europea y el hecho de que ésta fue descrita como un laboratorio experimental, las propuestas europeas tendrán que ser analizadas desde un punto de vista crítico y según un criterio de realismo.

Desde esta óptica, con el fin de comprender el alcance de la europeización, proponemos considerar el Derecho de las inversiones internacionales primero *de lege lata*, para luego formular propuestas *de lege ferenda* resultando de la influencia del Derecho europeo y de las recomendaciones de la sociedad civil internacional. Habrá también que esperar la puesta en práctica de las propuestas europeas para poder extraer conclusiones definitivas. Creemos así que los resultados del enfoque europeo pueden anticiparse, comparando las posibilidades teóricas con las capacidades concretas de actuación de la Unión Europea, que cada mes aparecen con más claridad con la publicación de sus textos de negociación y de sus nuevas iniciativas que subrayaremos luego.

Por último, cabe señalar la necesidad de estructurar el razonamiento y el acercamiento de la Unión Europea hacia el Derecho de las inversiones internacionales, puesto que los procesos que se estudian son largos y evolutivos. Por lo tanto, de acuerdo con lo que hemos explicado antes sobre la transferencia de competencia, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa constituye la referencia que revela el enlace oficial entre ambos conjuntos y el principio de la europeización. Demostraremos que enfatiza una nueva etapa en las interacciones, tanto en lo relativo a las relaciones que la Unión Europea mantiene primero con el Derecho material de las inversiones internacionales como a los lazos que establece con la dimensión procesal del mismo Derecho.

Antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, pondremos de relieve que el proceso interactivo ya había sido activado y que se mantuvo latente, sin embargo. Así, proponemos vincular el inicio del enfoque europeo del Derecho material de las inversiones internacionales al fin del mundo bipolar, que corresponde a una nueva etapa en la evolución de ambos sectores, dado el fortalecimiento de la mundialización y el establecimiento de un modo de gobernanza que permitió esa nueva configuración. Al contrario, el estudio considera que un movimiento equivalente en Derecho procesal sólo se ha puesto en marcha cuando la Unión Europea ha obtenido la competencia convencional que antes correspondía a los Estados miembros.

De acuerdo con estos últimos comentarios, el plan de estudio de esta tesis es el siguiente: el

análisis de las interacciones empezará por el examen del enfoque europeo de la vertiente material del Derecho de las inversiones internacionales, haciendo hincapié tanto en la realidad de este movimiento como en sus efectos. Se demostrará que esta vertiente ha sido el blanco de una estrategia de acercamiento iniciada por la Comisión Europea y se analizará si este movimiento puede resultar en que la organización regional disponga de una fuerza de atracción para europeizar el modo de conclusión de los acuerdos internacionales de inversión. ¿Cómo podría evolucionar en adelante el Derecho material positivo? (**primera parte**)

Seguiremos confrontando este enfoque material con la vertiente procesal del Derecho de las inversiones internacionales. Al hacerse una de las partes signatarias de los futuros acuerdos de inversión de similar contenido al de los acuerdos vigentes, la Unión Europea se compromete a arreglar posibles controversias en virtud de las vías previstas por las cláusulas procesales de estos acuerdos. Por tanto, el Derecho procesal de las inversiones internacionales tendría que ser el objeto de un enfoque adicional de la Unión Europea.

No obstante, hay que saber si las especificidades de este Derecho pueden condicionar los avances del enfoque material. A primera vista, parece que la vertiente procesal constituye un ámbito en el cual la organización regional tiene una capacidad de participación limitada, a pesar de que la mayoría de la doctrina considera que esta integración es posible. (**segunda parte**)

Parte 1. El enfoque europeo del Derecho material de las inversiones internacionales

El punto de partida del análisis de las interacciones es el reconocimiento de que, antes del advenimiento de la postmodernidad, el Derecho de las inversiones internacionales y el proyecto europeo institucionalizado constituyeron dos conjuntos distintos y separados, que se desarrollaron de manera paralela y en una relativa indiferencia. Durante un largo período de tiempo era, por consiguiente, difícil imaginar que estas dos materias pudieran encontrarse y tender hacia un punto común, la política común europea de inversión.

Era sin embargo previsible que el proyecto europeo quisiera añadir la materia de las inversiones internacionales a su acción externa, dado que sus ámbitos de intervención no pararon de ampliarse desde su institucionalización y que la Comisión Europea desea que la Unión europea se convierta en un actor mundial. De los otros objetivos de la nueva competencia podemos destacar una mejor capacidad de negociación de la Unión Europea y una unificación de las distintas políticas estatales que pueden ser una fuente de discriminación entre inversores europeos, dado que cada Estado miembro ha concluido un número variable de APPRI con los Estados terceros y que así un inversor de un Estado miembro puede beneficiar de la protección, mientras otros no.

Demostremos que el enfoque europeo del Derecho de las inversiones internacionales ha sido iniciado primero en torno a la vertiente material de este Derecho, desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht que otorgó nuevos poderes al Consejo de la Unión Europea para restringir la libre circulación de los capitales extranjeros. Después, la Comisión Europea trató de ampliar el contenido de la política comercial común durante las revisiones de los tratados en Ámsterdam y Niza, sin éxito. Sobre la base de los avances del proyecto de Constitución Europea, el Tratado de Lisboa marca la transición de una competencia material fragmentada a una competencia proclamada exclusiva y de un paralelismo a una confrontación normativa.

Así, para abordar la integridad de esta evolución, analizaremos en primer lugar el fenómeno de acercamiento de las instituciones europeas hacia el Derecho material de las inversiones internacionales, que se produce bien por medio de una transferencia de competencia, bien mediante el control por la UE del contenido de los APPRI con respecto al Derecho comunitario. Éste ha llevado a una progresiva convergencia normativa, confirmada por la problemática adicional de la protección de las inversiones intra-comunitarias por los APPRI (**título 1**). Veremos por qué. Luego, se analizarán las posibilidades de europeización del Derecho material de las inversiones extra-europeas, a partir de la entrada en vigor del tratado de Lisboa (**título 2**).

Título 1. El Derecho internacional material de las inversiones comunitarias

Como primer punto de convergencia, cabe señalar que ambos conjuntos jurídicos fueron creados a finales de los años 50. El primer APPRI firmado fue entre Alemania y Pakistán, en 1959, para proveer garantías a los inversores, mientras la creación del Derecho comunitario fue lanzada en Europa en 1957 para la realización de un mercado interior mediante el establecimiento de cuatro libertades fundamentales. Los conjuntos pudieron convertirse en dos conjuntos desarrollados, para dar lugar por una parte al establecimiento de la red convencional de APPRIs entre la casi totalidad de los Estados del mundo y, por otra, a una organización regional cuyos ámbitos de competencia no cesaron de ampliarse.

Antes de la europeización, veremos que las interacciones ya fueron una realidad, en primer lugar, en el ámbito extra-europeo. De hecho, sobre la base de una competencia limitada, la Comisión Europea pudo constituir una práctica convencional con disposiciones relativas al periodo anterior al establecimiento de las inversiones, periodo que es relativo al acceso al mercado de las inversiones y no a la protección de las inversiones extranjeras que fueron aceptadas en el territorio del Estado huésped.

La intervención de los Estados miembros era así necesaria para poder concluir acuerdos completos en comercio e inversión, puesto que las competencias de la UE no eran suficientes para actuar sola. Esto incitó a la Comisión Europea a iniciar su enfoque hacia la europeización del Derecho de las inversiones. Mientras tanto, la Comisión Europea puso de relieve las incompatibilidades contenidas en los APPRIs concluidos con los Estados Unidos y con Canadá, de manera preventiva, mientras el Tribunal de justicia reconoció que las cláusulas de libre transferencia de los APPRIs concluidos con Estados terceros por Estados miembros, antes de su adhesión a la organización regional, se oponían al Derecho comunitario.

De una manera más sorprendente, el Derecho de las inversiones internacionales interactúa también con del Derecho europeo en el marco intra-europeo, debido a la política de ampliación de la Unión que convirtió los APPRIs extra-europeos concluidos con los países de Europa central y oriental en APPRIs intra-europeos. A pesar de la participación de la Comisión Europea en los procesos arbitrales como *amicus curiae* cuyo objetivo era demostrar que el Derecho comunitario debía remplazar el Derecho internacional después de la adhesión, la aplicabilidad de este tipo de APPRIs fue reconocida. Ello es fuente de un solapamiento normativo e invita a comparar y a combinar los diversos Derechos, en virtud del razonamiento indicado previamente.

Por lo tanto, estudiar el Derecho internacional material de las inversiones comunitarias plantea dos cuestiones. Supone estudiar las relaciones entre el Derecho Europeo y el Derecho material de las inversiones extra-europeas primero (**capítulo 1**) y de las inversiones intra-europeas luego (**capítulo 2**).

Título 2. La europeización del Derecho material de las inversiones extra-europeas

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa marca una nueva etapa en el enfoque europeo y en las relaciones entre ambos conjuntos, la del principio de la europeización. Si los resultados de este proceso parecían inciertos y habían provocado un debate en doctrina sobre el alcance de la nueva competencia, la conclusión reciente de los acuerdos con Canadá y con Vietnam muestra la realidad del fenómeno y permite sostener que la futura producción de la norma internacional en materia de inversión internacional está centralizándose alrededor de la Comisión Europea.

El proceso de europeización en curso afecta tanto al modo de conclusión de los futuros acuerdos internacionales de inversión como al contenido de éstos. Tiene también que establecer un periodo de transición para los acuerdos concluidos por los Estados miembros que permanecen válidos en Derecho internacional.

En primer lugar, las instituciones europeas han sentado las bases de una nueva política común de inversión (**capítulo 1**). Ello se ha realizado mediante la proclamación de una competencia europea exclusiva, en materia de inversión directa extranjera, por el Tratado de Lisboa. El reglamento N°1219/2012 ha establecido posteriormente disposiciones transitorias en cuanto a los acuerdos de inversión extra-europea concluidos por los Estados miembros y permite a la Comisión Europea alcanzar los APPRIS concluidos después de la adhesión de los Estados a la Unión Europea.³

La nueva competencia contenida en el Tratado de Lisboa plantea el problema de la identificación de los futuros acuerdos que la Unión Europea planea concluir y de su contenido (**capítulo 2**). Vamos a ver que, con países terceros, la guardiana de los Tratados tiene como objetivo negociar acuerdos de libre comercio que incluyen un capítulo sobre inversión y acuerdos de protección de las inversiones. ¿Cuál será el modo de conclusión de estos acuerdos, mixto o puro?

3 Ver el Reglamento (UE) n°1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países.

¿Cómo va a influir la participación de la Unión Europea en el contenido de estos diversos acuerdos?
¿Los Estados miembros todavía pueden negociar y concluir APPRIIs?

Parte 2. ¿Un enfoque europeo del Derecho procesal de las inversiones internacionales?

Pongamos en duda nuestras primeras conclusiones. ¿Esta europeización del Derecho material de las inversiones internacionales podría quedar desvirtuada teniendo en cuenta ahora la otra vertiente de este Derecho, es decir el recurso al arbitraje de inversión? Prima facie, se podría pensar que sí, dado que persisten dudas sobre el inicio del enfoque europeo del Derecho procesal de las inversiones internacionales que debe completar el enfoque material. Varios elementos indican que no se trata de un nuevo enfoque, sino de un elemento integrante del enfoque ya establecido en Derecho material.

Ello se entiende con facilidad al considerar las relaciones entre el sistema europeo y el Derecho del arbitraje. Cabe señalar que hasta ahora, este Derecho no ha sido objeto de una estrategia europea global. Lo demuestra el hecho de que los textos europeos en el ámbito procesal, sobre la competencia judicial internacional, reconocimiento de decisiones y notificación y prueba intra-europeos excluyen el arbitraje de sus campos de aplicación material. Sobre el tema particular del arbitraje de inversión y para explicar la distancia entre ambos, cabe añadir que éste constituye un ámbito altamente especializado y que el arbitraje todavía no se ha integrado de manera general la acción externa de la Unión Europea. La doctrina está de acuerdo en que la Comisión Europea todavía carece de experiencia en la resolución de controversias según este modo.

A la luz de todo ello, se podría pensar que la Unión Europea desea alejarse del arbitraje y ofrecer otro medio de resolución de controversias a los inversores. Sin embargo, la participación de la Unión Europea en el arbitraje de inversión sobre la base de los nuevos acuerdos concluidos aparece ser una cuestión ineludible. Dado que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha llevado a la inserción del arbitraje de inversión en el orden jurídico europeo, mostraremos que ha dado lugar a nuevas iniciativas para resolver las consecuencias procesales de la adquisición de la capacidad convencional y asegurarse de que la Unión Europea pueda participar en la resolución de controversias frente a inversores terceros. Se partirá de la base de que el Tratado de Lisboa provoca en el ámbito procesal una necesidad de europeización del arbitraje de inversión.

Pero antes, dedicaremos esa segunda parte al estudio de las relaciones entre las instituciones europeas y el Derecho procesal de las inversiones internacionales, haciendo hincapié en el

fenómeno de convergencia que no aparecerá con tan claridad como fue el caso para el Derecho material, en cuanto a la resolución de controversias relativas a las inversiones extra-europeas. En el marco intra-europeo, la posibilidad para un inversor europeo de acudir al arbitraje sobre la base de los APPRI intra-europeos ha avivado un debate que se agregó al de la aplicabilidad de esos instrumentos convencionales (**título 1**). Procederemos luego al análisis de la europeización del Derecho procesal de las inversiones extra-europeas. Ésta debe desarrollarse de forma paralela al mismo proceso aplicado a la vertiente material, después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (**título 2**).

Título 1. El arreglo internacional de controversias relativas a las inversiones comunitarias

En el ámbito procesal, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa pone fin no sólo a las previas relaciones distantes entre el proyecto europeo institucionalizado y el Derecho procesal de las inversiones internacionales sino a la ausencia de una estrategia por parte de la Comisión Europea en este ámbito. Para explicar esta situación, se parte de la premisa de que la vía arbitral pertenece al ámbito del principio de autonomía procesal de los Estados miembros que no permitió la creación de Derecho europeo del arbitraje. Antes de la obtención de la capacidad convencional, mostraremos que ambos conjuntos se desarrollaron de manera separada.

Por una parte, cabe mencionar el desarrollo del arbitraje de inversión, que proporcionó soluciones a las desventajas de la protección diplomática. Progresivamente, el recurso al arbitraje de inversión se convirtió en el modo usual de arreglo de controversias relativas a las inversiones extra-europeas. Hemos visto anteriormente que estos acuerdos fueron concluidos con países terceros por los Estados miembros, lo que significa que sobre esa base las reclamaciones de los inversores terceros no pueden dirigirse directamente hacia la organización regional (**capítulo 1**).

Por otra parte, conviene subrayar el acercamiento de los conjuntos a medida que se desarrolló el proyecto europeo, sobre todo en la dimensión intra-europea. Dentro del mercado común, cabe mencionar el reconocimiento de la arbitrabilidad del Derecho europeo y el hecho de que este Derecho prevé el recurso al arbitraje en varias materias jurídicas, como en competencia, consumo y deporte. En sus acuerdos con países terceros, la Unión europea favoreció el recurso al método diplomático de resolución de controversias. Si la Unión Europea es parte signataria del Tratado sobre la Carta de la Energía que contiene un capítulo inversión y prevé el recurso al arbitraje, todavía no tuvo la oportunidad de actuar como parte demandada en un proceso arbitral iniciado sobre esta base.

La convergencia se ha vuelto patente como consecuencia de la aplicabilidad reconocida de los APPRI intra-europeos. El hecho de que un inversor europeo pueda acudir al arbitraje ha provocado una superposición teórica de competencias judiciales que plantea el problema de la identidad del juez de las inversiones intra-europeas. ¿Se trata del árbitro o del juez europeo? Después de haber constatado que el Derecho europeo no puede obstaculizar la competencia de los árbitros, nos basaremos en la dinámica de combinación para ver que hay que considerar la pluralidad y pensar en los medios de la cooperación jurisdiccional (**capítulo 2**).

Título 2. La europeización del arbitraje de inversión extra-europea

La europeización del arbitraje de inversión constituye la etapa final del enfoque europeo del Derecho de las inversiones internacionales. Aparece también como el epicentro de la acción de la Comisión europea y su desafío más grande, puesto que es un ámbito nuevo y que de la buena resolución de controversias depende la viabilidad del proyecto de política comercial común y los futuros flujos de inversión hacia el territorio europeo.

¿Cuál será el modo de arreglo de controversias que los acuerdos concluidos por la Unión Europea van a ofrecer a los inversores terceros? ¿Si todavía se trata del arbitraje de inversión, cómo evolucionarán los procesos una vez participe una organización internacional como parte demandada? Recordamos en este sentido que el arbitraje de inversión fue concebido según la modalidad inversor-Estado.

Más que la creación de un segundo enfoque, en la vertiente procesal la entrada en vigor del Tratado de Lisboa marca el establecimiento de varias iniciativas, cuyo objetivo es asegurarse de la participación de la Unión Europea en los procedimientos arbitrales. Estas iniciativas demuestran que la Comisión Europea prevé conceder a los inversores el recurso al arbitraje, como por ejemplo el Reglamento N°912/2014.⁴ Cabe mencionar que la obtención de la capacidad convencional no da lugar a la participación automática de la Unión Europea en los procedimientos. Para determinar los casos en que la Unión Europea podrá actuar como parte demandada, hay que razonar en función del acuerdo que servirá de base para la competencia de los árbitros.

Así, en cuanto a los APPRI concluidos por los Estados miembros y el período de transición

4 Ver el Reglamento (UE) n°912/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte.

regulado por el reglamento N°1219/2012, nuestra opinión es que las reclamaciones de los inversores terceros todavía no pueden dirigirse directamente hacia la Unión Europea, debido a la relatividad de las cláusulas arbitrales de los APPRI vigentes que fueron concluidas sólo por los Estados miembros y que por consiguiente no obligan a la Unión Europea. Ello no significa que la Comisión Europea no haya intentado garantizar, gracias al Reglamento, su participación en los futuros procesos arbitrales como *amicus curiae*, incluso ampliar el papel que este « amigo de la corte » suele cumplir.

En cuanto a las negociaciones de los futuros acuerdos europeos de inversión, el caso de los acuerdos concluidos por la Unión Europea únicamente, según un modo llamada « puro », no plantean problemas específicos. La Unión Europea tendrá que actuar como parte demandada y asumir la responsabilidad financiera. Una cuestión adicional es la elección de las reglas procesales que pueden regir un procedimiento inversor-Unión Europea.

El caso de los acuerdos mixtos es más problemático. Puesto que tanto la Unión Europea como los Estados miembros son partes contratantes en estos acuerdos, es necesario saber quién será y actuará como parte demandada en los procesos arbitrales basados en estos acuerdos. El Reglamento N°912/2014 tiene como objetivo gestionar el tema del reparto de la responsabilidad financiera entre los Estados miembros y la Unión Europea, posiblemente demandados ante los tribunales arbitrales sobre la base de los acuerdos concluidos por la Unión Europea y trata además de la cuestión de la responsabilidad internacional y del desarrollo de los procedimientos arbitrales. En pocas palabras, el Reglamento atribuye la representación internacional a la Unión Europea según el nuevo reparto de competencias y establece una distribución estricta de la responsabilidad financiera, en función de la entidad responsable del comportamiento litigioso.

Estas iniciativas deben garantizar la buena participación de la Unión Europea en los procesos arbitrales (**capítulo 1**). Ello plantea igualmente la cuestión de las repercusiones de esta participación en el porvenir del arbitraje de inversión. Puesto que ahora la Unión Europea constituye un territorio receptor de inversiones extranjeras y los litigios arbitrales están centralizados en Europa, como lo muestra el informe de la UNCTAD,⁵ la Unión Europea debería reformar el arbitraje según los criterios de transparencia, de coherencia y de previsibilidad. (**capítulo 2**).

⁵ UNCTAD, *Informe 2014 sobre las inversiones en el mundo*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, p.24.

Conclusión general

El estudio de las interacciones nos invita a proponer las conclusiones siguientes. En primer lugar, consideramos el tema de esta tesis como una manifestación de la mundialización jurídica, fenómeno que tiende a reducir la autonomía de los conjuntos jurídicos y que plantea el problema de la gestión de los diversos conjuntos jurídicos que interactúan. En nuestro análisis, hemos puesto de manifiesto que la convergencia de los conjuntos es una realidad desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y que esa convergencia debería dar lugar no a una revolución sino a una transición, dado que la Unión Europea ya ha mostrado que haría uso de pragmatismo y de ambición y que su acción se basa en la práctica y en la experiencia de los Estados Miembros.

En este sentido, opinamos toda aproximación que excluyera a los Estados miembros perjudicaría el desarrollo de la política común de inversión en construcción. Cabe recordar que la europeización en curso no debe hacer olvidar el papel de los Estados miembros en cuanto a los APPRI vigentes y a los nuevos acuerdos de inversión concluidos según la modalidad mixta. Así, la confrontación de los conjuntos jurídicos ha conducido a una coexistencia, no a la sustitución de un sistema por el otro. Eso lo revela el hecho de que Francia, entre otros, firmó un APPRI con Colombia el 10 de julio de 2014,⁶ con la autorización de la Comisión Europea conforme al Reglamento N°1219/2012.

El enfoque europeo del Derecho de las inversiones internacionales es, en líneas generales, una realidad. Aunque el arbitraje de inversión fue concebido según la modalidad inversor-Estado, la Unión Europea puede participar en este modo de arreglos de controversias relativas a las inversiones extra-europeas. En lugar de concluir nuestro análisis en términos abstractos, queremos terminar subrayando los últimos indicios que permiten sostener que la europeización del Derecho de las inversiones internacionales es un proceso que ya ha conducido a varios resultados que demuestran sus avances.

En la dimensión extra-europea, la conclusión reciente de los acuerdos de libre comercio por la Unión Europea con Vietnam y con Canadá no permite dudar sobre el hecho de que la Unión Europea tiene la capacidad convencional en materia de inversión internacional. El contenido de estos acuerdos revela la concepción europea del arbitraje. Los acuerdos prevén la constitución de un tribunal permanente de arbitraje, alejándose así de la naturaleza *ad hoc* del arbitraje. Prevén también

⁶ Ver el Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República francesa sobre el fomento y protección recíprocos de inversiones, firmado el 10 de julio de 2014.

la constitución de un órgano de apelación. Para ambos, la designación de los jueces ya no dependerá de las partes en el conflicto, sino de los Estados parte en el acuerdo de libre comercio. Los jueces estarán sometidos a reglas éticas. Las reglas de transparencia de la CNUDMI de 2014 tendrán que aplicarse al procedimiento arbitral.⁷El tratado transatlántico con los Estados Unidos, todavía en negociación, debería contener la misma visión del modo de arreglo de controversias.

En cuanto la dimensión intra-europea, ésta podía parecer menos importante, dado que no ha sido parte de una estrategia de la Comisión Europea, quien la consideró un peligro para la coherencia del sistema jurídico europeo. Sin embargo, nuevas iniciativas le han otorgado una relevancia particular. Cabe señalar que el 18 de junio de 2015, la Comisión Europea inició procedimientos de infracción contra Austria, los Países bajos, Rumanía, Eslovaquia y Suecia, para que terminen sus APPRIs intra-europeos.⁸ Posteriormente, Austria, Finlandia, Francia, Alemania y los Países bajos propusieron el 7 de abril de 2016 concluir un APPRI entre los Estados miembros que asegurarse de que los inversores europeos conserven la posibilidad de acudir al arbitraje.⁹ Cualesquiera que sean los resultados de esas iniciativas, el problema reaparecerá cada vez que un Estado candidato se adhiera a la Unión Europea.

Por último, cabe recordar que no es fácil concluir el estudio de las interacciones entre los sistemas jurídicos. Como manifestación de la mundialización jurídica, un autor nos invita a recordar que se ha hecho hincapié en procesos inestables y vectores de muchas virtualidades.¹⁰ Terminaremos diciendo que la principal ventaja del análisis de las interacciones normativas en materia de inversión internacional ha sido permitir un mejor conocimiento de ambos conjuntos jurídicos y la descripción de una nueva realidad jurídica en devenir.

⁷ Ver los artículos 8.27 y siguientes del Acuerdo económico y comercial global entre la Unión Europea y Canadá, y la sección 3 del capítulo inversión del acuerdo con Vietnam.

⁸ Ver el comunicado de prensa de la Comisión Europea, « La Comisión pide a los Estados miembros que pongan fin a sus tratados bilaterales de inversión intra-UE », Bruselas, el 18 de junio de 2015.

⁹ Council of the European Union, Trade Policy Committee, « Intra-EU investment treaties, Non-paper from Austria, Finland, France, Germany, and the Netherlands », 7 Abril 2016

¹⁰ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit, l'État*, L.G.D.J., 2nd édition, Paris, 2010, p.16.

Introduction générale

1. Le droit des investissements internationaux fait face à de nouveaux défis. Dorénavant à la croisée des chemins,¹ son étude ne se contente plus de déchiffrer le sens et la portée de ses traits distinctifs. Le saisir passe également par l'analyse de ses interactions avec d'autres disciplines juridiques internationales, qu'il s'agisse notamment des droits de l'homme,² de la régulation du commerce international,³ de la protection de l'environnement,⁴ ou encore du droit des conflits armés.⁵ Le droit des investissements internationaux est également appelé à interagir avec des institutions juridiques régionales ayant secrété un droit propre et bâti un modèle unique d'organisation, à savoir l'Union européenne.

2. C'est ce dernier point qui retiendra notre attention et à ce propos, partons de ce qui est connu et désormais amplement discuté en doctrine pour aboutir par la suite à la formulation de notre problématique juridique. De très nombreux éléments ont progressivement mis en lumière les interactions grandissantes entre ce qui apparaît comme, d'une part, un pan du droit international économique et, d'autre part, une organisation régionale d'avant-garde. Précisons d'emblée que ces interactions ont pu un temps surprendre.⁶ Il faut dire en ce sens que la confrontation n'est pas évidente au regard des visées différenciées des matières en présence. En effet, l'objectif cardinal du droit communautaire est celui de la liberté de circulation des facteurs de production, au sein d'un espace qui bénéficie pour cela de règles juridiques dont la nature est strictement matérielle. A l'opposé, le

¹ S.P. Sudebi, *International investment law – Reconciling policy and principle*, Oxford and Portland: Hart publishing, 2008, p.154.

² P. Kahn, « Investissements internationaux et droits de l'homme », in F. Horchani (dir.), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Actes du colloque organisé à Tunis, Paris, Pedone, 2006, pp.95-110 ; L. Liberti, « Investissements et droits de l'homme », in P. Kahn & T. W. Wälde (dirs), *Les nouveaux aspects de droit des investissements internationaux - New aspects of international investment law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, pp.791-852 ; P.-M. Dupuy, E.-U. Petersmann & F. Francioni (eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

³ D. Carreau, « Commerce et investissements », in F. Horchani (dir.), *op.cit.*, pp.19-30 ; R. Leal-Arcas, *International trade and investment law - Multilateral, regional and bilateral governance*, Edward Elgard Publishing Ltd, 2011 ; D. Collins, « A new role for the WTO in international investment law : public interest in the post-neoliberal period », *Connecticut Journal of International Law*, vol.25, n°1, 2009, pp.1-36.

⁴ S. Robert-Cuendet, *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement : contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010 ; J.E. Viñuales, « Foreign investment and the environment in international law: an ambiguous relationship », *British Yearbook of International Law*, vol.80, n°1, 2009, pp.244-332 ; M.-C. Cordonier Segger, M.W. Gehring & A. Newcombe (eds), *Sustainable development in world investment law*, Kluwer law international, 2011.

⁵ Voir « Part I : International investment and armed conflict », in F. Baetens (ed.), *Investment law within international law – Integrationist perspectives*, Cambridge University Press, 2013, pp.1-82 ; F. Baetens, « Quand les règles internationales interagissent : le droit international des investissements et le droit des conflits armés », *Investment Treaty News*, vol.1, n°3, avril 2011, IISD, pp.11-12.

⁶ C. Leben, « La fragmentation du droit applicable aux relations internationales – Remarques introductives de l'internationaliste publiciste », in J.-S. Bergé, M. Forteau, M.-L. Niboyet et J.-M. Thouvenin (dirs), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales*, Paris, Pedone, 2011, pp.21-26, p.23.

droit des investissements internationaux peut être vu comme un droit dont l'objectif principal est la sécurisation, réalisée par le biais de l'établissement de garanties et de procédures spécifiques.

3. Cela étant précisé, revenons à la mise en exergue du rapprochement et de l'interaction des disciplines. Une évolution fondamentale devant de prime abord être signalée est celle visant les caractéristiques du contentieux arbitral en matière d'investissement étranger. Notons à ce sujet que les États membres de l'Union européenne, pour des raisons qui seront explicitées par la suite, constituent à présent un territoire prépondérant de réception des investissements étrangers. En conséquence, le contentieux arbitral fondé sur les traités d'investissement – qui était essentiellement Nord-Sud – vise désormais les États du Nord, parmi lesquels les États membres qui se retrouvent en position défenderesse lors des procédures arbitrales. C'est ce que révèle le rapport 2014 de la CNUCED sur l'investissement dans le monde.⁷ Ce rapport précise ainsi que plus de 40 % des demandes des investisseurs des pays tiers à l'Union européenne sont désormais dirigées contre les États membres.⁸ Un bref survol de la pratique arbitrale en la matière le confirme. Ainsi, il est bien connu que notamment l'Espagne,⁹ la Belgique,¹⁰ ou encore la France¹¹ ont fait l'objet de réclamations d'investisseurs en provenance des pays tiers, ayant donné lieu à l'ouverture de procédures arbitrales. Retenons donc en premier lieu que le contentieux arbitral est globalement centralisé en Europe.¹²

4. Un autre indice de cette centralisation est la révélation de l'existence des accords d'investissement conclus entre les États membres de l'Union européenne. Alors que ces accords visent généralement à sécuriser les relations d'investissement entre les pays développés et les pays en développement, le cas des traités intra-européens d'investissement, dû à la politique européenne d'élargissement, est vecteur de nombreuses questions et de vifs débats. On décompte un peu moins de 200 accords de ce genre, qui ont en commun d'avoir été majoritairement signés durant les années 1990 entre les États membres et les pays d'Europe centrale et orientale. La reconnaissance de leur applicabilité a ainsi eu pour effet de renforcer les statistiques, en permettant cette fois aux investisseurs européens d'attirer à l'arbitrage tout aussi bien les nouveaux États membres que possiblement les États fondateurs.¹³

⁷ CNUCED, *Rapport 2014 sur l'investissement dans le monde*, New York et Genève, Nations Unies.

⁸ *Ibidem*, p.24.

⁹ CIRDI, *Inversión y Gestión de Bienes, IGB, S.L. et IGB18 Las Rozas, S.L. c. Royaume d'Espagne*, aff. ARB/12/17, sentence arbitrale du 14 août 2015 non rendue publique.

¹⁰ CIRDI, *Ping An Life Insurance Company c. Royaume de Belgique*, aff. ARB/12/29, sentence arbitrale du 30 avril 2015.

¹¹ CIRDI, *Erbil Serter c. République française*, aff. ARB/13/22, requête du 10 septembre 2013 non rendue publique.

¹² Voir ICSID, *The ICSID Caseload – Statistics (Special focus – European Union)*, April 2015.

¹³ Voir à titre d'exemple CNUDCI, *Eastern Sugar BV c. République tchèque*, SCC affaire No. 088/2004, sentence du 27 mars 2007 ; CPA/CNUDCI, *Eureko BV c. Slovaquie*, aff. n° 2008-13, sentence sur la compétence, l'arbitrabilité et la suspension, 26 octobre 2010 ; CIRDI, *Poštová Banka c. République hellénique*, aff. ARB/13/8, sentence arbitrale finale du 9 avril 2015.

5. Ajoutons que la Commission européenne est intervenue dans de nombreuses procédures arbitrales fondées sur des accords intra-européens d'investissement, en tant qu'*amicus curiae*,¹⁴ afin d'appuyer l'argumentaire des nouveaux États membres attraites. Il s'agit d'un premier pas quant à la participation de l'Union aux instances arbitrales en tant que partie défenderesse, possibilité déjà prévue par le Traité sur la Charte de l'énergie, signé par les États membres et la Communauté européenne. Sur ce fondement, l'engagement de la responsabilité internationale de l'Union par un tribunal arbitral apparaît de plus en plus envisageable. Signalons qu'un tribunal arbitral a en effet constaté dans un *obiter dictum*, lors de l'affaire *Electrabel*,¹⁵ que si la Hongrie ne pouvait pas être condamnée sur le fondement de la Charte à la suite d'un traitement litigieux reconnu comme étant en conformité avec le droit européen, ce n'était pas le cas de l'Union européenne et de ses possibles mesures prises en violation de la Charte, si elle venait à être attraitée.¹⁶

6. De même, la Commission européenne a désormais vocation à intervenir à la suite du prononcé des sentences arbitrales rendues sur le fondement des accords intra-européens d'investissement. Remarquons en des termes très généraux qu'elle a fait suspendre l'exécution de la sentence arbitrale rendue, dans l'affaire *Micula*,¹⁷ sur le fondement de l'accord conclu entre la Suède et la Roumanie. Elle avait auparavant menacé d'interdire l'exécution d'une sentence arbitrale qui condamnerait l'État membre à verser des indemnités à l'investisseur, prétendant que cette exécution serait équivalente à une aide d'État prohibée par le droit européen.¹⁸

7. Constatons que la Commission européenne a initié, le 8 juin 2015, la procédure de recours en manquement contre l'Autriche, les Pays-Bas, la Roumanie, la Slovaquie et la Suède, demandant à ces États d'éliminer de l'ordre juridique européen les accords intra-européens d'investissement conclus entre eux,¹⁹ ce qu'ont déjà fait l'Italie et l'Irlande. Ainsi, la possibilité pour un investisseur européen de saisir un tribunal arbitral sur le fondement d'un accord intra-européen semble être remise en cause. Il nous appartiendra de voir ce qu'il en sera concrètement.

8. Au-delà du cadre intra-européen, c'est face aux investisseurs des pays tiers que l'Union

¹⁴ Voir S. Menétrey, « La participation "amicale" de la Commission européenne dans les arbitrages liés aux investissements intracommunautaires », *JDI*, n°4, 2010, pp.1127-1156.

¹⁵ CIRDI, *Electrabel S.A. c. République de Hongrie*, aff. ARB/07/19, décision sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité du 30 novembre 2012.

¹⁶ *Ibidem*, §4.170.

¹⁷ Voir la décision C(2014) 3192 final du 26 mai 2014, adoptée dans l'affaire d'aide d'État S.A. 38517 (2014/NN).

¹⁸ CIRDI, *Ioan Micula, Viorel Micula c. Roumanie*, 11 décembre 2013, décision finale, N°ARB/05/20, §330 et suiv.

¹⁹ Voir le communiqué de presse de la Commission européenne, « La commission européenne demande aux États membres de mettre fin à leurs accords bilatéraux d'investissement intra-UE », Bruxelles, 18 juin 2015.

européenne est appelée à participer aux arbitrages en tant que partie défenderesse, sur le fondement des futurs accords d'investissement conclus par l'Union européenne.

9. Encore faut-il pour cela qu'elle dispose d'une base légale pour conclure des accords en matière d'investissement étranger. Il semble que ce soit chose faite, grâce au Traité de Lisbonne et à la nouvelle compétence exclusive de l'Union européenne en matière d'investissement direct étranger qu'il prévoit, sur laquelle nous reviendrons en détail. Précisons par souci de clarté qu'avant l'entrée en vigueur de ce traité, la matière de l'investissement étranger était un domaine partagé de compétence, au sein duquel la protection des investissements relevait de la prérogative exclusive des États membres. Notons aussi que peu avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la CJUE a eu l'occasion d'étudier, dans le cadre de plusieurs recours en manquement, la conformité des accords d'investissement conclus entre des pays tiers et certains États membres, avant l'adhésion de ces derniers à l'Union européenne.²⁰ En retenant une incompatibilité relative à la nature inconditionnelle de la clause de libre transfert des accords, la Cour a ainsi consacré la nécessité de procéder à un examen du contenu de ces traités, placé sous l'égide de la Commission européenne.

10. De nouvelles initiatives ont été ajoutées, devant permettre le transfert effectif de compétence, comme le règlement N°1219/2012 qui organise notamment la mise en conformité avec le droit européen des accords d'investissement conclus par les États membres, particulièrement ceux conclus après leur adhésion à l'Union.²¹ Quant au règlement N°912/2014,²² il vise à déterminer qui agira en tant que partie défenderesse au plan international et qui sera responsable financièrement au plan interne, dans le cadre des procédures arbitrales initiées sur le fondement des nouveaux accords d'investissement conclus par l'Union européenne.

11. On le comprend, sur le fondement de cette nouvelle compétence, la Commission européenne négocie avec des pays tiers le contenu des nouveaux traités d'investissement ou des accords de libre-échange comprenant un volet investissement. Ces efforts ont abouti s'agissant des négociations avec le Vietnam,²³ avec Singapour²⁴ ou encore alors le Canada.²⁵ De très nombreux

²⁰ CJCE, 3 mars 2009, *Commission c/ Autriche*, aff. C-205/06 ; CJCE, 3 mars 2009, *Commission c/ Suède*, aff. C-249/06 ; CJCE, 19 novembre 2009, *Commission c/ Finlande*, aff. C-118/07.

²¹ Règlement (UE) N°1219/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012.

²² Règlement N°912/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 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.

²³ Voir l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Vietnam, dont le texte préliminaire a été publié en février 2016.

²⁴ Voir l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et Singapour, dont les négociations ont été clôturées le 17 octobre 2014.

²⁵ Voir l'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada, proposé à la signature par la

pays tiers sont appelés à entrer en pourparlers avec l'Union européenne dans un contexte de renouvellement des accords, parmi lesquels se distinguent les États-Unis, la Chine ou encore la Russie. Dans ce cadre, la question du recours à une procédure arbitrale investisseur-État est désormais vivement débattue, par les acteurs de la discipline et la doctrine qui s'interrogent sur le bien-fondé du recours à l'arbitrage, notamment lors de la conclusion d'accords Nord-Nord.²⁶

12. En somme, des évolutions du contexte économique mondial se répercutant sur les particularités du contentieux arbitral, de l'émergence des accords intra-européens d'investissement, de la nouvelle compétence européenne exclusive en matière d'IDE, de l'intervention de la Commission européenne en matière arbitrale, mais aussi de ses négociations avec les pays tiers s'agissant du contenu des futurs traités d'investissement, il est loisible de déduire que les liens entre l'Union européenne et son droit, d'une part, et les accords bilatéraux d'investissement et l'arbitrage investisseur-État fondé sur un traité, d'autre part, sont non seulement établis mais également incontournables.

13. Notre ambition est alors d'ordonner ces diverses informations, afin de mettre en lumière aussi bien les tenants que les aboutissants du processus interactif. D'un point de vue général, l'on comprend que l'analyse des évolutions européennes du droit des investissements internationaux comporte deux problématiques qu'il convient de distinguer. Nous qualifierons la première d'externe et de principale. Elle vise d'abord à savoir si l'Union européenne est en mesure de négocier et de conclure les futurs traités d'investissement avec les pays tiers. Il s'agit de la conséquence directe de l'objectif avant tout politique de cette organisation régionale spécifique qu'est l'Union européenne, qui l'a incitée notamment à étendre son territoire. Dotée de la personnalité juridique internationale, elle souhaite se muer en un acteur mondial et en l'espèce établir une politique européenne d'investissement international, cela pour renforcer l'attractivité de son territoire, mise à mal par la pratique conventionnelle internationale d'autres pays dans le monde, en rendant plus cohérent le régime de protection accordé aux investissements étrangers. Au-delà de la capacité à conclure des traités d'investissement avec des pays tiers, c'est la question du contenu de ces accords et du mode de règlement des différends à prévoir qui présente le plus grand intérêt.

14. Notre étude vise alors à savoir si une telle volonté est réalisable et, en cas de réponse

Commission européenne le 5 juillet 2016.

²⁶ Voir Statement of concern about planned provisions on investment protection and investor-State dispute settlement (ISDS) in the transatlantic trade and investment partnership (TTIP), disponible à http://www.kent.ac.uk/law/isds_treaty_consultation.html

affirmative, jusqu'à quel point le droit des investissements internationaux va pouvoir être multilatéralisé par l'action normative européenne, ce qui doit également participer au processus de régionalisation.

15. Nous qualifierons la seconde problématique d'interne et de secondaire. Il s'agit avant tout d'une question de procédure arbitrale. Il faut discerner non seulement quel est l'avenir de l'arbitrage fondé sur un accord intra-européen d'investissement, mais aussi si l'application de ces accords pourrait nuire à la construction d'une politique européenne d'investissement avec les pays tiers. Nous avons déjà précisé que l'existence de ces accords est un effet collatéral à la politique d'élargissement de l'Union européenne et que la Commission européenne a souhaité convaincre les tribunaux arbitraux de la nécessité d'écarter l'application de ces traités de l'ordre juridique européen. Précisons qu'ils ne seront pas renouvelés et qu'ils ne font pas partie de la politique européenne d'investissement, dont la nature est exclusivement externe. Il n'est donc pas question que l'Union européenne devienne partie à ce genre d'accords, contrairement au cas spécifique du traité sur la Charte de l'énergie. Nous replacerons donc la problématique interne au sein de nos développements sur l'établissement du projet politique externe, en retenant qu'elle a pour principal atout de rapprocher d'une façon patente les deux systèmes juridiques et de poser la question de leur comparaison et de leur articulation. Plus que secondaire, la problématique interne est en réalité un versant de l'approche générale externe.

16. À propos de cette dernière, nous démontrerons que la révision des traités constitutifs est révélatrice de la réalité de ce que nous dénommons l'approche européenne générale du droit des investissements internationaux. Jusqu'alors, les interactions n'étaient que latentes. L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne est vecteur d'importantes évolutions, qu'il conviendra d'énumérer, et de questions, auxquelles nous tenterons d'apporter des réponses.

17. Parler de l'approche européenne du droit des investissements internationaux nécessite d'abord de préciser en des termes généraux ce qu'est le droit des investissements internationaux. Notons qu'il s'agit dans son acception la plus large d'une discipline juridique usuellement rattachée au droit international économique et dont la source est majoritairement conventionnelle, à la suite du processus d'internationalisation de la matière. En effet, les accords d'investissement constituent désormais la source principale de ce droit et mentionnons que, dans ce domaine, les États membres ont quasiment conclu la moitié des quelque 3000 accords d'investissement en vigueur dans le monde. Nous visons donc l'étude de l'approche européenne du droit issu de la pratique conventionnelle internationale bilatérale des États membres en matière d'investissement étranger.

18. Plus précisément cette fois, l'on constate que l'un des traits caractéristiques de ce droit est d'être constitué de deux volets distincts, à savoir un droit matériel, qui doit être rattaché au droit international public, et un droit procédural relevant de la matière de l'arbitrage transnational, aussi dénommé arbitrage investisseur-État ou arbitrage mixte. L'approche de l'Union européenne et les évolutions qui en résultent doivent alors être analysées à la lumière de ces aspects matériels et procéduraux. Cette division constituera l'axe central de notre raisonnement divisé en deux parties.

19. L'analyse s'évertuera à démontrer que l'approche européenne s'est d'abord focalisée sur le volet matériel du droit des investissements internationaux. Il sera ainsi observé que la Commission européenne a, dès la fin du monde bipolaire, cherché à obtenir la capacité conventionnelle des États membres en matière d'investissement étranger, dans le cadre d'une stratégie qui s'est révélée efficace. En insérant la notion d'investissement direct étranger au sein des dispositions relatives à la politique commerciale commune de l'Union européenne, le Traité de Lisbonne a révélé au grand jour un processus interactif et la volonté de l'Union d'élargir son action normative externe. En ce sens, l'Union européenne souhaite accorder elle-même des droits et des garanties non seulement aux investissements étrangers réalisés sur son territoire, mais aussi à ses investisseurs réalisant des opérations à l'étranger.

20. Pour cela, sur le fondement de cette nouvelle compétence, l'Union européenne doit conclure des traités internationaux d'investissement avec des pays tiers, *a priori* sur le modèle de la pratique conventionnelle étatique. Ainsi, il faudra se demander si l'Union européenne dispose de la capacité conventionnelle complète en la matière. Nous verrons que la portée de la nouvelle compétence a été fortement discutée en doctrine. Faut-il en conclure que les États membres n'ont plus vocation à signer de nouveaux accords d'investissement avec les pays tiers ? Il est aisé de percevoir que l'Union européenne désire agir en totale suppléance des États membres et qu'ainsi les quelque 1500 accords étatiques d'investissement soient remplacés par un nombre réduit d'accords européens d'investissement. Il reste qu'il n'est pas évident que certains États membres, ceux dont les politiques d'investissement sont les plus développées, acceptent un tel transfert de compétence.

21. Au-delà de ce débat, en retenant l'hypothèse selon laquelle désormais l'Union européenne dispose de la capacité conventionnelle en matière d'investissement international, d'importantes conséquences sont à souligner. Tout d'abord, une telle nouveauté bouleverse l'identité, le contenu et le mode de conclusion des futurs accords d'investissement. Ainsi, l'Union européenne souhaite-t-elle encore négocier des accords bilatéraux d'investissement ou bien intégrer le contenu de ces accords au sein de ses accords de libre-échange ? Quelles sont les dispositions de protection des investissements

qui seront maintenues par les négociateurs européens ? Quelles sont celles qui doivent faire l'objet d'une mise en compatibilité avec les exigences du droit européen ? Un modèle européen de TBI qui rassemblerait les divers accords va-t-il être établi ? S'agissant du mode de conclusion des accords, les États membres conserveront-ils une marge de manœuvre ? Autrement dit, les accords seront-ils conclus selon la modalité mixte ou l'Union pourra-t-elle conclure seule les accords d'investissement ? Qu'en est-il de l'avenir des accords étatiques d'investissement en vigueur ? Un État membre pourra-t-il encore conclure en toute indépendance un accord avec un pays tiers ?

22. Dans un second temps, ces questions incitent à examiner la conséquence la plus importante liée à l'obtention de la capacité conventionnelle. Il s'agit de la participation de l'Union européenne en tant que partie défenderesse à l'arbitrage d'investissement, sur le fondement des nouveaux accords européens d'investissement. Précisons en ce sens que le droit des investissements internationaux est avant tout le droit d'une pratique arbitrale, que la majorité des accords d'investissement prévoit le recours à l'arbitrage investisseur-État et que l'Union devrait poursuivre cette pratique. Ceci implique qu'en s'engageant à résoudre d'éventuelles différends avec les investisseurs tiers par le biais de ce mode de règlement des différends, l'Union européenne puisse être attirée à l'arbitrage selon la modalité investisseur-Union européenne. Notons que cela n'est néanmoins pas évident, au vu de la nouveauté de ce cas de figure et de la position ambiguë des instances européennes vis-à-vis de l'arbitrage, dont celles du Parlement européen qui recommande que l'Union n'accorde pas par voie conventionnelle le recours à l'arbitrage s'agissant de l'accord négocié avec les États-Unis.²⁷

23. Dans cet esprit, il faudra donc déterminer si l'Union européenne peut et souhaite permettre aux investisseurs des pays tiers de recourir à l'arbitrage. En cas de réponse positive, quelles sont les règles procédurales existantes qui permettent en l'état à l'Union européenne de participer aux instances arbitrales comme défenderesse ? Dans quels cas les États membres resteront-ils la partie défenderesse à attirer à l'arbitrage ? Comment le déroulé des procédures arbitrales va-t-il devoir s'adapter à la participation contestante de l'organisation régionale ? Celle-ci peut-elle être un vecteur de réformes de l'arbitrage mixte, en proposant un modèle inédit de procédure arbitrale investisseur-Union européenne ? Quelles sont enfin les éventuelles difficultés s'agissant de l'exécution forcée des sentences arbitrales rendues à l'encontre de l'Union, ainsi que de leur demande d'annulation ?

24. C'est pour répondre à ces questions concrètes que nous initions l'étude du droit des

²⁷ Voir la 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) (2014/228(INI)).

investissements internationaux par le prisme de l'Union européenne. Les spécificités du sujet, qui seront mises en exergue par la suite, imposent au raisonnement certaines précautions et l'établissement d'un plan d'étude qu'il convient d'explicitier désormais.

25. Il est d'abord pensé que la prudence est de bon aloi s'agissant de l'analyse de l'approche européenne, du point de vue de ses résultats. Ayons en ce sens en mémoire que l'Union européenne est une organisation régionale d'avant-garde et que cette particularité l'amène à faire office d'un « laboratoire expérimental ». ²⁸ Ainsi, par le passé, parmi ses multiples expériences et projets, de très nombreuses ont donné lieu à des réalisations incontestables, tandis que certaines sont encore à concrétiser et que l'ultime projet européen reste inconnu. ²⁹ Par conséquent, l'analyse devra être menée depuis une perspective critique et en fonction d'un critère de réalisme.

26. Par ailleurs, il ne peut être que recommandé durant l'analyse d'éviter de tendre vers deux écueils, à savoir l'eurocriticisme et l'européanisme dans leur forme la plus marquée. Appuyons-nous pour cela, *mutatis mutandis*, sur la pensée d'André-Jean Arnaud, qui précise que « connaître, c'est accomplir un pas vers le dépassement tant de l'enthousiasme béat devant les promesses de lucre que des réactions viscérales de peur, d'angoisse, de désespoir, voire de résignation devant ce qui est perçu comme un danger imminent et quasi inévitable ». ³⁰

27. S'agissant plus précisément du raisonnement à suivre, nous aurons recours au positivisme critique ou relatif et à sa déontologie habituelle, qui semblent être d'usage pour les nouvelles problématiques juridiques témoignant de la réalité du phénomène de mondialisation appliqué au droit. ³¹ À cela s'ajoutera l'adoption d'une éthique particulière relevant *in fine* de la méthode dialectique, qui consiste à analyser les phénomènes en postulant leur nature dynamique et évolutive. Par dialectique, on entend l'« attitude de l'esprit qui ne considère aucune affirmation comme rigoureusement définitive et professe le principe d'universelle révisibilité », mais aussi le « caractère d'une pensée dynamique qui, au lieu de s'établir dans l'acquis (la pensée statique), tend à se dépasser ». ³² Il s'agit d'une méthode utilisée par François Ost et Michel van de Kerchove dans leurs analyses. ³³

²⁸ F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? – Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2002, pp.32-36.

²⁹ P. Manin, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Paris, Pedone, 2004, p.2.

³⁰ Voir A.-J. Arnaud, *Entre modernité et mondialisation - Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 2e ed, 2004, p.11.

³¹ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, LGDJ, 2e ed, 2010, p.14.

³² Voir P. Foulquié, *Dictionnaire de la langue philosophique*, Paris, PUF, 1962, p.173.

³³ M. van de Kerchove et F. Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, PUF, 1992, pp.82-95 ; F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?*, *op.cit.*, pp.36-39.

28. Des développements qui précèdent découle notre plan d'étude. Celui-ci sera organisé autour de deux points de référence. Le premier est la distinction qui a été établie entre le droit matériel et le droit procédural des investissements. Nous démontrerons que l'approche européenne a d'abord visé les aspects matériels de ce droit et que l'obtention par l'Union européenne de la capacité conventionnelle a par la suite déclenché la problématique procédurale de la participation de l'organisation régionale à l'arbitrage en tant que partie défenderesse. Ainsi, le lancement exact de l'approche européenne du droit matériel des investissements internationaux est à rechercher à partir de la fin du monde bipolaire. Nous verrons qu'un mouvement équivalent en droit procédural n'a été véritablement initié qu'une fois que l'Union européenne a disposé d'une nouvelle compétence en matière d'IDE. Le second point de référence du raisonnement est l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, qui est vecteur d'importantes modifications pour le droit aussi bien matériel que procédural des investissements internationaux.

29. Partant, l'analyse sera abordée en procédant à une réflexion générale sur le sujet d'étude. Des réponses devront être apportées à de nombreuses questions liminaires. La première vise à déterminer pourquoi le droit des investissements internationaux fait désormais face à l'Union européenne. Autrement dit, quels pourraient être les phénomènes qui sont à l'origine de la confrontation actuelle des systèmes ? Qu'ont en commun les disciplines juridiques à l'étude ? En quoi se différencient-elles ? Quelle est la nouvelle réalité juridique devant résulter du processus interactif ? Par la suite, il conviendra d'identifier quelle est la méthodologie juridique adaptée et d'exposer ses traits caractéristiques (**chapitre préliminaire**).

30. Dans le cadre d'une première partie, sera posée la question de la réalité et des effets de l'approche européenne du droit matériel des investissements internationaux. Il sera ainsi déterminé jusqu'à quel point le droit matériel des investissements internationaux a fait l'objet d'une stratégie d'approche de la part des instances européennes, avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. L'obtention par la suite d'une nouvelle base légale peut-elle conduire à ce que l'organisation régionale dispose d'un pouvoir d'aimantation lui permettant d'européaniser le mode de conclusion des accords internationaux d'investissement ? Comment les dispositions de droit matériel des futurs accords vont-elles évoluer en conséquence ? (**Première partie**)

31. L'analyse se poursuivra en confrontant, dans une seconde partie, cette approche au volet procédural du droit des investissements internationaux. En devenant partie signataire d'accords au contenu similaire à celui des accords existants, l'Union européenne s'engage à résoudre d'éventuels

différents par le biais de l'arbitrage. C'est alors un domaine qui doit également faire l'objet d'une approche complémentaire de la part de l'organisation régionale. Toutefois, il est impératif de déterminer si les spécificités du droit procédural des investissements internationaux peuvent remettre en cause les avancées de l'approche européenne matérielle, en examinant les possibilités de participation de l'Union européenne à l'arbitrage d'investissement (**Seconde partie**).

32. Notre plan d'étude sera donc le suivant :

Chapitre préliminaire : Droit des investissements internationaux et Union européenne : les relations

Première partie : L'approche européenne du droit matériel des investissements internationaux

Seconde partie : L'approche européenne du droit procédural des investissements internationaux

Chapitre préliminaire – Droit des investissements internationaux et Union européenne : les relations

33. Ouvrons l'analyse par l'étape de réflexion devant mettre en exergue les caractéristiques générales de notre sujet d'étude. Replaçons pour cela le droit des investissements internationaux et l'Union européenne au sein de leur configuration environnante, ce qui devrait avoir pour effet de permettre de nous rapprocher des disciplines, de souligner leur nature spécifique ainsi que leurs points de divergence et de convergence. Plus particulièrement, ce chapitre préliminaire tentera d'apporter des réponses à deux questions fondamentales.

34. La première question est celle des origines du sujet. Comment expliquer que l'Union européenne soit désormais confrontée au droit des investissements et que ces deux systèmes juridiques se trouvent en interaction ? (**section 1**).

35. La seconde question vise l'analyse de la confrontation et demande d'identifier la méthodologie juridique qu'il convient d'appliquer à l'étude des rapports entre ces deux systèmes juridiques. Précisons d'emblée que le face-à-face des systèmes met en lumière les effets de la mondialisation sur le droit et que celle-ci remet en question la pertinence de la méthodologie juridique traditionnelle, d'où la recherche d'une technique juridique spécifique et novatrice (**section 2**).

Section 1. Les origines de la confrontation

36. Si le droit des investissements internationaux fait désormais face à l'Union européenne, c'est que ces deux systèmes juridiques différenciés ont été amenés à se rapprocher (**paragraphe 2**).

37. Mais auparavant, il conviendra de voir comment a été créé chacun des systèmes juridiques et de faire apparaître leurs points de divergence. C'est dans ce cadre que nous proposerons l'idée selon laquelle le droit des investissements internationaux et le projet européen institutionnalisé sont issus de la fragmentation du droit international, problématique qui devrait nous permettre d'apporter des réponses à la question des origines du face-à-face actuel (**paragraphe 1**).

Paragraphe 1 – La fragmentation des systèmes juridiques

38. La question des origines est habituellement sensible. On verra qu'elle l'est tout autant s'agissant de nos deux systèmes juridiques et que le propos est particulièrement vrai pour le projet européen institutionnalisé. Resituer notre sujet au sein de la problématique de la fragmentation invite à se demander quelle est, au-delà des points de convergence mis en exergue, la discipline juridique commune à nos systèmes. Pour cela, on propose de revenir aux prémices de leurs liens avec le droit international. En s'intéressant à cette racine commune, seront soulignées les causes du phénomène de fragmentation et de l'émergence des systèmes juridiques autonomes (A).

39. Dans un second temps, nous nous focaliserons sur le phénomène de fragmentation en lui-même. Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, le droit international général s'est divisé en différents systèmes techniques de normes, parmi lesquels le droit des investissements internationaux et le projet européen institutionnalisé, pour répondre aux défis croissants de la société internationale.¹ Quel est sa pertinence et quels sont les défis qui en découlent pour la communauté internationale ? Quelles sont par la suite les relations entretenues par le droit international et les sous-systèmes issus de la fragmentation ? (B)

A. La racine commune aux systèmes juridiques

40. Intéressons-nous aux liens unissant les systèmes juridiques qui, nous le concédons, peuvent ne pas apparaître au premier regard d'une façon des plus patentes. Malgré cela, c'est leur lien économique qui retient notre attention. En effet, une fois reformulé, le sujet d'étude place un pan du droit international économique face à une organisation régionale dont le droit secrété a été reconnu comme « avant tout un droit économique à vocation plurinationale ».² Aussi bien l'un que l'autre ont eu pour mission d'apporter, dès la fin de la Seconde Guerre mondiale, des réponses à la croissance des échanges – au sens le plus large – et de procurer la sécurité juridique requise par les opérateurs.

41. De même, leur nature intrinsèquement internationale invite à suggérer qu'ils ont pour racine commune le droit international général, ce qu'il conviendra d'étayer (1). Par la suite, nous

¹ D. Carreau et F. Marrella, *Droit international*, 11e éd., Paris, Pedone, 2012, p.67.

² L. Idot, « L'impact du droit communautaire sur le droit économique », in D. Simon (dir.), *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, p.27-54, p.27.

dresserons un inventaire des raisons qui ont pu mener à la problématique de la fragmentation, en observant d'un point de vue général ce qui distingue ces systèmes du droit international (2).

1. Le droit international comme racine commune

42. En remontant le fil d'Ariane, le droit international apparaît comme le droit d'une société internationale évolutive, ayant pour sujets les États et dont l'appellation générale provient de la pensée de Jeremy Bentham.³ Il doit être de prime d'abord distingué du droit international privé par sa nature essentiellement interétatique, puis désigné par sa capacité d'évolution qui transparait au travers de diverses dénominations successives.⁴ Il est le droit des relations externes des États en ce qu'il vise la régulation de leurs rapports et a pour sources principales les conventions internationales, la coutume internationale et certains principes juridiques généraux.

43. Notre visée n'est ici en aucun cas de revenir sur ces points mais de nous intéresser plus particulièrement aux origines et aux finalités multiples de ce droit, thèmes qui peuvent éclairer notre analyse. Ainsi, les premières apparaissent liées au territoire européen, région qui a eu un rôle éminent sur son développement et qui est appelé à faire de même s'agissant du droit international des investissements (a). Quant aux dernières,⁵ c'est en les listant qu'il sera loisible de constater que seulement certaines visées du droit international sont partagées avec celles des systèmes de notre sujet d'étude (b).

a) La question des origines européennes du droit international

44. S'agissant de l'émergence du droit international tel qu'analysé comme une harmonisation par la juridicisation des rapports entre États souverains, le rôle attribué à l'Europe provient du fait que la Paix de Westphalie de 1648 a donné lieu à la création de l'État moderne et d'une société internationale inter-étatique et régionale. Ce droit est ainsi devenu *inter partes* et a été construit, à partir de cette époque, sur la base de traités, conclus entre les souverainetés européennes du XVIIe

³ J. Cazala, « J. Bentham et le droit international », *RGDIP*, 2005, n°2, t.109, pp.363-388.

⁴ Voir sur ce thème E. Jouannet, *Le droit international libéral-providence – Une histoire du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

⁵ S'intéresser aux finalités du droit international contredit l'opinion positiviste, selon laquelle l'analyse juridique scientifique ne doit pas aller sur le terrain des considérations philosophiques ou sociologiques. Celles-ci sont considérées comme peu cohérentes et rigoureuses. Il est néanmoins pensé que l'analyse des finalités du droit est un outil de connaissance. Voir P.-M. Dupuy, *Droit international public*, 8e éd., Paris, coll. Précis Dalloz, Dalloz, 2006, p.9 et suiv.

siècle. Il a donc pu être, jusqu'aux prémices du XXe siècle, qualifié d'euro-péen.⁶ De nos jours, il est aussi peu discuté que le droit international reste encore une tradition et un langage du même genre.⁷

45. Des tels propos ne permettent pas nécessairement de soutenir que le droit international est une invention d'origine européenne. En effet, un mouvement en doctrine réfute cette idée, en soulignant pour cela que les concepts et les instruments sur lesquels se base le droit international sont antérieurs à l'émergence du modèle westphalien, qu'il s'agisse notamment du *jus gentium*, du phénomène de conclusion des traités ou du recours à l'arbitrage.⁸

46. En réalité, les origines du droit international auraient une nature multiculturelle.⁹ De même, faire valoir les origines européennes du droit international serait une expression de plus de l'ethnocentrisme européen.¹⁰ À partir de sa configuration westphalienne, d'aucuns avancent que le droit international a été celui d'une société internationale homogène et réduite, d'un club exclusif porteur d'un modèle de civilisation qui s'est attribué l'impossible fonction d'incarner à lui seul l'universel.¹¹

47. Au-delà de ce débat socio-historique, il apparaît évident que le continent européen a eu une fonction prépondérante dans le développement historique du droit international. Celle-ci devrait se poursuivre, puisque l'avenir de ce droit a été vu par d'aucuns comme européen.¹² Il est fait plus précisément référence au modèle d'organisation mis en place par les souverainetés européennes dans le cadre de leur union, non reproduit à ce jour ailleurs dans le monde à un tel niveau. La prédiction devrait également s'appliquer aux diverses branches issues de la fragmentation du droit international, au fur et à mesure que les compétences européennes s'élargissent. L'on comprend donc pourquoi les développements du droit des investissements internationaux sont appelés à être marqués par l'influence de l'Union européenne.

⁶ Ainsi, « jusqu'à 1920, le droit international était un droit européen ». Voir P. Weil, « Toujours le même et toujours recommencé : les thèmes contrastés du changement et de la permanence du droit international », in P. Weil, *Écrits de droit international*, Paris, Doctrine juridique, PUF, 2000, pp.7-19, p.9.

⁷ M. Koskenniemi, « International law in Europe : between tradition and renewal », *EJIL*, vol.16, n°1, 2005, pp.113-124.

⁸ A. Orakhelashvili, « The idea of European international law », *EJIL*, vol.17, n°2, 2006, pp.315-347, p.328 et suiv.

⁹ M. Forteau, « L'idée d'une culture internationale du droit international et les Nations Unies », in SFDI, *Droit international et diversité des cultures juridiques*, Paris, Pedone, 2008, pp.357-386 ; S. Goyard-Fabre, *La construction de la paix, ou le travail de Sisyphe*, Paris, Librairie philosophique Vrin, 2000, p.81.

¹⁰ A. Orakhelashvili, « The idea of European international law », *loc.cit.*, p.328 et suiv. ; M. Koskenniemi, « International law in Europe : between tradition and renewal », *loc.cit.*, p.114.

¹¹ A. Orakhelashvili, *ibidem*, p.316 et suiv.

¹² A.-M. Slaughter & W. Burke-White, « The future of international law is domestic (or, the European way of law) », *Harvard journal of international law*, vol.47, n°2, summer 2006, pp.327-352.

b) Les diverses fonctions du droit international

48. En référence aux écrits de la doctrine la plus autorisée en la matière, précisons que les finalités du droit international sont triples.¹³ Révétons-les à la lumière de la pathologie principale dont souffre la société internationale, à savoir l'omniprésence des conflits liés aux disparités présentes au sein des sociétés civiles.¹⁴ Ces conflits peuvent avoir des conséquences néfastes, en raison de l'absence de limitation procurée par la qualité souveraine de l'action étatique. Le droit international a donc eu tôt fait d'avoir pour mission de mettre fin à ce risque d'anomie voire d'auto-destruction, en encadrant le concept de souveraineté pour travailler à la paix durable.

49. La discipline a pour cela plusieurs visées qui s'entrecroisent, dont la première et la plus réaliste a été l'organisation de la coexistence des souverainetés westphaliennes. Le droit international est alors un droit positif, *inter partes*. Sa force est contraignante et il vise à légitimer l'action étatique. Influencé par le libéralisme, il conçoit tout de même que la résolution des différends inter-étatiques puisse se faire, d'une façon expéditive, par le biais de la guerre.¹⁵

50. Ce n'est que plus tard que la coopération a remplacé la coexistence, à partir de la fin de la Seconde Guerre mondiale. Cette dernière a incité à mettre en place un système permettant de s'opposer au recours à la force armée, suite aux échecs des initiatives favorisant le règlement pacifique des différends révélés par dissolution de la SDN. Ainsi, la configuration onusienne se fonde sur le principe de coopération des États, devant apaiser les relations internationales par le biais de l'interdépendance de leurs économies. Il s'agit de la deuxième finalité.

51. À cela peut s'adjoindre une autre et ultime facette du droit international, plus idéaliste car vectrice d'un projet de civilisation, à savoir la finalité de communauté. Ce droit serait aussi, d'un point de vue jusnaturaliste, providentiel et *intra gentes*. En vertu d'un principe de perfectionnement, il viserait, au-delà de la paix durable, la justice, le bonheur et la sécurité.¹⁶ Il va s'en dire que cette finalité reste lointaine et qu'elle a été l'objet d'initiatives non contraignantes, bien que les effets de la mondialisation aient donné un élan de légitimité à la fonction *intra gentes* du droit international.¹⁷

¹³ P.-M. Dupuy, *Droit international public*, *op.cit.*, p.24.

¹⁴ S. Goyard-Fabre, *La construction de la paix, ou le travail de Sisyphe*, *op.cit.*, p.162.

¹⁵ « La guerre est la mère du droit des gens », selon une formule attribuée à Héraclite d'Éphèse.

¹⁶ E. Jouannet, « Les dualismes du droit des gens », in V. Chetail & P. Haggemacher (eds), *Vattel's international law from a XXIst perspective - Le droit international de Vattel vu du XXIe siècle*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, pp.133-151, p.136.

¹⁷ Il est pensé que pour répondre aux défis de la mondialisation, le droit international doit influencer les politiques

52. Le droit international serait donc porteur d'un dualisme,¹⁸ sur lequel ont pu s'appuyer certains pour réfuter l'existence d'un droit de la sorte, au vu de sa supposée inefficience, voire inconséquence. Il est vrai qu'un manque d'obligatorité a été révélé lors des conflits armés, de même qu'une absence de sanction, ce à quoi il est toutefois possible de répondre.¹⁹ Il n'empêche que la principale difficulté reste que l'Universel n'a pas encore de voix ou de représentant particulier,²⁰ ce qui se traduit par l'absence d'un législateur centralisé et d'un juge mondial.

53. Au vu de cette complexe discipline qu'est le droit international contemporain, il est loisible de déduire les raisons ayant conduit au phénomène de fragmentation. Il s'agit globalement d'une volonté d'efficience et de célérité dans l'accomplissement de finalités *a priori* plus précises et réalisables. Examinons alors comment chaque système s'est *ab initio* positionné vis-à-vis des traits caractéristiques du droit international, ce qui mettra ainsi en exergue les mérites de la fragmentation.

2. Première distinction entre les systèmes à l'étude et le droit international

54. Initiions la mise en exergue des rapports entre le droit international et les systèmes à l'étude, en nous intéressant aux prémices de leur développement en tant que systèmes autonomes. La fragmentation a officiellement démarré à la fin de la Seconde Guerre mondiale. Cette période correspond à une altération de la figure de la société internationale et de la structure de son droit, celle-ci ayant désormais vocation à être universelle et hétérogène,²¹ celui-ci devant passer d'une discipline de coexistence à un modèle de coopération.

55. En ce sens, le modèle onusien a instauré l'égalité souveraine des États et l'interdiction du recours à la force armée.²² Placés dans un contexte d'interdépendance universelle, les États ont donc été contraints de coopérer,²³ d'où la nécessité naissante d'encadrer leur futurs échanges en élaborant

internes. Le futur de ce droit est alors vu comme européen, car l'ordre juridique européen influence et altère les politiques nationales des États membres. Voir A.-M. Slaughter & W. Burke-White, « The future of international law is domestic (or, the European way of law) », *loc.cit.*, p.329.

¹⁸ Ce dualisme est présent même chez Vattel. Voir E. Jouannet, « Les dualismes du droit des gens », *loc.cit.*, p.138.

¹⁹ Il est pensé que les problèmes d'effectivité du droit international n'emportent pas de conséquences sur sa réalité. Le droit international doit ainsi être respecté en raison de l'intérêt des États, non de l'existence d'une sanction. Voir P.-M. Dupuy, *Droit international public, op.cit.*, p.24.

²⁰ M. Koskenniemi, « International law in Europe: between tradition and renewal », *loc.cit.*, p.115.

²¹ La société internationale dite « contemporaine » est désormais caractérisée comme étant close, décentralisée et conflictuelle. Voir P.-M. Dupuy, *Droit international public, op.cit.*, pp.3 et suiv.

²² Voir les articles 2 §1 et §4 de la Charte des Nations unies.

²³ P.-M. Dupuy, *ibidem*.

divers droits de coopération. Pour réaliser des objectifs particuliers, la fragmentation a donné lieu, à première vue, à une différence de matière pour le droit des investissements internationaux (a) et à une différence géographique pour le projet européen institutionnalisé (b).

a) Une différence matérielle pour le droit des investissements internationaux

56. Le droit des investissements internationaux apparaît comme une nouvelle matière de droit international, autrement dit un droit de coopération relevant du droit international économique. Il est le résultat de la pratique conventionnelle internationale des États exportateurs de capitaux, initiée à partir de 1959. En vertu d'une démarche pragmatique se distinguant de l'idéalisme promu à l'ONU, il a été ainsi espéré répondre à un besoin de protection des investissements de leurs nationaux réalisés en territoire étranger.

57. En effet, la création de l'ONU a invité un certain nombre d'États fraîchement souverains à revendiquer un nouvel ordre économique mondial. Les États exportateurs de capitaux ont souhaité réagir. Désormais que les capitaux en territoire étranger de leurs ressortissants étaient soumis à un risque politique, ils ont entendu codifier les quelques règles de droit international coutumier visant la protection des biens à l'étranger, et aller au-delà en créant un droit international contraignant par le biais de la conclusion de traités bilatéraux avec les pays importateurs.

58. Un droit international spécialisé, dès ses prémices, dans le domaine des investissements étrangers a ainsi pu voir le jour. Il est au carrefour de la régulation des échanges et du droit au développement.²⁴ Il peut être caractérisé de prime abord par l'objet qu'il régule, dont les contours sont hélas peu discernables. La notion d'investissement international provient en effet de la discipline économique.²⁵ Sa définition juridique est une nécessité, mais constitue l'une des difficultés de la matière.²⁶ D'une profusion de définitions qui laisse songeur,²⁷ ressortent les efforts des arbitres visant à dégager des critères de reconnaissance et ceux de la doctrine, afin de théoriser les diverses approches.²⁸

²⁴ P.-M. Dupuy, *Droit international public, op.cit.*, p.688.

²⁵ C. Bolusset, *L'investissement*, Paris, Bréal, 2007, p.7.

²⁶ A. Gilles, *La définition de l'investissement international*, Bruxelles, Larcier, 2012, p.15.

²⁷ *Ibidem*, p.20.

²⁸ E. Gaillard, « Reconnaître ou définir ? Réflexion sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI », in J.-M. Sorel (dir.), *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle, en hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Paris, Pedone, 2009, pp.17-32.

59. Au regard du droit international général, ce droit se distingue par son effet direct qui le rend invocable par les investisseurs privés.²⁹ Certaines de ses sources sont partagées, auxquelles s'ajoutent les contrats d'investissement, les droits internes des États hôtes et les sources de tiers ordre.³⁰ Son efficience dans l'accomplissement de ses finalités spécifiques est aussi à constater, de même qu'en tant que droit économique, l'exploitation des différences et l'imposition de la flexibilité.³¹ Ainsi, il convient de constater l'irréductibilité du droit des investissements ou plus largement du droit international économique vis-à-vis du droit international,³² ces derniers ayant un rapport d'hétérogénéité révélé notamment dans la conception de la frontière.³³

60. Cette différence s'amenuise si l'on considère, en plus de son faible degré d'institutionnalisation,³⁴ la finalité lointaine du droit international des investissements. La protection de ces derniers doit en effet permettre l'accroissement des flux et ainsi le développement des pays récepteurs, en vertu d'une logique productive.³⁵ Ce brin d'idéalisme est toutefois contredit par le pragmatisme et le réalisme de ce droit, mais aussi l'influence du nominalisme,³⁶ faisant qu'il ne se préoccupe pas en premier lieu des effets collatéraux liés à l'accomplissement de ses finalités premières et que ses effets sur le développement ont été contestés.³⁷

b) Une différence géographique pour le projet européen institutionnalisé

61. Par souci de clarté, rappelons une nouvelle fois que le rôle des souverainetés européennes westphaliennes a été réduit à partir de la configuration onusienne du droit international.³⁸ Ayant perdu son rôle d'incarnation de l'Universel et de modèle de civilisation suite

²⁹ M. Audit, « Droit des investissements internationaux. Présentation et sources », *Jurisclasseur de droit international*, fasc. 572-50, 2009, p.10.

³⁰ D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, 5e éd., Paris, Dalloz, 2013, p.9 et suiv. Le droit des investissements internationaux a été défini comme « l'ensemble des règles tant de droit international que de droit interne, ainsi que l'application juridictionnelle qui en est opérée, encadrant les flux transnationaux d'investissements et le traitement dont ils bénéficient dans l'État d'accueil ». Voir M. Audit, « Droit des investissements internationaux. Présentation et sources », *loc.cit.*, p.4.

³¹ M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil, 1998, p.75.

³² D. Carreau et P. Juillard, *ibidem*.

³³ Le droit international vise ainsi la protection et la préservation de l'indépendance politique des États, impliquant que les frontières soient imperméables. Au contraire, le droit international économique est un droit d'expansion dont l'effet est de rendre les frontières perméables. *Ibidem*, p.7 et suiv.

³⁴ Les seules institutions multilatérales en droit des investissements internationaux sont le CIRDI et l'AMGI.

³⁵ Il est ainsi vu que le CIRDI et l'AMGI font partie de la Banque mondiale, qui regroupe également la Banque internationale pour la reconstruction et le développement, mais aussi l'Association internationale de développement.

³⁶ M. Sinkondo, « Un élixir de sagesse pour une vieille canaille : La notion d'investissement saisie par le droit international », in H. Causse et M. Sinkondo (dirs), *Le concept d'investissement, Regards croisés des droits interne, international et communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp.1-29, p.6.

³⁷ Voir R. Charvin, *L'investissement international et le droit au développement*, Paris, L'Harmattan, 2002.

³⁸ J. Wouters, A. Nollkaemper & E. de Wet, « Introduction: The Europeanisation of international law », in J. Wouters,

au discrédit lié à ses conflits à répétition, la société internationale des États d'Europe a souhaité se différencier face à l'universalité récemment proclamée du droit international. Elle a donc désiré créer une structure régionale visionnaire, non reproduite à ce jour et dont la caractéristique première ne pourra être que l'autonomie, participant ainsi d'une institutionnalisation et d'une régionalisation particulières.

62. Sur le fondement d'instruments de droit international,³⁹ ont pu s'ériger trois communautés qui ont été regroupées par la suite sous la forme de l'Union européenne.⁴⁰ Vis-à-vis de la racine commune, l'institutionnalisation du projet européen manifeste une différenciation géographique, puisque *ratione loci* la création d'instances communautaires a visé l'instauration d'un droit international à portée régionale, devant s'appliquer entre des États membres d'une organisation partageant une proximité territoriale. La première des finalités de ce droit a été d'établir une solidarité de fait parmi ces États, afin de réduire les possibilités de conflit interétatique.

63. Cette union reste un objet ne rentrant dans aucune catégorie pré-établie, une organisation de « l'entre-deux »,⁴¹ dont tant la forme que le projet finals sont inconnus.⁴² Elle n'est ni un État fédéral ni une organisation intergouvernementale,⁴³ mais plutôt une « union d'États et de peuples »,⁴⁴ visant d'abord à restreindre la portée des souverainetés étatiques au profit d'institutions nouvellement créées,⁴⁵ tout en prévoyant d'aller au-delà.⁴⁶ Plus que le pragmatisme pouvant apparaître à la lecture du Traité de Rome, il s'agit de la volonté d'autonomie vis-à-vis non seulement du droit international mais aussi des droits internes des États membres qui désigne le mieux la nature du projet européen à ses prémices.

A. Nollkaemper & E. de Wet (eds), *The Europeanisation of international law - The statutes of international law in the EU and its member States*, The Hague, TMC Asser Press, 2008, pp.1-16, p.4.

³⁹ A. Pellet, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », Académie de droit européen, Florence, *Recueil des Cours*, 1997, vol. V, t.2, pp.193-271.

⁴⁰ Il s'agit de la CECA, la CEE et la CEEA. Le Traité CECA a été conclu pour une durée de cinquante ans, tandis que les deux autres pour une durée illimitée. L'Union européenne a fusionné les trois communautés, avant que le Traité CECA n'expire.

⁴¹ B. Laffan, « Democracy and the European Union », in L.Cram, D. Dinan, N. Nugent (ed.), *Developments in the European Union*, New York, St. Martin's Press, 1999, pp. 330-352, p.330. Nous traduisons.

⁴² P. Manin, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, *op.cit.*, p.2.

⁴³ *Ibidem*, p.66.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ La Commission européenne est l'organe supranational, qui a un pouvoir de proposition et tend progressivement vers le rôle de l'exécutif. Le Conseil de l'Union européenne est l'organe intergouvernemental, qui a le pouvoir de décision et d'adoption des actes. Le Parlement européen est l'organe démocratique, devenu le co-législateur avec la Commission européenne. Enfin, la CJCE, devenue CJUE, vise à assurer le respect du droit européen et la bonne interprétation des traités.

⁴⁶ P. Manin, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, *op.cit.*, p.66.

64. Ainsi, les caractéristiques du droit européen traduisent cette volonté d'émancipation de l'organisation régionale vis-à-vis du droit international.⁴⁷ Notons en ce sens l'affirmation de l'applicabilité directe et de la primauté du droit européen,⁴⁸ la centralisation et la verticalité permises par l'établissement d'instances supranationales, un mode décisionnel se détachant de l'unanimité, la protection de l'intégrité des normes européennes de l'exercice du pouvoir normatif international des États membres,⁴⁹ mais aussi la création de normes encore inconnues en droit international.⁵⁰ Même si la question de sa nature reste débattue,⁵¹ le droit européen est constitutif d'un particularisme juridique, construit en écho à l'universalisme.⁵² Il doit être différencié du droit international.⁵³

65. Toutefois, quand bien même l'Union européenne réussirait à convaincre de sa spécificité et de l'autonomie de son droit, il est aisé de voir que les finalités sous-jacentes de ce dernier sont en fait très proches des visées, notamment perfectives, du droit international. Soulignons en ce sens la volonté politique d'établir une union des peuples,⁵⁴ la nature *intra partes* du droit européen et son fort interventionnisme sur les politiques nationales, ainsi que l'esprit de solidarité se dégageant de la dynamique d'intégration. Tandis que la formation de la communauté internationale reste une gageure,⁵⁵ le territoire européen peut favoriser l'émergence d'une universalité réduite – mais réelle – et octroyer une matérialité aux finalités éthérées du droit international.

66. En conclusion, les systèmes présentent *in fine* des degrés d'irréductibilité divers. Les mérites du phénomène de fragmentation sont ceux de la spécialisation, à savoir l'efficiencia et la célérité dans la réalisation d'objectifs réalistes, mais aussi le pragmatisme et la quête de l'autonomie,

⁴⁷ C. Boutayeb et S. Rodrigues, « Le droit de l'Union européenne selon Philippe Manin ou la victoire d'une modernité », in C. Boutayeb, J.-C. Masclat, S. Rodrigues, H. Ruiz Fabri (dirs), *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, Paris, Pedone, 2010, pp.7-30, p.9.

⁴⁸ La Cour a très tôt affirmé que la Communauté constitue « un nouvel ordre juridique de droit international [...] dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants ». Il est noté que l'applicabilité directe des règles conventionnelles est rare en droit international. Voir CJCE, 5 février 1963, *Van Gend & Loos*, aff. C-26/62.

⁴⁹ Pour cela, il est envisageable de recourir à l'expansion des compétences européennes, à l'insertion de clauses de déconnexion dans les accords et à l'imposition d'obligations contraignantes sur les États membres.

⁵⁰ L. Ortiz Ahlf, « Derecho comunitario y derecho internacional », *Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, n°32, 2002, pp.11-23, p.14.

⁵¹ J. Díez-Hochleitner, « La interdependencia entre el derecho internacional y el derecho de la Unión Europea », in *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz de 1998*, Madrid, Tecnos, 1999, pp.39-88, p.44 et suiv.

⁵² J.B. Acosta Estévez, « La interdependencia entre el derecho internacional y el derecho comunitario europeo », *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. V, 2005, pp.13-50, p.15 et suiv.

⁵³ P.-M. Dupuy, *Droit international public, op.cit.*, p.461.

⁵⁴ Voir le préambule du Traité de Rome.

⁵⁵ E. Jouannet, « La communauté internationale vue par les juristes », *AFRI*, vol. VI, 2005, pp.3-26 ; A. Pellet, « Le droit international à l'aube du XXI^e siècle (La société internationale contemporaine – Permanences et tendances nouvelles) », *Cursos euromediterráneos Bancaja de derecho internacional*, vol. I, Aranzadi, Pampelune, 1998, pp.19-112, p.101.

voire l'accomplissement de certaines finalités universelles. Il semble *a priori* que le projet européen soit le système juridique exprimant la volonté de déracinement la plus forte. Voyons désormais comment ce processus de fragmentation a pu se concrétiser au sein de l'ordre juridique international.

B. La fragmentation effective du droit international

67. En prélude à l'étude des interactions, il est d'abord impératif de différencier clairement les systèmes juridiques en face-à-face, étant donné que l'analyse suppose de considérer leur dissemblance comme postulat.⁵⁶ Alors que les critères de distinction géographique et matérielle précédemment utilisés ont pu montrer des limites,⁵⁷ il convient à présent de réfléchir au critère pertinent sur lequel est fondée la fragmentation. Gardons cependant à l'esprit que l'émergence des systèmes est le résultat d'une rhétorique et relève plus de l'épistémologie que de l'ontologie.⁵⁸

68. Rappelons qu'à partir de la configuration onusienne du droit international, l'interdépendance des États a abouti à la nécessaire création de divers droits de coopération, se développant sous la forme de régimes dits « spéciaux ».⁵⁹ Reste à savoir comment la fragmentation s'est réalisée. Ainsi, on s'intéressera aux moyens de la fragmentation du droit international. **(1)** Il sera constaté par la suite que le phénomène suppose de résoudre de nouvelles problématiques **(2)**.

1. Les moyens de la fragmentation du droit international

69. Pour délimiter une nette frontière entre un régime général et des régimes spéciaux, puis pour justifier l'autonomie de ces derniers, le critère sur lequel la fragmentation a pris appui est systémique.⁶⁰ Le concept d'ordre juridique peut être ainsi vu comme l'instrument principal de la fragmentation et le discriminant le plus efficient entre la norme générale et les normes spéciales. L'idée est que des sous-ensembles se sont développés en se formalisant sous la forme d'un ordre.

⁵⁶ E. Dubout, « La relativité de la distinction des normes de droit de l'Union européenne et du droit international », in L. Burgogue-Larsen, E. Dubout, A. Maitrot de La Motte, S. Touzé (dirs), *Les interactions normatives*, cahiers européens, Paris, Pedone, n°2, 2012, pp.17-51, p.18.

⁵⁷ *Ibidem*, p.21 et suiv.

⁵⁸ *Ibid.*, p.25.

⁵⁹ Voir le rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international sur la fragmentation du droit international, Conclusions des travaux du Groupe d'étude de la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, 2006, UN doc. A/CN.4/L.702, 18 juillet 2006, p.11 et suiv.

⁶⁰ E. Dubout, « La relativité de la distinction des normes de droit de l'Union européenne... », *loc.cit.*, p.23.

Des ordres juridiques partiels proviennent alors d'une fragmentation de l'ordre juridique international (a).

70. Par la suite, il faut s'intéresser au degré de fragmentation qu'ont pu acquérir ces sous-ensembles, en résultat de leur qualité d'ordre juridique distinct. Observons que la proclamation de l'autonomie et de l'étanchéité des systèmes est un fait empirique, qui appelle toutefois à être relativisé. Il faudra examiner pour cela, d'un point de vue critique, la portée de la fragmentation du droit international. (b)

a) Le concept d'ordre juridique

71. À la base du phénomène de fragmentation, se trouve le recours au concept discriminant d'ordre juridique. Celui-ci est un efficient moyen pour les sous-systèmes de justifier une individualisation, en s'affirmant comme étant des ordres juridiques propres. Selon la pensée institutionnaliste de Santi Romano,⁶¹ l'ordre juridique doit être rattaché à la structure organisée qui est détentrice du pouvoir de production des normes. C'est donc une définition ample et plurale du concept qui est retenue, puisqu'il existe pour l'auteur autant d'ordres juridiques que d'entités détentrices du pouvoir normatif et que la figure étatique n'apparaît pas comme ayant le monopole de la création de l'ordre juridique.

72. D'un point de vue normativiste, le concept d'ordre juridique vise à caractériser ce qu'est le droit d'une manière stipulative en le considérant comme un ensemble de normes. Celles-ci sont coordonnées et ont force obligatoire sur leurs sujets. La méconnaissance d'une de ces normes doit être vectrice d'effets.⁶² La démarche suppose donc une systématisation, porteuse d'une rigueur et d'une perfection prenant la forme, pour la pensée kelsénienne moniste, d'une pyramide ou d'une hiérarchie.

73. Pour que les sous-systèmes soient des ordres juridiques, encore faut-il que le droit international ait cette qualité, en satisfaisant les caractéristiques susmentionnées liées à la nature systémique du concept, à savoir l'unité, la cohérence, la complétude et l'efficacité.⁶³ Un auteur s'est

⁶¹ S. Romano, *L'ordre juridique*, introduction de Ph. Francescakis, préface de P. Mayer, Dalloz, 2002.

⁶² P.-M. Dupuy, *Droit international public, op.cit.*, p.12.

⁶³ J.B. Acosta Estévez, « La interdependencia entre el derecho internacional y el derecho comunitario europeo », *loc.cit.*, p.22.

demandé en ce sens si le droit international n'était pas un « bric-à-brac ». ⁶⁴ Il faut toutefois admettre que la majorité des spécialistes reconnaît la qualité d'ordre juridique à ce droit. ⁶⁵ Le relativisme et l'absence de centralisation ne constituent pas un obstacle à l'obtention de cette qualité. ⁶⁶ Sans l'existence d'un ordre juridique international unitaire à postuler, le phénomène de fragmentation ne serait en outre plus une problématique. ⁶⁷

74. Partant, la volonté de fragmentation vis-à-vis du droit international a pu s'exprimer en prenant appui sur le concept d'ordre juridique, d'une façon révélatrice des finalités des sous-ensembles. En effet, la quête d'autonomie ayant mené le procédé d'institutionnalisation du projet européen a incité, sous la férule de la CJCE devenue CJUE, ⁶⁸ à proclamer l'instauration d'un ordre juridique propre issu de l'établissement de nouvelles institutions, en vertu des caractéristiques d'un système juridique répondant aux critères du concept. ⁶⁹

75. À l'inverse, le droit des investissements étrangers a préféré s'appuyer sur divers ordres juridiques existants, ⁷⁰ pour constituer un agrégat plutôt qu'un ordre juridique défini, sur le modèle du droit du commerce international. ⁷¹ Il est ainsi espéré tirer avantage des spécificités de chacun de ces ordres, pour accomplir au mieux des visées spécifiques. ⁷² Les interrogations sur la satisfaction des critères de cohérence et d'unité par le système mis en place peuvent alors paraître accessoires, en vertu d'une démarche avant tout pragmatique.

⁶⁴ J. Combacau, « Le droit international, bric-à-brac ou système ? », in *Le système juridique*, ADP, 1986, t.31, pp.85-105.

⁶⁵ J.B. Acosta Estévez, *ibidem* ; A. Pellet, « Le droit international à l'aube du XXI^e siècle... », *loc.cit.*, p.41 ; P.-M. Dupuy, *Droit international public, op.cit.*, p.14.

⁶⁶ J.B. Acosta Estévez, *ibidem*, p.31 ; P.-M. Dupuy, *ibidem*, p.13 et suiv.

⁶⁷ A.-C. Martineau, « La fragmentation du droit international : un renouvellement répété de la pensée ? », *Biennial conference of the European Society of international law*, Paris, 18-20 mai 2006, p.3, disponible à <http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Martineau.PDF>

⁶⁸ C. Boutayeb et S. Rodrigues, « Le droit de l'Union européenne selon Philippe Manin... », *loc.cit.*, p.18.

⁶⁹ Voir CJCE, 5 février 1963, *Van Gend and Loos*, aff. C-26/62 ; CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. C-6/64.

⁷⁰ Le droit des investissements internationaux est ainsi à cheval entre les ordres juridiques internes, l'ordre juridique international voire l'ordre juridique arbitral, auxquels doit s'ajouter l'ordre juridique européen. Voir E. Gaillard, « L'ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité », Conférence commémorative John E.C. Brierly, *McGill Law Journal/ Revue de droit de McGill*, 2010, vol.55, pp.891-907.

⁷¹ Un parallélisme peut être tracé avec le droit du commerce international, pour lequel il a été noté qu'aucun ordre juridique défini ne l'englobe, alors qu'il ne constitue pas pour autant un ordre juridique propre. Voir J.-M. Jacquet, « Sociabilité et droit du commerce international », in L. Boisson de Chazournes & V. Gowlland-Debbas (eds), *The international legal system in quest of equity and universality/ L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et universalité : liber amicorum Georges Abi-Saab*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2001, pp.251-265, p.252.

⁷² On se demande si cet assemblage pragmatique d'ordres juridiques constitue un ordre juridique propre. La satisfaction des critères, notamment celui de cohérence, peut prêter à discussion.

b) La portée de la fragmentation

76. Au-delà des proclamations, la question de la portée concrète de la fragmentation doit être posée. Ces ordres juridiques partiels sont-ils devenus autonomes au point que les liens les unissant à l'ordre juridique international ont été rompus ? Le droit international est-il encore en position d'influer sur les sous-systèmes et *vice-versa* ? Il doit alors être déterminé si l'on assiste à une version normative du mythe de Kronos, qui révélerait la volonté des sous-ensembles de rejeter leur origine commune.⁷³ Le thème est un terrain de débats entre les internationalistes et les européanistes. Il souligne une fois de plus les dissemblances parmi les systèmes juridiques.

77. S'agissant de savoir si le droit européen constitue un ordre juridique propre, l'idée est défendue par une partie de la doctrine. Il doit être reconnu que les arguments visant à démontrer l'autonomie complète et la nature spécifique du droit européen vis-à-vis du droit international sont convaincants.⁷⁴ Ce droit régional serait ainsi un « super-droit », dont la fonction serait désormais d'inspirer le droit international.⁷⁵

78. Toutefois, de tels propos ne doivent pas occulter les origines internationales du système juridique européen. Celui-ci est certes devenu autonome, mais il continue à interagir avec ses racines dont il dérive et reste dépendant.⁷⁶ Le droit européen a été en conséquence qualifié de système semi-fermé et non autosuffisant.⁷⁷ La volonté de fragmentation reste tout de même palpable et devient paradoxale, car l'Union européenne a besoin du droit international, parmi lequel le droit international des investissements, pour obtenir le statut d'acteur mondial.⁷⁸

79. Quant à la même question appliquée au cas du droit des investissements internationaux, elle doit être subsumée sous la problématique visant le droit international économique, ce dernier

⁷³ E. Dubout, « La relativité de la distinction des normes de droit... », *loc.cit.*, p.17.

⁷⁴ L'homogénéité du droit européen, la centralisation ou le haut degré d'institutionnalisation, l'exercice en commun des souverainetés, les instruments juridiques particuliers comme le droit dérivé et l'individu en tant que sujet de droit européen sont autant d'éléments allant dans le sens de l'autonomie. Voir J. Díez-Hochleitner, « La interdependencia entre el derecho internacional y el derecho de la Unión Europea », *loc.cit.*, p.46 et suiv.

⁷⁵ J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, *Introduction au droit européen*, Paris, PUF, 2008, p.21 et suiv..

⁷⁶ A. Pellet, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *loc.cit.*, p.269; E. Dubout, « La relativité de la distinction des normes de droit de l'Union européenne et du droit international », *loc.cit.*, p.17.

⁷⁷ J. Díez-Hochleitner, « La interdependencia entre el derecho internacional y el derecho de la Unión Europea », *loc.cit.*, p.66 ; J.B. Acosta Estévez, « La interdependencia entre el derecho internacional y el derecho comunitario europeo », *loc.cit.*, p.14 ; P.-M. Dupuy, *Droit international public, op.cit.*, p.460.

⁷⁸ Il a été noté, en se référant aux États-Unis, qu'« À mesure que l'Union européenne affirme son pouvoir sur la scène internationale, elle tend à se désengager du droit international ». Voir W.A. Fletcher, « Observations » in M. Delmas-Marty et S. Breyer (dirs), *Regards croisés sur l'internationalisation du droit : France-États-Unis*, Société de législation comparée, Paris, 2009, pp.106-113, p.112.

ayant été reconnu comme un « chapitre du droit international »⁷⁹ duquel le premier constitue une section.⁸⁰ La question de l'autonomie du chapitre vis-à-vis de l'ouvrage a été l'objet de débats doctrinaux, considérés à présent comme dépassés.⁸¹ Il ressort que l'autonomie est *a priori* moins un enjeu existentiel pour le droit des investissements qu'elle l'est pour l'Union européenne. De ces deux sous-ensembles, l'Union européenne est celui qui semble vouloir s'éloigner le plus de ses origines, tout en n'ayant pas rompu ses liens avec le droit international.

80. Étant l'objet d'un vif débat, il doit être souligné que l'autonomie des sous-ensembles vis-à-vis de leur racine commune est au premier chef conceptuelle et qu'elle doit être reconnue pour exister.⁸² Le pouvoir émancipatoire du concept d'ordre juridique, dont la fonction est plus régulatrice que différenciatrice,⁸³ s'inscrit donc dans la relativité.⁸⁴ Il sera retenu que les deux branches constituent des fragments d'un droit international restant, d'une manière plus ou moins visible, en arrière-plan.⁸⁵

2. Les nouvelles problématiques liées à la fragmentation

81. Les effets de la fragmentation sont au coeur de vifs débats en doctrine et révèlent les nouvelles problématiques liées au phénomène. Deux points de vue se distinguent. Certains relèvent une entrave à l'universalité du droit international, une source d'incertitudes,⁸⁶ de désordre et de complexité,⁸⁷ qui portent atteinte à l'unité tant matérielle que formelle de ce droit et à sa qualité d'ordre juridique encore discutée.⁸⁸ L'étanchéité et l'autarcie des sous-systèmes sont ainsi mises en exergue, ce qui pose un problème de cohérence lorsqu'ils sont amenés à s'enchevêtrer. La fragmentation du droit international constituerait donc une menace pour la viabilité du système

⁷⁹ P. Weil, « Le droit international économique », in P. Weil, *Écrits de droit international, op.cit.*, pp.67-100, p.100.

⁸⁰ A. Pellet, « Notes sur la fragmentation du droit international : Droit des investissements internationaux et droits de l'homme », in D. Alland, V. Chetail, O. de Frouville, J.E. Viñuales (dirs), *Unité et diversité du droit international : écrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy/ Unity and diversity of international law: essays in honour of professor Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014, pp.757-784, p.762.

⁸¹ P.-M. Dupuy, *Droit international public, op.cit.*, p.687 et suiv.

⁸² E. Dubout, « La relativité de la distinction des normes de droit... », *loc.cit.*, p.31.

⁸³ *Ibidem*, p.25.

⁸⁴ *Ibid.*, p.24 et suiv.

⁸⁵ Le droit des investissements internationaux a été qualifié de « fragment simple » et le droit européen de « fragment complexe ». Voir B. Poulain, « Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union », *RGDIP*, n°4, 2007, pp.803-828, p.804.

⁸⁶ M. Benlolo-Carabot, « Le droit européen face à la fragmentation du droit applicable aux relations internationales – Le regard de l'internationaliste publiciste », in J.-S. Bergé, M. Forteau, M.-L. Niboyet et J.-M. Thouvenin (dirs), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales, op.cit.*, pp.97-127, p.97.

⁸⁷ E.-L. Comtois-Dinel, « La fragmentation du droit international : vers un changement de paradigme ? », *Lex Electronica*, vol.11, n°2, automne 2006, pp.1-22, p.2.

⁸⁸ C. Leben, « La fragmentation du droit applicable aux relations internationales... », *loc.cit.*, p.24.

juridique international (a).

82. Toutefois, une autre partie de la doctrine appelle à relativiser largement ces critiques, en voyant dans le phénomène une simple diversification, témoignant du progrès du droit international d'un point de vue quantitatif.⁸⁹ Il est souligné que la parcellisation des droits internes n'est pas l'objet d'un tel débat.⁹⁰ Les incohérences seraient inhérentes à tout ordre et leur existence ne porte pas préjudice à l'unité du droit international et à sa qualité d'ordre juridique.⁹¹ Il est en conséquence préférable de se focaliser sur les remèdes pouvant être proposés (b).

a) Perte d'unité de l'ordre juridique international

83. En considérant le phénomène d'un point de vue alarmiste, le droit international risque de se morceler, s'il ne l'est pas déjà.⁹² Il prendrait ainsi la forme de divers systèmes normatifs, dont le haut degré de fermeture pourrait entraîner la perte d'unité du droit international.⁹³ En effet, l'autonomie des nombreux ordres juridiques aurait entraîné une rupture de la communication non seulement entre eux mais aussi avec la racine commune. Cette coexistence d'ordres juridiques possiblement contradictoires ne présente pas trop d'inconvénient, tant que ces ordres juridiques n'entrent pas en contact.⁹⁴

84. Ce n'est plus le cas, puisque la dynamique d'intégration remet en cause l'autonomie des sous-systèmes et fait apparaître les incohérences, prenant la forme de conflits intersystémiques. Leur nature patente et leur nombre croissant obligent à les prendre en compte et à tenter de les résoudre. Pour cela, l'émergence d'admonitions,⁹⁵ de travaux et d'articles doctrinaux doit être soulignée.⁹⁶ Ces initiatives ont pour objet d'analyser les effets de la balkanisation des sous-systèmes,

⁸⁹ C. Leben, « La fragmentation du droit applicable aux relations internationales... », *loc.cit.*, p.25 et suiv. ; A. Pellet, « Notes sur la fragmentation du droit international : Droit des investissements internationaux et droits de l'homme », *loc.cit.*, p.758.

⁹⁰ C. Leben, *ibidem*, p.25.

⁹¹ *Ibid.*, p.24.

⁹² A.-C. Martineau, « La fragmentation du droit international : un renouvellement répété de la pensée ? », *loc.cit.*, p.3.

⁹³ E.-L. Comtois-Dinel, « La fragmentation du droit international : vers un changement de paradigme ? », *loc.cit.*, p.2.

⁹⁴ C. Leben, « Le droit européen et l'investissement international », in Á.J. Rodrigo Hernández y C. García (coords), *Unidad y pluralismo en el derecho internacional público y en la Comunidad internacional, Coloquio en homenaje a Oriol Casanovas*, Madrid, Tecnos, 2011, pp.226-242, p.227.

⁹⁵ Voir le discours prononcé par le Président de la CIJ Gilbert Guillaume devant la sixième commission des Nations Unies le 27 octobre 2000, disponible à <http://www.icj-cij.org>

⁹⁶ Voir les travaux de la CDI, parmi lesquels Rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, « Introduction », 1er août 2002, UN doc. A/CN.4/L.628 ; Rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, « Conclusions des travaux du Groupe d'étude de la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », UN doc. A/CN.4/L.702.

pour tenter de délivrer au juriste les outils devant lui permettre de réagir en participant du rétablissement de l'unité.

85. Ainsi, les attentions ont été focalisées sur les régimes fermés, qui ont été désignés comme étant un vecteur particulier de contradictions. Ce n'est pas le cas des régimes spéciaux en général. Seuls ces régimes fermés pourraient entrer en contradiction entre eux et avec le droit international général. Ils posent alors la problématique de la résolution des conflits de systèmes.

86. Dans notre cas, notons que l'autonomie des sous-systèmes a été revendiquée vis-à-vis du droit international. Il conviendra alors de mesurer l'étanchéité des systèmes, qui en vertu de ce point de vue pessimiste devrait être forte et obliger à résoudre des conflits selon une méthode peu encline au maintien du pluralisme juridique. Nous verrons que l'Union européenne a pris appui sur ce risque de conflit, afin de renforcer son approche du droit des investissements internationaux et de rétablir une unité au niveau régional.

b) Des remèdes à la perte d'unité

87. Ces critiques soulignant les risques de la fragmentation du droit international peuvent être réfutées. D'une perspective relative et optimiste, ce phénomène peut être considéré comme un signal de la maturation du droit international et une opportunité d'innovation.⁹⁷ Il est même envisageable de nier son existence somme toute paradoxale,⁹⁸ étant donné que la force de la mondialisation juridique devrait avoir un effet défragmentant.⁹⁹

88. Rappelant que l'unité formelle du droit international n'est pas atteinte par la fragmentation,¹⁰⁰ les incohérences et la désharmonie sont alors vues comme passagères et comme ayant une portée réduite. Toutefois, face à un conflit intersystémique avéré, nous verrons que ce point de vue ouvert invite à faire usage d'une méthode conciliatrice de résolution du conflit, prenant comme postulat la reconnaissance du pluralisme juridique provenant du phénomène de fragmentation.

⁹⁷ A. Peters, « Le droit international expliqué aux enfants », in E. Jouannet, H. Ruiz-Fabri, J.-M. Sorel (dirs), *Regards d'une génération de juristes sur le droit international*, Paris, Pedone, 2008, pp.303-325, p.324.

⁹⁸ A. Pellet, « Notes sur la fragmentation du droit international : Droit des investissements internationaux et droits de l'homme », *loc.cit.*, p.784.

⁹⁹ *Ibidem*, p.759.

¹⁰⁰ P.-M. Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public », *RCADI*, 2002-V, vol.297, pp.9-489, p.93 et suiv.

89. Plutôt que de céder à la crainte, les auteurs devraient se concentrer sur les moyens de la consolidation de l'unité du droit international, en vertu d'une attitude proactive. Certains remèdes semblent à disposition, afin de parfaire l'unité du droit international. Le premier relève du pouvoir d'interprétation du juge international, celui-ci devant être enclin au dialogue interjuridictionnel et à l'harmonisation de la jurisprudence, en se référant aux précédentes décisions.¹⁰¹ Le rôle de protection de la cohérence revenant *in fine* à la Cour de La Haye ne doit pas être oublié, de même que l'interdépendance entre les sous-systèmes et la racine commune, qui doit conduire à l'harmonisation du droit international par le biais d'une fertilisation croisée.¹⁰² Citons enfin le projet de constitutionnalisation de ce droit.

90. Par ailleurs, les avancées du système juridique européen peuvent bénéficier à l'essor du droit international et parfaire son unité,¹⁰³ alors même que le juge européen a accentué la fragmentation.¹⁰⁴ Il est d'abord pensé au succès de la constitutionnalisation de l'ordre juridique européen.¹⁰⁵ Elle a été en premier lieu un moyen de distinction et d'autonomie vis-à-vis du droit international.¹⁰⁶ Notons en sus que le droit européen permet d'unifier, certes régionalement, l'ordre juridique international autour de certaines valeurs fondamentales, en visant l'unité substantielle.¹⁰⁷ Le renvoi préjudiciel auprès de la CJUE pourrait enfin être adapté à la sphère internationale.¹⁰⁸

91. En conclusion, nous avons suggéré qu'à partir d'une racine commune, ont pu se développer de multiples sous-systèmes normatifs en vertu d'une dynamique de fragmentation dont les effets sont désormais discutés à un point inégalé, alors qu'ils sont plus anciens qu'il n'y paraît.¹⁰⁹ Le droit international semble destiné à s'étendre indéfiniment et aussi bien le droit des investissements internationaux que le droit européen constituent des sous-ensembles ayant des

¹⁰¹ Il y aurait un décalage entre les discours doctrinaux et la jurisprudence, car depuis les réflexions du Président Gilbert Guillaume, les juridictions internationales sont plus enclines au dialogue et à l'harmonisation de leur jurisprudence. Voir P.-M. Dypuy, *Droit international public*, *loc.cit.*, p.587.

¹⁰² S. Touzé, « La prise en compte du droit de l'Union européenne dans l'élaboration des normes du droit international – Esquisse d'une lecture générale orientée », in L. Burgogue-Larsen, E. Dubout, A. Maitrot de La Motte, S. Touzé, (dirs), *Les interactions normatives*, *op.cit.*, pp.53-69, p.63.

¹⁰³ Pour un avis contraire, voir A. Pellet, « Préface », in L. Burgogue-Larsen, E. Dubout, A. Maitrot de La Motte, S. Touzé, (dirs), *Les interactions normatives*, *op.cit.*, pp.5-12, p.5.

¹⁰⁴ M. Benlolo-Carabot, « Le droit européen face à la fragmentation du droit... », *loc.cit.*, p.100.

¹⁰⁵ CJCE, 14 décembre 1991, avis 1/91, point 21.

¹⁰⁶ M. Benlolo-Carabot, « Le droit européen face à la fragmentation du droit... », *loc.cit.*, p.100.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p.109.

¹⁰⁸ G. Guillaume, « Quelques propositions concrètes à l'occasion du centenaire de la CIJ », *RGDIP*, 1996, n°2, pp.323-334, p.331.

¹⁰⁹ Un auteur a montré que le phénomène date du milieu du XIXe siècle. Voir A.-C. Martineau, « La fragmentation du DI : un renouvellement répété de la pensée ? », *loc.cit.*, p.4 et suiv.

degrés divers d'autonomie. Celle-ci est appelée à être remise en cause par le face-à-face actuel.

Paragraphe 2. Le rapprochement des systèmes juridiques

92. S'intéresser au thème du rapprochement des systèmes va nous permettre de décrire les possibles résultats du face-à-face actuel. Par rapprochement, on entend un processus de convergence des systèmes dont la cause est à chercher du côté de la mondialisation, thème sur lequel on reviendra par la suite. Précisons ici que le rapprochement s'exprime au travers des phénomènes de régionalisation et d'intégration, qui sont en recrudescence depuis la fin de la Guerre froide. Autrement dit, un nombre restreint d'États, partageant des affinités géographiques, se sont ainsi liés par voie conventionnelle pour aboutir à l'accomplissement de missions en fonction d'un degré d'institutionnalisation variable.¹¹⁰

93. Le rapprochement doit conduire à un changement de paradigme. Il a pour effet de lier les systèmes juridiques en remettant en cause leur autonomie. L'un des sous-systèmes est alors conduit à ce que l'autre devienne une partie indissociable de son propre système.¹¹¹ En les plaçant face-à-face, le rapprochement révèle ainsi les traits distinctifs de chacun des systèmes à l'étude **(A)**.

94. Il apparaîtra que le rapprochement est mené par le projet européen institutionnalisé et qu'il suppose la création d'un droit des investissements internationaux à l'échelle européenne. Mais pour ce faire, les autorités européennes doivent obtenir la capacité de production de la norme internationale en la matière, qui appartient jusqu'à présent aux États membres. Ainsi, les moyens dont dispose l'Union européenne pour inclure le droit des investissements internationaux au sein de sa « diplomatie normative »¹¹² seront exposés **(B)**.

A. Rapprochement et évolution des systèmes juridiques

95. Tentons de caractériser le rapprochement en cours. Nous avons vu que l'un de systèmes est invité à devenir le sous-système de l'autre. Il reste alors à identifier qui sera ce sous-système et à ce propos nous observerons que c'est l'Union européenne qui est à la manœuvre et que le droit des

¹¹⁰ J. Dutheil de la Rochère, « Mondialisation et régionalisation », in C. Kessedjian et C.-A. Morand (dirs), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.435-453, p.437.

¹¹¹ L'intégration est, de manière générale, « l'opération tendant à faire entrer un élément extérieur dans une entité dont il devient une partie indissociable ». Voir J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p.590.

¹¹² P.-M. Dupuy, *Droit international public, op.cit.*, p.374.

investissements internationaux est appelé à faire partie intégrante de l'action normative externe européenne. Rappelons pour expliciter le propos que l'intégration est la valeur fondamentale du projet européen institutionnalisé, aussi bien d'un point de vue interne qu'externe.¹¹³ En conséquence, l'organisation a souhaité très tôt dépasser le simple cadre de ses missions originelles.¹¹⁴ Ses efforts ont abouti, au sein du système juridique mis en place, au passage « du principe d'intégration au droit de l'intégration ».¹¹⁵

96. Bien que tirillée entre l'enracinement et le déracinement,¹¹⁶ l'organisation régionale doit revenir auprès du droit international afin d'insérer au sein de sa diplomatie normative de nouvelles disciplines spécialisées, nécessaires à l'extension de son projet et à l'affirmation de sa personnalité juridique internationale.¹¹⁷ En ce sens, le système juridique européen n'est que semi-fermé et le rapprochement des instances européennes vers le droit des investissements internationaux semble indispensable **(1)**.

97. À l'opposé, le phénomène de convergence n'a eu jusqu'alors que de très faibles répercussions sur le droit des investissements internationaux, particulièrement s'agissant de celui qui est issu de la pratique conventionnelle des États membres. D'un point de vue général, il est loisible de soutenir que ce droit se satisfait de sa haute spécificité et peine à s'éloigner de l'accomplissement de sa mission première. Il semble s'être mué en un système clos ou quasi-clos. Le rapprochement d'autres systèmes juridiques lui serait alors dispensable **(2)**.

1. Rapprochement de l'Union européenne vis-à-vis du droit des investissements internationaux

98. Pour bien comprendre la raison à l'origine de cette volonté d'intervention de l'Union européenne en matière d'investissement international, il faut se remémorer la nature profondément politique du projet régional, le distinguant ainsi d'autres projets régionaux institués sur le fondement d'un traité.¹¹⁸ Pour cette organisation dont l'expansion est constante et la finalité ultime reste

¹¹³ L. Burgogue-Larsen, « De l'internationalisation du dialogue des juges - Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », in *Le dialogue des juges – Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp.95-130, p.104, note infra-paginale 29.

¹¹⁴ C. Boutayeb et S. Rodrigues, « Le droit de l'Union européenne selon Philippe Manin... », *loc.cit.*, p.20.

¹¹⁵ *Ibidem*, p.14.

¹¹⁶ *Ibid.*, p.8.

¹¹⁷ J. Díez-Hochleitner, « La interdependencia entre el derecho internacional y el derecho de la Unión Europea », *loc.cit.*, p.68.

¹¹⁸ Contrairement aux autres associations d'États comme l'ALENA ou le MERCOSUR, seule l'Union européenne a une

mystérieuse, à la personnalité conquérante,¹¹⁹ lancée dans une course à l'influence avec les États-Unis,¹²⁰ placée au carrefour des interactions et déjà devenue une « Union des droits »,¹²¹ il est évident que l'accroissement de son champ d'intervention externe est impératif.

99. Pour cela, le projet européen dispose de plusieurs leviers applicables à l'ensemble des matières en lesquelles il souhaite agir. Le fondement de ce phénomène est la volonté de l'organisation de se muer en un acteur mondial et d'obtenir une influence normative internationale **(a)**. Pour cela, la volonté européenne dispose de la dynamique d'europanisation, en tant que premier outil d'expansion, **(b)** puis du procédé de transformation des normes, en tant qu'outil complémentaire d'expansion **(c)**.

a) L'Union européenne comme un acteur mondial

100. Il est peu dire que la volonté a un rôle déterminant dans la construction européenne et son avancement.¹²² Très tôt dans le développement du projet européen, les institutions ont souhaité dépasser le cadre interne de leur champ d'intervention normative pour affirmer leur modèle d'organisation sur la scène internationale. Pour cela, l'organisation internationale a cherché à obtenir le statut d'acteur mondial.

101. Ce dernier, sur le modèle de la figure étatique, possède la subjectivité internationale lui permettant, en observant les règles du droit international,¹²³ de conclure des traités avec les pays tiers, d'être possiblement engagé par des obligations internationales, de constituer une politique étrangère et d'avoir des relations diplomatiques. Des efforts et des initiatives spécifiques ont dû être entrepris afin que l'Union européenne obtienne une telle qualité dans le texte des traités.

102. La volonté européenne ne s'arrête pas là. Il est souhaité en second lieu utiliser cette qualité d'acteur mondial dans le but d'influencer à nouveau le droit international, au regard d'un contexte qui y serait favorable. Pour cela, le projet européen désire modifier le mode de production des normes internationales relevant de la compétence des États membres, pour bénéficier d'une

nature politique, à savoir que les autres sont techniques, sans délégation de souveraineté.

¹¹⁹ O. Cattaneo, « Quelles ambitions pour la politique commerciale de l'Union européenne ? », *Les notes de l'IFIR*, n°39, mars 2002, p.9.

¹²⁰ *Ibidem*, pp.87-88.

¹²¹ Voir C. Boutayeb, J.-C. Masclet, S. Rodrigues, H. Ruiz Fabri (dirs), *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, L'Union européenne : union de droit, union des droits, op.cit.*

¹²² J. Dutheil de la Rochère, « Mondialisation et régionalisation », *loc.cit.*, p.448.

¹²³ Voir l'article 3 §5 TUE.

puissance normative externe.¹²⁴ Celle-ci l'autoriserait à modeler le droit international, en fonction de ses principes et de ses valeurs, et à propager son modèle d'organisation à l'extérieur.¹²⁵

103. Il existerait ainsi une influence normative internationale de l'Union européenne,¹²⁶ dont la visée serait l'appropriation des normes internationales existantes par le biais de la redéfinition de leur contenu, en vertu d'une démarche marquée par son unilatéralité et fondée sur les efforts demandés aux pays partenaires.¹²⁷

104. Quant à savoir si l'Union européenne a les moyens de ses ambitions, nous verrons qu'elle dispose d'une ingénierie institutionnelle solide et réformée par le Traité de Lisbonne. Les dynamiques d'approfondissement et d'élargissement, les révisions des traités,¹²⁸ l'affirmation de nouvelles compétences et l'instauration d'une coopération avec les États membres peuvent lui permettre de devenir un acteur mondial par effet *spillover*.¹²⁹ Elle le serait déjà en régulation de la concurrence, en politique monétaire et en politique commerciale commune.¹³⁰ Il reste à savoir si ces mécanismes permettront *in concreto* d'eupéaniser le droit des investissements internationaux issu de la pratique conventionnelle des États membres.

b) La dynamique d'eupéanisation

105. Pour devenir acteur mondial en matière d'investissement étranger, il est nécessaire que les instances européennes s'intègrent au mode de production des normes internationales régissant ce domaine, qui est jusqu'à présent interétatique et relève de la voie conventionnelle. Pour franchir ce pas, elles peuvent compter sur la dynamique générale d'eupéanisation, pour laquelle est à la manoeuvre l'ensemble des instruments susmentionnés qui doivent permettre l'obtention du statut

¹²⁴ L. Cohen-Tanugi, « L'influence normative internationale de l'Union européenne : une ambition entravée », *Notes de l'IFRI*, n°40, mars 2002, p.10.

¹²⁵ Voir U. Candaş, « L'influence normative de l'Union européenne par le biais de liens conventionnels. Une contribution de juriste à la théorie des relations internationales », *Ankara review of European studies*, vol.9, n°2, 2010, pp.21-44, p.27.

¹²⁶ L'influence normative est vue comme la capacité d'une entité politique à élaborer sa propre loi et en obtenir le respect, mais aussi la capacité à influencer sur le contenu des normes et à servir de modèle. Voir L. Cohen-Tanugi, *ibidem*, p.11.

¹²⁷ U. Candaş, « L'influence normative de l'Union européenne par le biais de liens conventionnels... », *loc.cit.*, p.32.

¹²⁸ Le procédé de révision des traités témoigne de l'envie de déracinement de l'Union européenne vis-à-vis du droit international. Voir C. Boutayeb et S. Rodrigues, « Le droit de l'Union européenne selon Philippe Manin... », *loc.cit.*, p.10

¹²⁹ Voir l'article 10 TCE.

¹³⁰ L. Cohen-Tanugi, *Quand l'Europe s'éveillera*, Paris, Grasset, 2011, p.85 ; O. Cattaneo, « Quelles ambitions pour la politique commerciale de l'Union européenne ? », *loc.cit.*, p.7.

d'acteur mondial. Droits internes des États membres, droit international public,¹³¹ droit international privé,¹³² droits internationaux spécialisés... Rien ne semble échapper à la prégnance de l'eupéanisation.

106. Celle-ci désigne ainsi tant un processus que son résultat.¹³³ Le premier est à rapprocher, en raison de leurs similitudes, de la dynamique d'intégration elle-même vectrice du phénomène de globalisation. En ce sens, l'eupéanisation est d'abord fondée sur un procédé de dénationalisation, vu comme une intégration négative, à laquelle s'ajoute une intégration positive, dont la visée est de transnationaliser les compétences des États.¹³⁴ Avant de s'attacher à ses résultats, notons que ce processus relève avant tout de la sphère politique et qu'il est fondé sur une déstructuration à géométrie variable de l'organisation institutionnelle interne des États membres.

107. En l'espèce, le procédé appliqué au droit des investissements internationaux tel qu'issu de la pratique conventionnelle internationale des États membres a été officiellement lancé à partir de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Celui-ci ouvre une période de transition, durant laquelle les instruments conventionnels étatiques doivent être gérés. Il conviendra d'analyser les effets de l'eupéanisation quant au mode de production de ce droit par la voie conventionnelle. Ainsi, le Traité de Lisbonne et la nouvelle compétence qu'il contient vont-ils permettre d'eupéaniser le mode de conclusion des futurs accords d'investissement ?

108. Si tel est le cas, en conséquence ce droit deviendrait contraignant vis-à-vis de l'Union européenne et non plus vis-à-vis des États membres. Elle pourrait alors participer à la résolution des différends prévue par le droit procédural des investissements internationaux, en raison de l'eupéanisation du statut procédural de la partie défenderesse à attirer sur le fondement des accords d'investissement conclus par l'Union européenne. Sur ce fondement, l'eupéanisation peut s'étendre au contenu du droit des investissements internationaux dans sa totalité, en fonction des valeurs et des principes de droit européen.

¹³¹ A.-M. Slaughter et W. Burke-White, « The future of international law is domestic (or, the European way of law », *loc.cit.* ; J. Wouters, A. Nollkaemper & E. de Wet (eds), *The Europeanisation of international law - The status of international law in the EU and its member States*, *op.cit.*

¹³² A. Borrás, « Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir », *RCADI*, 2005, vol. 317, pp.313-536.

¹³³ J. Wouters, A. Nollkaemper & E. de Wet, « Introduction: The Europeanisation of international law », *loc.cit.*, p.1.

¹³⁴ G. Kéabdjian, *Europe et globalisation*, Paris, L'Harmattan, 2006, p.78.

c) La transformation des normes internationales

109. L'altération du mode de production de la norme internationale doit doter l'Union européenne d'une influence normative internationale en matière d'investissement étranger. Sur ce fondement, elle peut disposer de la capacité à transformer le contenu des futures normes dans ce domaine. Intéressons-nous donc aux résultats de l'eupéanisation, prenant la forme d'une transformation.

110. En fonction de ses effets dans le temps, la transformation est à double sens. Elle commence par l'absorption de la norme internationale à l'intérieur de l'ordre juridique européen. Elle peut par la suite donner lieu à l'imitation du système normatif européen par l'ordre juridique international.¹³⁵ Un tel mouvement témoigne des interrelations entre l'Union européenne, d'une part, et des régimes spéciaux de droit international et le droit international général, d'autre part.¹³⁶

111. S'agissant de la transformation par absorption, elle est permise par le mécanisme voulant, une fois qu'un domaine du droit international fait partie des compétences européennes, que ses normes intègrent l'ordre juridique européen.¹³⁷ Sur un fondement encore discuté en doctrine,¹³⁸ les normes internationales peuvent être transformées. Avant d'être incorporées, elles doivent subir un contrôle de compatibilité, voire une mise en conformité. L'absorption ne vise en ce sens que les normes sélectionnées et par lesquelles l'Union européenne consent à être liée.¹³⁹ Le résultat de la transformation par absorption est qu'elle peut conduire à la coordination des divers systèmes normatifs, confirmée lors de la création des nouvelles normes internationales.¹⁴⁰

112. Quant à la transformation par imitation, de nombreuses incertitudes entourent ses possibles résultats. Celles-ci ne doivent pas empêcher de suggérer qu'à plus long terme, l'ordre juridique européen et ses spécificités peuvent inspirer l'ordre juridique international et ainsi servir de modèle.¹⁴¹ L'eupéanisation permet donc *in fine* au droit international de gagner en efficience, s'il est procédé à une transposition de ses mécanismes de sanction, via le recours en

¹³⁵ E. Dubout, « La relativité de la distinction des normes de droit... », *loc.cit.*, p.37.

¹³⁶ *Ibidem* ; C. Boutayeb et S. Rodrigues, « Le droit de l'Union européenne selon Philippe Manin... », *loc.cit.*, p.13.

¹³⁷ J. Wouters, A. Nollkaemper & E. de Wet, « Introduction: The Europeanisation of international law », *loc.cit.*, p.8.

¹³⁸ Il n'y a pas de consensus sur la modalité d'incorporation de la norme internationale au sein de l'ordre juridique européen, qui dépend de l'auteur de la norme, de sa nature et de sa date d'adoption. Voir E. Dubout, « La relativité de la distinction des normes de droit... », *loc.cit.*, p.38.

¹³⁹ *Ibidem*, p.41.

¹⁴⁰ S. Touzé, « La prise en compte du droit de l'Union européenne dans l'élaboration des normes... », *loc.cit.*, p.64.

¹⁴¹ E. Dubout, « La relativité de la distinction des normes de droit... », *loc.cit.*, p.45.

manquement,¹⁴² et du procédé de constitutionnalisation,¹⁴³ de même qu'à une verticalisation de l'ordre juridique autour de certaines valeurs.¹⁴⁴ Les effets de ce type de transformation sur le droit des investissements internationaux sont une éventuelle influence sur le contenu de la pratique conventionnelle liant des pays tiers, ailleurs dans le monde, et une invite à multilatéraliser le mode de conclusion des traités d'investissement.

113. En conclusion, le système juridique européen se révèle donc ne pas être un système fermé. La raison à cela est que l'Union européenne nécessite de participer à la création du droit des investissements internationaux tel qu'issu jusqu'à présent de la pratique conventionnelle de ses États membres, afin de devenir un acteur mondial. L'organisation régionale dispose pour cela de sa volonté et de la dynamique d'européanisation. Cela sera-t-il suffisant ?

2. L'évolution du droit des investissements internationaux face au rapprochement de l'Union européenne

114. Face à l'Union européenne, le droit des investissements internationaux se distingue par sa nature peu expansive, voire fermée. Celle-ci est le résultat de la sensibilité des questions d'investissement, de l'absence d'une structure institutionnelle multilatérale comparable à celle de l'OMC, de la nature technique de ce droit et de la portée réduite de ses objectifs. En ce sens, le droit des investissements internationaux est un droit « à part, atypique, incomparable ».¹⁴⁵ Par l'effet de la pratique, il s'est révélé être hautement autosuffisant et constitutif d'un système quasi-clos ou clos, ce qui n'apparaissait pas avec évidence durant les prémices de sa création **(a)**.

115. En conséquence, il est aisé de comprendre que la perspective d'une évolution de la discipline initiée par l'Union européenne peut s'avérer délicate. Il s'agit de la conclusion qui s'impose, avant même de se référer au point de vue des États membres qui détiennent jusqu'à présent la capacité de s'engager par des accords internationaux à l'égard des pays tiers dans ce domaine. En effet, la nature peu flexible de ce droit a été mise en exergue par les échecs des tentatives de réformes majeures et de décloisonnement, que celles-ci aient été placées sous l'égide

¹⁴² E. Dubout, « La relativité de la distinction des normes de droit... », *loc.cit.*, p.46.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ La Cour a ainsi fait prévaloir les droits fondamentaux sur un règlement mettant en œuvre une résolution du Conseil de sécurité de l'ONU, relatif à la lutte contre le terrorisme international. Voir CJCE, 3 septembre 2008, *Yassin Kadi et Al Barakaat*, aff. C-402/05 P et C-415/05 P, points 353 et suiv.

¹⁴⁵ S. Robert-Cuendet, « Les investissements intra-communautaires entre le droit communautaire et les accords internationaux sur l'investissement, concilier l'inconciliable ? », *RGDIP*, n°4, tome 115, 2011, pp.853-895, p.858.

d'organisations internationales ou sous la férule de la société civile internationale (b).

a) Un droit autosuffisant

116. Il a fallu attendre le développement de la matière, à partir de la fin du monde bipolaire, pour découvrir la portée réelle des traits distinctifs du droit des investissements internationaux. Nous avons préalablement remarqué que l'affirmation de son autonomie vis-à-vis du droit international n'a pas été la question existentielle qu'elle a été pour le droit européen. Pourtant, l'autonomie du droit des investissements internationaux pourrait se révéler être dans les faits supérieure, après que les investisseurs ont initié des demandes d'arbitrage sur le fondement des accords d'investissement, qui ont permis aux tribunaux arbitraux d'interpréter le sens et la portée concrètes du contenu de ces accords.

117. En ce sens, si l'Union européenne constitue un sous-système semi-fermé, de nombreux éléments laissent penser que le droit des investissements internationaux constitue un sous-système fermé, risquant alors de présenter des incompatibilités avec le droit international et d'autres sous-systèmes.¹⁴⁶ En effet, ce droit peut être analysé comme l'un des « systèmes spécifiques de rétribution des conduites étatiques ». ¹⁴⁷ La spécificité de ce genre de système est d'être auto-géré,¹⁴⁸ en proposant des modes de règlement des différends alternatifs,¹⁴⁹ afin de contrôler l'application de certaines normes par les États contenues dans des accords internationaux.

118. Ce droit matériel sur-mesure, destiné à favoriser les flux d'investissement en encadrant l'exercice du pouvoir normatif des pays récepteurs et l'externalisation de la résolution des différends qu'autorise le recours à la voie arbitrale mixte invitent à conclure que le droit des investissements internationaux semble alors constituer un système fermé, libre de toute influence externe. Il s'agit également de la conclusion qui s'impose, lorsqu'on le compare aux caractéristiques de l'Union européenne.

119. Contrairement à celle-ci qui est constitutive d'un système devant être ouvert pour

¹⁴⁶ Alors que le droit européen a été qualifié de régime spécialisé, il a été observé que le droit des investissements internationaux relève « d'un savoir hors du commun et hautement spécialisé ». Voir le rapport du Groupe d'étude de la CDI, « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, §8.

¹⁴⁷ P.-M. Dupuy, *Droit international public, op.cit.*, p.21.

¹⁴⁸ *Ibidem.*

¹⁴⁹ *Ibid.*

accroître ses domaines d'action et sa visibilité, le droit des investissements internationaux est un système hautement efficient et autonome, resté très discret voire occulte. L'un a une visée intégratrice alors que l'autre est imprégné de réalisme. Remarquons aussi que ce droit n'a pas vocation à influencer sur le droit international général.¹⁵⁰ S'il permet d'étendre le champ d'action du droit international, il le fait dans une mesure bien moindre, comparé à d'autres sous-systèmes, et il est également moins un facteur de progrès que d'autres.¹⁵¹

120. La nature fermée de ce fragment du droit international peut néanmoins être questionnée. Elle est appelée quoi qu'il en soit à être remise en cause, par l'effet de la mondialisation juridique et de sa portée intégratrice. Il est intéressant de voir comment cette dynamique va propager ses effets sur la nature de ce sous-système. Tout reste à faire en ce domaine. Ainsi, c'est l'ensemble des disciplines juridiques qui sont susceptibles d'influer sur le droit des investissements internationaux.¹⁵² Notons cependant qu'il s'est avéré difficile jusqu'à présent de faire évoluer ce droit.

b) Un droit difficile à réformer

121. En raison de son autosuffisance, le droit des investissements internationaux s'avère difficile à faire évoluer, qu'il s'agisse de son mode de création ou de son contenu. Ce constat s'explique par la nature controversée des questions d'investissement étranger. Les États n'ont pas réussi à parvenir à la conclusion d'un accord général, les pays exportateurs désirant avant tout protéger les investissements réalisés par leurs ressortissants et les pays importateurs voulant établir un nouvel ordre économique mondial.¹⁵³ Ce droit peut donc sembler autosatisfait, en omettant les plus grandes difficultés auxquelles ont fait face les acteurs désirant le réformer.

122. S'agissant du mode de production, la norme internationale en matière d'investissement reste établie majoritairement par le biais de la voie conventionnelle bilatérale, qui a permis la

¹⁵⁰ A. Pellet, « Notes sur la fragmentation du droit international : Droit des investissements internationaux et droits de l'homme », *loc.cit.*, p.780.

¹⁵¹ *Ibidem*, p.784.

¹⁵² M. Audit, « Droit des investissements internationaux. Présentation et sources », *loc.cit.*, p.4.

¹⁵³ L'initiative des pays émergents a abouti, dès 1962, à l'affirmation de leur souveraineté permanente sur les ressources naturelles, par une résolution qui représente toujours à l'heure actuelle le droit coutumier international en vigueur, face à l'absence de nouveaux développements à portée universelle. Un nouvel ordre économique international a été ensuite déclaré et une Charte des obligations et devoirs des États a été édictée. La déclaration de 1974 et la Charte n'ont pas de valeur *de lege lata*. Voir Résolution AGNU 1803 (XVII), 14 décembre 1962, *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles* ; Résolution AGNU 3201, (S-VI), 1er mai 1974, *Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique mondial* et Résolution AGNU 3281 (XXIX), 12 décembre 1974, *Charte des droits et devoirs économiques des États*.

signature d'accords d'investissement dont le contenu est peu ou prou similaire, d'où l'émergence d'une multilatéralisation de fait. Loin de s'en contenter, de nombreux efforts ont été entrepris afin de procéder à la multilatéralisation *de jure* du droit des investissements internationaux. Qu'il s'agisse des initiatives de l'ONU, de la Banque mondiale, ou plus récemment de celles de l'OCDE et de l'OMC, ces efforts se sont soldés par un échec.¹⁵⁴

123. Quant au contenu de ce droit, il peine également à évoluer. C'est particulièrement vrai s'agissant de la pratique conventionnelle des États membres,¹⁵⁵ alors que les modèles d'instrument conventionnel des États-Unis et du Canada font office de référence en matière d'innovation. Jusqu'en 1990, le droit matériel des investissements internationaux a été focalisé sur la dimension de promotion et de protection. Il a pu par la suite s'intéresser à la libéralisation.¹⁵⁶ L'accélération du phénomène de mondialisation a conduit à la modification du contenu des accords ailleurs dans le monde.¹⁵⁷ Les demandes de la société civile internationale ont également incité à introduire des nouveautés, tenant compte de l'intérêt général et de l'objectif de développement.¹⁵⁸

124. Il est donc aisé d'observer que le droit des investissements ne peut plus se permettre de rester sur son quant-à-soi. Sa *lex ferenda* fait d'ailleurs l'objet des réflexions doctrinales.¹⁵⁹ Celles-ci concluent à la majorité que la mise en interactions de ce droit avec d'autres disciplines est désormais incontournable, tout comme son évolution globale devant mener à une « réconciliation ».¹⁶⁰ Remarquons enfin qu'en désirant s'engager dans des accords internationaux en matière d'investissement international, l'Union européenne reprend de fait le rôle de réformateur de ce droit, qui est auparavant revenu à plusieurs organisations internationales et qui n'a pas pu aboutir au

¹⁵⁴ Voir S.W. Schill, *The multilateralization of international investment law*, Cambridge University Press, 2009, p.31 et suiv.

¹⁵⁵ J. Chaisse, « Promises and pitfalls of the European Union policy on foreign investment – How will the new EU competence on FDI affect the emerging global regime? », *Journal of International Economic Law*, 2012, pp.1-34, p. 22.

¹⁵⁶ Voir P. Juillard, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994-VI, vol.250, pp. 9-216, p.22.

¹⁵⁷ CNUCED, *Définition de règles internationales en matière d'investissement*, Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, Nations Unies New York et Genève, 2008, p.10 ; Voir P. Juillard, « L'évolution des sources du droit des investissements », *loc.cit.*, p.107 ; P. Juillard, « Investissements », in D. Carreau, T. Flory, P. Juillard, « Chronique de Droit international économique », *AFDI*, vol.40, 1994, pp.707-747, p.730.

¹⁵⁸ Voir W. Ben Hamida, « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », *JDI*, n°4, 2008, pp.999-1033.

¹⁵⁹ Voir C. Binder *et al.* (eds), *International investment law for the 21st century - Essays in honour of Christopher Schreuer*, Oxford University Press, 2009 ; P. Kahn & T. W. Wälde (dirs), *Les nouveaux aspects de droit des investissements internationaux/ New aspects of international investment law*, *op.cit.* ; T.W. Wälde, *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation*, Paris, Pedone, 2004 ; J. Alvarez & K. Sauvart (eds), *The evolving international investment regime : expectations, realities, options*, Oxford University Press, 2011.

¹⁶⁰ S.P. Subedi, *International investment law - Reconciling policy and principle*, *op.cit.*

résultat espéré.

125. En conclusion, si l'Union européenne pouvait apparaître comme le système le plus autonome, au regard de la pratique le droit international des investissements se révèle comme étant le régime le plus étanche. Notre sujet place donc en confrontation une entité saisissante et un système difficilement saisissable. Sur la base de ce constat, poursuivons le raisonnement, en explicitant les moyens au service de l'eupéanisation du mode de création et du contenu du droit des investissements internationaux provenant de la pratique conventionnelle des États membres.

B – Moyens de l'Union européenne pour initier le rapprochement

126. Présentons enfin les moyens dont dispose l'Union européenne pour se rapprocher du droit des investissements internationaux, projet qui s'inscrit au sein de l'objectif général d'amplification de l'action externe européenne. Il s'agit de deux instruments, qui doivent activer leurs effets autour de la notion d'investissement international et provoquer une sorte de « transformisme normatif ». ¹⁶¹ Celui-ci sera composé d'une déstructuration, puis d'une restructuration de la modalité de formation de la norme internationale par voie conventionnelle. Il doit aboutir à l'émergence d'une nouvelle architecture normative.

127. L'Union européenne doit d'abord pouvoir justifier le bien-fondé de son action normative. Elle a ainsi besoin d'une compétence satisfaisante en la matière. Le premier outil est donc le transfert de compétence **(1)**. Sa visée est de déstructurer le mode de production normative existant, en octroyant le pouvoir normatif détenu par les États membres à l'Union européenne.

128. Par la suite, l'Union européenne pourra exercer cette compétence, dans le cadre de l'élaboration d'une politique externe qualifiée de « commune ». Il s'agit du second outil visant l'expansion de l'action normative externe **(2)**. Cette politique doit se concrétiser par le biais d'une stratégie testée lors de la négociation de futurs accords d'investissement entre la Commission européenne et les pays tiers. La conclusion d'accords au niveau européen doit alors marquer la réalité d'une nouvelle structure de création normative.

¹⁶¹ E. Dubout, « La relativité de la distinction des normes de droit... », *loc.cit.*, p.26.

1. Le transfert de compétence

129. Qu'il s'agisse du secteur aérien, de la politique d'immigration, de l'environnement, ou encore de l'énergie,¹⁶² le processus a été le même. L'organisation régionale a dû attendre de bénéficier d'un transfert de compétence afin de pouvoir pleinement intervenir dans ces domaines. Ce même procédé doit être appliqué en matière d'investissement international. Par l'obtention d'un champ d'intervention normative supplémentaire matérialisé sous la forme d'une base juridique explicite, l'Union européenne pourra devenir partie à des accords internationaux de portée exhaustive en matière d'investissement étranger.

130. L'obtention de cette compétence s'effectue par le biais d'un transfert, considéré comme l'outil fondamental d'expansion de l'action normative externe. La Commission européenne n'a ainsi pas manqué de souligner la nécessité qu'un tel transfert ait lieu **(a)**. Si l'activation de ce mécanisme peut *a priori* paraître simple, la réalisation de ses effets fait face à de nombreux défis. Le propos est d'autant plus vrai dans un domaine aussi sensible que celui de l'investissement international **(b)**.

a) La nécessité d'un transfert de compétence

131. Avant de s'intéresser au mécanisme du transfert, retenons que la compétence est le pouvoir ou « l'aptitude reconnue à un sujet, par la règle juridique institutive de l'ordre juridique, ou par une règle donnée qui y trouve son fondement » [...] « d'accomplir des actes juridiques licites ».¹⁶³ Au sein des divers actes juridiques, l'Union européenne souhaite obtenir le *treaty-making power*, à savoir la capacité à conclure des traités d'investissement avec les pays tiers.

132. Pour cela, l'Union européenne doit procéder à un transfert de compétence, en raison du principe d'attribution des compétences européennes. En effet, la Cour de justice a reconnu que « la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui ont été conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le traité », de même que « la Communauté ne dispose que des compétences d'attribution ».¹⁶⁴ *A contrario* du sujet étatique dont la souveraineté fait qu'il jouit d'une plénitude de compétence, dont les usages n'ont pas besoin d'être justifiés sur la base d'un titre, les sujets non étatiques comme l'Union européenne ne disposent que d'une capacité normative limitée à des

¹⁶² C. Blumann (dir.), *Vers une politique européenne de l'énergie*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

¹⁶³ V. Michel, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, Paris, L'Harmattan, 2003, p.26.

¹⁶⁴ CJCE, 28 mars 1996, avis 2/94, point 23.

besoins précis.¹⁶⁵

133. L'usage du transfert de compétence provient aussi d'une marge de manoeuvre réduite de l'Union européenne dans ce domaine, traduite sous la forme d'absence ou de dispersion de compétence. Si l'acquisition d'une compétence peut commencer en ayant recours à la théorie jurisprudentielle des compétences implicites ou à la réserve de compétence subsidiaire de l'article 352 TFUE, la dynamique d'intégration et d'expansion suppose l'acquisition de l'ensemble des capacités normatives en ce domaine, par le biais de l'obtention d'une compétence explicite. De même, pour devenir une puissance normative internationale, elle a besoin d'une compétence externe la plus exclusive possible.¹⁶⁶

134. S'agissant du transfert en lui-même, il est « l'action juridique consistant à faire passer des compétences ou leur exercice d'un organe à un autre au sein de la même entité ou d'un sujet du droit international public à un autre, souvent à des organisations internationales ».¹⁶⁷ Le second cas de figure retient notre attention. Ce transfert a dû s'effectuer lors de la révision des traités constitutifs, en introduisant à la suite des négociations une nouvelle notion au sein du TCE. Ses effets doivent être analysés à partir de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.

b) Les effets liés au transfert de compétence

135. Le transfert de compétence permet à l'Union européenne de disposer d'une base légale pour son action normative, devant s'établir sous la forme d'une politique commune. L'organisation régionale peut désormais justifier son action et procéder à la négociation et à la conclusion des futurs accords d'investissement. D'un point de vue plus général, le transfert de compétence est l'outil qui marque un tournant au sein de la dynamique de fragmentation du droit international, en ce qu'il permet à la force d'intégration de libérer ses effets. Ainsi, l'obtention de la compétence constitue un point d'attache, à partir duquel l'Union européenne peut européeniser le droit des investissements internationaux. Il est prévu que ce processus s'initie dès l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.

136. On comprend donc que l'identité de l'autorité normative compétente est appelée à changer, en vertu d'un mouvement ascendant. En effet, le transfert de compétence implique *in*

¹⁶⁵ J. Verhoeven, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p.128.

¹⁶⁶ L. Cohen-Tanugi, « L'influence normative internationale de l'Union européenne... », *loc.cit.*, p.41.

¹⁶⁷ J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, *op.cit.*, p.215.

abstracto « cumulativement le dessaisissement des États et une identité rigoureuse entre la compétence abolie et la compétence attribuée ». ¹⁶⁸

137. La raison d'un tel dessaisissement doit être recherchée auprès du principe de suppléance, qui postule que l'Union européenne est plus à même de détenir la capacité de création de la norme internationale, au vu des nécessités économiques et sociales et d'un critère d'efficience. Partant, l'Union européenne peut donc espérer se substituer aux États membres et devenir un acteur de premier plan du droit des investissements internationaux.

138. Pourtant, les effets du transfert de compétences peuvent être remis en cause, s'agissant de la proclamation d'une compétence exclusive. Les États membres ont coutume de ne pas consentir pleinement à un tel transfert. ¹⁶⁹ Il reste en ce sens le résultat de la volonté de la Commission européenne. De même, il ne sera pas en lui-même suffisant pour que l'Union européenne dispose de la compétence voulue. Des initiatives doivent être mises en place, pour s'assurer du transfert effectif de la compétence. Enfin, la théorie du transfert de compétence est critiquée, en raison de sa trop grande simplicité et du schéma binaire qu'elle propose. ¹⁷⁰ *In concreto*, le transfert aboutit à une coexistence des compétences. ¹⁷¹

139. En conclusion, retenons que pour que le transfert de compétence soit effectif, il faut un « engagement profond » ou une « conviction fondamentale » de la nécessité de la création d'une politique commune par le biais d'un transfert de compétence. ¹⁷² L'obtention de cet attribut de la souveraineté dans une sphère relevant des domaines régaliens est donc difficile, ce sur quoi nous reviendrons. Avant de nous intéresser aux modalités d'inscription dans le marbre des traités européens de cette nouvelle compétence, décrivons le cadre au sein duquel l'exercice de cette dernière doit se dérouler.

¹⁶⁸ V. Michel, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, *op.cit.*, p.27.

¹⁶⁹ Il est noté que « les États ressentent sans aucun doute la nécessité d'un traitement en commun de ces questions, sans consentir pleinement à l'abandon de leurs prérogatives en ces domaines étroitement liés à la souveraineté ». Voir V. Michel, « La difficile formalisation des compétences – L'exemple des politiques relatives aux contrôles des frontières, à l'asile et à l'immigration », in C. Boutayeb, J.-C. Masclat, S. Rodrigues, H. Ruiz Fabri (dirs), *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, L'Union européenne : union de droit, union des droits*, *op.cit.*, pp.491-509, p.492.

¹⁷⁰ En effet, la condition d'identité entre la compétence perdue et la compétence attribuée n'est pas respectée. La Communauté n'est pas automatiquement et systématiquement investie de la compétence. De même, soutenir que toute compétence européenne implique l'incompétence des États membres est excessif. Voir V. Michel, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, *op.cit.*, p.27.

¹⁷¹ *Ibidem*, p.28.

¹⁷² V. Michel, « La difficile formalisation des compétences... », *loc.cit.*, p.492.

2. Création d'une politique commune

140. Une fois la compétence en théorie transférée, l'Union européenne devra chercher à élaborer une nouvelle politique externe qui s'adjoindra à un portefeuille européen de politiques en pleine extension. Cette politique constituera le cadre au sein duquel cette nouvelle compétence attribuée à l'Union européenne pourra s'exercer et aboutir en conséquence à une nouvelle modalité de production normative internationale. Elle sera donc analysée comme le second outil de rapprochement de l'Union européenne vis-à-vis du droit des investissements étrangers **(a)**.

141. Si ce procédé doit théoriquement conduire à une centralisation de l'action normative en matière d'investissement international à l'échelle européenne, ici encore de nombreux défis devront être relevés pour que la future politique commune d'investissement soit idéalement lancée. **(b)** Ces défis découlent directement de ceux visant la formalisation de la nouvelle compétence et peuvent faire obstacle à la concrétisation de la volonté européenne.

a) La nécessité d'une politique commune d'investissement

142. L'intervention normative de l'Union européenne, initiée sur la base de sa nouvelle compétence transférée, doit être encadrée par une structure juridique commune, dès l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Cette structure peut être qualifiée, d'une façon générique, de politique d'investissement de l'Union européenne. À partir d'un travail interne d'élaboration revenant à la Commission européenne, cette politique est mise en oeuvre par le biais de la norme juridique. Pour cela, divers instruments participent de l'édification de la politique, que ce soit des actes atypiques ou des règlements, afin de gérer les questions internes et transitoires liées au transfert de compétence.

143. La politique doit ensuite être externalisée et conventionnalisée. L'Union européenne va alors négocier et conclure des accords internationaux d'investissement avec des pays tiers. Ainsi, elle pourra projeter, par le biais de ces accords, ses normes juridiques sur le plan international et donc devenir un acteur mondial.¹⁷³ C'est l'ensemble de ces accords conclus avec les pays tiers qui sera constitutif de la politique d'investissement. Une fois ce schéma décrit, il reste à procéder à la qualification de cette politique.

¹⁷³ U. Candaş, « L'influence normative de l'Union européenne par le biais de liens conventionnels... », *loc.cit.*, p.21.

144. La notion de politique européenne n'est pas définie par les traités. Il est alors revenu à la doctrine de s'intéresser à ce thème, qui n'a pas fait l'objet de nombreuses études. L'existence d'une pluralité d'expressions a été ainsi soulignée,¹⁷⁴ parmi lesquelles ont été distinguées la politique commune et la politique communautaire. Des auteurs y ont vu une différence de degré.¹⁷⁵ Ainsi, une politique est qualifiée de commune si la compétence qu'elle met en oeuvre est exclusive,¹⁷⁶ ce qui la distingue ainsi de la politique communautaire ou européenne.

145. La portée de cette distinction peut toutefois être nuancée. En effet, l'objectif de construction d'une politique commune, plus que l'existence d'une compétence exclusive, déterminerait la qualification de politique commune.¹⁷⁷ Il a aussi été noté que le Traité de Nice a provoqué des confusions, en qualifiant la PESC de politique commune, alors qu'elle est intergouvernementale.¹⁷⁸

146. Nous avons vu que l'Union européenne souhaite acquérir une compétence exclusive en matière d'investissement étranger. À partir de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la politique qui en découle fait donc partie des politiques communes de l'Union européenne,¹⁷⁹ considérées comme « des domaines qui, en vertu d'un transfert de compétences consenti par les États membres à la Communauté, font l'objet d'interventions déterminantes et directes des institutions communautaires et d'interventions concertées des États membres ». ¹⁸⁰

b) Les effets liés au lancement d'une politique commune

147. Les conséquences liées au lancement d'une politique commune sont spécifiques. En effet, la nature exclusive de la compétence conférée à l'Union européenne implique que son action normative remplace celle des États membres, tandis que l'intervention de ces divers acteurs est

¹⁷⁴ On relève les expressions suivantes : politique de la Communauté, politique communautaire ou politique européenne, action européenne et intervention européenne. Voir C. Philip et C. Boutayeb, « Politique commune », in A. Barav et C. Philip, *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, pp.830-838, p.830.

¹⁷⁵ A. Berramdane, « L'émergence d'une politique européenne commune d'immigration et son externalisation progressive », in A. Berramdane et J. Rossetto (dirs), *La politique européenne d'immigration*, Paris, Karthala, 2009, pp.39-59, p.46.

¹⁷⁶ V. Michel, « La difficile formalisation des compétences... », *loc.cit.*, p.501.

¹⁷⁷ A. Berramdane, « L'émergence d'une politique européenne commune... », *loc.cit.*, p.47.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p.46.

¹⁷⁹ La nouvelle compétence en matière d'investissement international a été insérée au sein du contenu de la politique commerciale commune, d'où une politique d'investissement pouvant être qualifiée de commune.

¹⁸⁰ C. Philip et C. Boutayeb, « Politique commune », *loc.cit.*, p.831.

combinée dans le cadre d'une politique qualifiée d'européenne.¹⁸¹ Ainsi, le principal effet de la politique commune est que « les règles et la politique arrêtées par l'autorité communautaire forment une politique unifiée qui est appelée à se substituer aux règles et politiques nationales antérieures». ¹⁸² La diversité des politiques nationales est alors réduite.

148. Ces effets sont toutefois à relativiser. À partir de l'obtention de la nouvelle compétence, va s'ouvrir une période de transition, durant laquelle les compétences vont en réalité être partagées.¹⁸³ Le dessaisissement des États membres sera progressif et la compétence ne sera exclusive que par exercice.¹⁸⁴ Les politiques communes sont donc évolutives et forment un droit matériel, vu comme le prolongement des fondements de l'Union européenne.¹⁸⁵ Notons en sus la nécessité de l'octroi de nouveaux crédits européens, qui en l'espèce viseront à couvrir les frais d'arbitrage et les éventuelles indemnités de compensation.

149. Enfin, reste à savoir si cette période de transition pourra s'achever et la nouvelle politique remplacer celles des États membres. Dans ce cas, la politique sera véritablement commune. Elle pourrait *sine die* se maintenir au stade plus ou moins avancé de la politique coordonnée, à savoir que l'autorité européenne interviendrait pour harmoniser et coordonner les diverses politiques nationales.¹⁸⁶

150. En ce sens, l'édification d'une politique commune souffre des mêmes difficultés que le transfert de compétence. Elle est en effet le résultat d'un consensus,¹⁸⁷ plus précisément de la volonté des institutions européennes de mettre en oeuvre une politique, mais aussi de la volonté des États membres de concéder une partie de leur compétence.¹⁸⁸ Ces derniers pourraient s'y opposer, étant donné que la politique étrangère est consubstantielle à la souveraineté de l'État. Les pays tiers pourraient aussi préférer poursuivre les négociations avec les États membres. Il est donc conseillé que la future politique s'appuie sur la pratique et l'expérience des États membres, afin de devenir commune.

¹⁸¹ V. Michel, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, *op.cit.*, p.564.

¹⁸² C. Philip et C. Boutayeb, « Politique commune », *loc.cit.*, p.831.

¹⁸³ Si l'Union européenne a la possibilité d'agir en priorité, la compétence nationale doit demeurer jusqu'à l'exercice complet de la compétence européenne. Voir V. Michel, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, *ibidem*.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ C. Philip et C. Boutayeb, *ibidem*, p.837.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p.831.

¹⁸⁷ A. Berramdane, « L'émergence d'une politique européenne commune d'immigration... », *loc.cit.*, p.46.

¹⁸⁸ C. Philip et C. Boutayeb, « Politique commune », *loc.cit.*, p.831.

Section 2. L'analyse de la confrontation

151. Poursuivons la réflexion préliminaire en réfléchissant cette fois-ci à la méthodologie juridique qu'il conviendra d'appliquer lors de l'analyse des interactions entre le droit des investissements internationaux et l'Union européenne. Pour cela, intéressons-nous désormais plus précisément à la configuration globale qui environne les systèmes juridiques. L'expression que l'on retiendra pour désigner cette configuration est celle d'ordre économique international. Nous verrons que celui-ci est vecteur, pour le droit, d'une multitude de nouvelles tensions et problématiques devant être résolue par un art juridique d'usage rétif au changement.

152. L'on démontrera que le sujet d'étude s'inscrit au coeur de ces phénomènes, traduits sous l'expression de « mondialisation juridique » dont les spécificités invitent à renouveler le raisonnement juridique. En effet, nous sommes d'avis que résoudre une problématique juridique n'est plus la gymnastique intellectuelle qu'elle a été auparavant, à la suite de l'émergence de la complexité.¹⁸⁹ Cette gageure ne doit cependant pas constituer un obstacle à l'analyse, quitte à s'éloigner des instruments que fournit l'art juridique traditionnel, pour en proposer d'autres.

153. Partant, montrons en quoi l'évolution de la configuration globale rend nécessaire de changer d'optique vis-à-vis de l'analyse des phénomènes juridiques. Ce changement doit être exprimé au travers d'une nouvelle méthodologie juridique de référence, dont il faudra déterminer les caractéristiques (**paragraphe 1**). En conséquence, de nouveaux outils de résolution devront être dégagés, symboles d'une méthodologie juridique *sui generis* (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Nécessité d'une nouvelle méthodologie juridique

154. La mondialisation peut être analysée comme un processus, en premier lieu économique, vecteur d'interdépendance, de convergence et d'intégration. Parmi l'ensemble des définitions ayant établi diverses nuances afin de caractériser le phénomène,¹⁹⁰ l'étude retiendra qu'il constitue

¹⁸⁹ « Complexité » provient de *complexus*, qui signifie entrelacements. Ainsi, les éléments sont « combinés d'une manière qui n'est pas immédiatement claire pour l'esprit ». Voir J. Le Goff, « Introduction » in M. Doat, J. Le Goff, P. Pédrot (dirs), *Droit et complexité – Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presses Universitaires de Rennes, 2007, pp.13-14, p.14.

¹⁹⁰ La langue anglaise utilise le concept de *globalisation* comme terme unique, alors que le français utilise, pour caractériser ce monde « dédoublé », à la fois la mondialisation et la globalisation. Pour les distinguer, on retient généralement que la mondialisation relève du territoire ou de la dimension du phénomène. La globalisation est un processus culturel et mental. Voir R.-J. Dupuy, « Le dédoublement du monde », *RGDIP*, n°2, 1996, pp.313-321 ; A.-M.-A. Frison-Roche, « Le droit des deux mondialisations », in *La mondialisation entre illusion et utopie*, APD,

« l'arène ou la scène sur laquelle se joue la réorganisation du champ socio-politico-économico-juridique contemporain où l'État perd sa prééminence et où le gouvernement se trouve concurrencé par une gouvernance ». ¹⁹¹

155. Sa portée *a priori* illimitée fait qu'il s'applique en toute logique au droit et à toutes ses branches, ¹⁹² pour alors donner lieu à ce qui a été qualifié de « mondialisation juridique ». ¹⁹³ Celle-ci constitue le champ principal des recherches juridiques actuelles, en raison des problématiques inédites en découlant, qui peuvent laisser perplexe le juriste quant à leur résolution. Mentionnons que ce dernier reste influencé par le dogme moniste et peut être pris de court s'il reste coi, car les turbulences et la pluralité juridique à analyser ne se prêtent guère à un examen statique fait par le prisme d'une pyramide.

156. Ainsi, procédons dans un premier temps à l'inventaire des effets de la mondialisation sur le droit. Ce sont ces effets qui justifieront le recours à une méthodologie juridique particulière **(A)**. Dans un second temps, nous décrirons d'une façon précise les traits distinctifs de cette méthodologie. Celle-ci doit permettre de concevoir les interactions et d'envisager leurs répercussions, en prenant en compte de nouveaux repères **(B)**.

A. La mondialisation juridique

157. Rechercher une nouvelle méthodologie juridique suppose en premier lieu d'admettre l'absence d'outils de résolution adaptés au sein de l'art juridique traditionnel. Il s'agit du constat auquel nous parviendrons, après une brève observation du paysage juridique actuel.

158. Par un effet de brassage et d'enchevêtrement inhérent au mouvement et à la transition, un large degré d'incertitude semble ainsi perturber les conceptions juridiques classiques à propos de ce qu'est le droit. En effet, pour la discipline juridique, la mondialisation est vectrice de nombreux effets perturbateurs, visés notamment par Mireille Delmas-Marty, qui se réfère à l'expression « flou

n°47, Dalloz, 2003, pp.17-23.

¹⁹¹ C. Eberhard, *Le droit au miroir des cultures – Pour une autre mondialisation*, Paris, LGDJ, 2006, p.132.

¹⁹² E. Torralba Mendiola & M. Amores Condari, « El DIPr ante la globalización – Repercusiones y algunas tendencias (en una perspectiva española) », in J. de Figueiredo Dias (coord.), *Internacionalização do direito no novo século*, Imprensa de Universidade de Coimbra, 2009, pp.73-126.

¹⁹³ Voir J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, *op.cit.* ; J. Chevallier, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation », in C. Kessedjian et C.-A. Morand (dirs), *Le droit saisi par la mondialisation*, *op.cit.*, pp.37-61.

du droit »¹⁹⁴ pour mettre en exergue une dissipation des repères juridiques habituels et *a priori* une perte de sens,¹⁹⁵ provenant de l'émergence de la pluralité. **(1)**.

159. Nous verrons que ces transitions provoquées par la mondialisation peuvent être considérées comme étant à l'origine d'un relatif « désordre juridique » au sein de l'ordre juridique international, de nature tant matérielle que procédurale **(2)**. L'objectif de la méthodologie spécifique est donc de procéder à une sorte de « remise en ordre », par le biais d'une quête de cohérence et de sécurité juridique. Pour cela, la pertinence des raisonnements précédemment construits sur le paradigme du cloisonnement, de la verticalité et de la stricte organisation devra être analysée.

1. Droit et transition

160. La mondialisation fait d'abord subir au droit des évolutions qui ont pour caractéristiques d'être en cours et ce pour une durée indéterminée. Ceci est source de nombreuses incertitudes qui, nous l'avons dit, ont été identifiées par la doctrine.¹⁹⁶ L'émergence de ces incertitudes pourrait paraître récente. Pourtant, il semble que la mondialisation n'ait fait qu'accentuer ce trait intrinsèque à toute discipline relevant des sciences sociales. En troublant les esprits,¹⁹⁷ une facette de ce qu'est le droit a ainsi été révélée au grand jour, alors qu'elle avait été occultée au profit d'une conception qui ne pouvait être qu'en trompe l'oeil.¹⁹⁸ Ainsi, le raisonnement doit désormais prendre en compte un large degré d'incertitude dû à de multiples transitions que nous allons analyser.

161. Plusieurs processus, constituant des expressions de la mondialisation juridique, sont à souligner. Il s'agit tout d'abord de la transition observée « de la pyramide au réseau »,¹⁹⁹ pouvant affecter le concept d'ordre juridique et la souveraineté normative des États **(a)**. Par ailleurs, le droit international contemporain évolue et tend à devenir un droit « transnational » **(b)**. À cela s'ajoute l'émergence d'une modalité mixte de création de la norme internationale, révélatrice d'un

¹⁹⁴ M. Delmas-Marty, *Le flou du droit : du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, 2004.

¹⁹⁵ M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, *op.cit.*, p.92.

¹⁹⁶ M. Delmas-Marty, *Le flou du droit...*, *ibidem* ; M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit : tome II le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006, p.7 ; W.A. Wilson, *Introductory essays on Scots law*, Edinburgh, W. Green Publisher, 2nd ed, 1984, p.1.

¹⁹⁷ W.A. Wilson, *Introductory essays on Scots law*, *op.cit.*, p.1.

¹⁹⁸ Voir D. Mockle, « Deux variations sur le thème des normes », *Les cahiers de droit*, vol.38, n°2, 1999, pp.437-459, p.437 et suiv. ; K. Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008, p.5 et suiv.

¹⁹⁹ F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?...*, *op.cit.*

changement en cours de l'identité de l'autorité normative de référence (c).

a) Réalité de la transition « de la pyramide au réseau »

162. François Ost et Michel van de Kerchove ont proposé une « théorie dialectique du droit ». ²⁰⁰ Celle-ci s'appuie sur la mise en exergue d'un changement de paradigme, caractérisé par le passage d'une configuration verticale à une autre, horizontale. La première est stable et hiérarchique, à l'image d'une pyramide. La souveraineté s'exerce sur un territoire doté de frontières. L'État est l'unique entité détentrice du pouvoir de création normative. La seconde est marquée par le mobilisme et l'interaction, au sein de laquelle la souveraineté normative tend à être partagée, selon le modèle du réseau. ²⁰¹ Autrement dit, les figures de la réglementation et du gouvernement laisseraient progressivement place à celles de la régulation et de la gouvernance. ²⁰²

163. Selon ces auteurs, « de la crise du modèle pyramidal, émerge progressivement un paradigme concurrent, celui du droit en réseau, sans que disparaissent pour autant des résidus importants du premier, ce qui ne manque pas de complexifier encore la situation ». ²⁰³ Et ces derniers d'ajouter qu'en vertu du réseau, « l'État cesse d'être le foyer unique de la souveraineté ». ²⁰⁴ Le pouvoir normatif serait ainsi réparti entre les niveaux infra- et supra-étatiques, mais serait aussi attribué aux personnes privées.

164. Ce propos a été confirmé par d'autres auteurs. Passage « de la souveraineté à l'acratie », ²⁰⁵ territoires marqués par « la fin des enclos », ²⁰⁶ « polycentricité » ²⁰⁷ des lieux de productions normatives, « zoo du droit », ²⁰⁸ privatisation du droit... Tels sont les commentaires de divers auteurs attestant la véracité de la transition en cours. Partant, un raisonnement fondé sur le monisme, le positivisme juridique et le statocentrisme pour mener l'analyse d'une manifestation de la mondialisation juridique peut être considéré comme inadapté. ²⁰⁹

²⁰⁰ F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?...*, *op.cit.*

²⁰¹ *Ibidem*, pp.11 et suiv.

²⁰² *Ibid.*, p.26.

²⁰³ *Ibid.*, p.14.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ P. Rosiak, *Les transformations du droit économique – Les États et la société civile face à la mondialisation économique*, Paris, L'Harmattan, 2004, p.246.

²⁰⁶ M.M. Salah, *Les contradictions du droit mondialisé*, Paris, PUF, 2002, p.29.

²⁰⁷ A.-J. Arnaud, *Entre modernité et mondialisation...*, *op.cit.*, p.160.

²⁰⁸ D. M. Amann, « Le zoo du droit » in M. Delmas-Marty et S. Breyer (dirs), *Regards croisés sur l'internationalisation du droit : France-États-Unis*, *op.cit.*, pp.253-260.

²⁰⁹ K. Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme...*, *op.cit.*, p.6.

165. Le constat est applicable à notre thème de réflexion. En effet, le face-à-face à analyser est une expression du passage de la pyramide au réseau, qui a pour effet de mettre en interaction les divers systèmes juridiques. Alors que le pouvoir de création de la norme internationale en matière d'investissement international appartient aux États membres, il pourrait désormais relever du domaine d'action d'un réseau, étant donné que l'Union européenne symbolise cette configuration.²¹⁰ Quant à la méthodologie, nous retiendrons que le recours à un raisonnement juridique fondé sur la verticalité perd en pertinence et que l'identification de l'ordre juridique à la figure étatique, en vertu d'une conception moniste du droit, est désormais moins évidente.

b) L'émergence du droit transnational

166. Le passage de la pyramide au réseau, s'agissant de la production de la norme internationale, signifie que de nouveaux acteurs se sont adjoints aux États pour constituer cette nouvelle structure de création du droit international. Il s'agit tout d'abord des organisations internationales, parmi lesquelles se distingue l'Union européenne. À un degré moindre, doivent être citées les personnes privées, à savoir les firmes multinationales et les ONG. Les négociations d'accords internationaux ne seraient ainsi plus une affaire interétatique. Une « diplomatie de catalyse »²¹¹ se serait instaurée, caractérisée par la participation d'acteurs privés à l'élaboration des conventions internationales, sous l'égide des États.

167. Cette remarque doit être rattachée à l'extension remarquée de la subjectivité internationale, sur le fondement d'une définition extensive de la personnalité juridique internationale. La diversité des sujets de droit international est remarquée.²¹² La personne privée est en ce sens devenue un sujet actif du droit international.²¹³ C'est véridique s'agissant du droit des investissements internationaux. Les principes de primauté et d'intégration ont aussi fait des individus et des personnes morales des sujets de droit européen.²¹⁴ Cependant, l'État reste le principal sujet de droit international, même s'il est désormais en concurrence avec des sujets secondaires.²¹⁵

²¹⁰ La Commission européenne a ainsi élaboré un livre blanc sur la gouvernance. Voir COM(2001) 428 final.

²¹¹ B. Hocking, « Catalytic diplomacy: beyond newness and decline », in J. Melissen (ed.), *Innovation in diplomatic practice*, Macmillan, 1999, pp.21-42.

²¹² A. Pellet, « Le droit international à l'aube du XXI^e siècle... », *loc.cit.*, p.67 et suiv.

²¹³ P.-M. Dupuy, *Droit international public, op.cit.*, p.2.

²¹⁴ P. Manin, *Droit constitutionnel de l'Union européenne, op.cit.*, p.487.

²¹⁵ A. Pellet, « Le droit international à l'aube du XXI^e siècle... », *loc.cit.*, p.49 et suiv. ; P.-M. Dupuy, *Droit international public, op.cit.*, p.2 ; K. Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme...*, *op.cit.*, p.2.

168. Le droit international est donc en évolution, voire en crise d'identité. La raison à cela est que sa nature évolue et que sa dénomination actuelle ne reflète plus ce qu'il est. En effet, le droit international est devenu transnational, à savoir qu'il ne vise plus à régir uniquement les relations entre les nations, en raison du changement de la société internationale. Le droit transnational a été considéré comme « moins un droit (au sens d'un ordre juridique), qu'un ensemble de divers ordres juridiques ayant pour objet des rapports sociaux qui comportent un élément d'extranéité, que des États, des individus, des groupes d'États, des organisations internationales ou d'autres groupements soient en cause ». ²¹⁶

169. Le droit international doit alors être redéfini, pour refléter cette variation. Une définition théorique extensive du droit international public a ainsi été proposée. ²¹⁷ Celle-ci doit prendre en compte l'ensemble des acteurs composant le réseau de création de la norme internationale et plus généralement la nouvelle société internationale, pour comprendre « actuellement ou virtuellement, l'ensemble des relations juridiques internationales, privées comme publiques, quelles que parties qu'elles mettent en présence : États, bien sûr, mais aussi États et particuliers, mais encore particuliers entre eux ». ²¹⁸

c) Modalité mixte de création de la norme internationale

170. La théorie des réseaux trouve une application concrète au sein de l'organisation européenne qui établit un modèle de gouvernance. La conclusion des accords internationaux selon un mode mixte est en ce sens une illustration pratique de cette théorie. La modalité mixte de conclusion des accords implique une diversification des lieux de la production de la norme internationale. Le recours à la mixité dans la pratique conventionnelle européenne est apparu progressivement. Il s'est accentué en réponse au développement des relations extérieures de l'Union européenne.

171. La mixité implique la participation conjointe des institutions européennes et des États membres à la conclusion des traités, en vertu d'une répartition précise des fonctions et en résultat d'un partage des compétences. ²¹⁹ L'organisation régionale constitue donc une autorité normative

²¹⁶ J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public, op.cit.*, p.394.

²¹⁷ J. Combacau, « Conclusions générales », in SFDI, *Enseignement du droit international, recherche et pratique*, Paris, Pedone, 1997, pp.259-278, p.263.

²¹⁸ *Ibidem*, p.264 et suiv.

²¹⁹ CJCE, 19 mars 1993, avis 2/91, point 36.

complémentaire à celle des États membres. Remarquons que cette coopération évolue en fonction des compétences acquises par l'Union européenne. Celle-ci peut ainsi espérer dépasser le recours à la mixité, pour conclure des accords sans la participation des États membres, selon une modalité dite pure.²²⁰

172. La mixité est ainsi la modalité à utiliser pour la conclusion des accords d'investissement par l'Union européenne après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Plusieurs raisons justifient ce propos, en premier lieu le contenu de ces accords relevant du droit international économique, domaine reconnu de la mixité. Celle-ci est aussi le corollaire indispensable à la négociation d'accords dont le contenu est global.²²¹ Elle est l'une des manifestations de la mondialisation sur le droit.²²² En raison de son usage fréquent,²²³ elle a été considérée comme le « quatrième pilier » du système institutionnel communautaire.²²⁴ Elle est la conséquence d'un partage de compétence dans un domaine précis, ce qui devrait être le cas *in concreto* en matière d'investissement international.²²⁵

173. La mixité se révèle être à géométrie variable. En effet, les pays tiers semblent avoir le choix. En théorie, ils peuvent en premier lieu conclure un traité d'investissement avec l'Union européenne et un État membre selon une logique bilatérale. Ils peuvent en outre conclure un traité d'investissement avec l'Union européenne et l'ensemble des États membres, selon une approche multipartite, plus ambitieuse.²²⁶

174. Le mode mixte de conclusions des accords est néanmoins source de difficultés.²²⁷ Sont à relever un manque de transparence, l'incidence sur les équilibres institutionnels, la durée des procédures en raison de l'intervention des parlements nationaux, la problématique de l'imputation de la responsabilité internationale et un affaiblissement de la position internationale de l'Union européenne.²²⁸ Si l'obligation de coopération peut apporter des réponses à ces critiques,²²⁹ il est

²²⁰ Pour les partisans de l'intégration, la mixité est une « pathologie du système ou une étape certes nécessaire mais qui doit être rapidement dépassée ». L. Balmond, « La coopération dans les relations extérieures », in J. Auvret-Finck (dir.), *L'Union européenne, carrefour de coopération*, LGDJ, Paris, 2002, pp.245-258, p.247.

²²¹ *Ibidem*, p.250.

²²² R. Torrent, *Derecho y práctica de las relaciones exteriores en la Unión Europea*, Barcelona, Cedecs, 1998, p.224.

²²³ L. Balmond, *ibidem*.

²²⁴ R. Torrent, *ibidem*, p.155.

²²⁵ L. Cohen-Tanugi, « L'influence normative internationale de l'Union européenne... », *loc.cit.*, p.29.

²²⁶ J. Griebel, « The new great challenge after the entry into force of the Treaty of Lisbon: bringing about a multilateral EU-investment treaty », in M. Bungenberg, J. Griebel, S. Hindelang (eds), *European yearbook of international economic law, Special issue: International investment law and EU law*, Springer, 2011, pp.139-140, p.139.

²²⁷ L. Balmond, « La coopération dans les relations extérieures », *loc.cit.*, p.246.

²²⁸ *Ibidem*, p.251 et suiv.

²²⁹ *Ibid.*, p.246.

aussi envisageable de dépasser le stade de la mixité, par le biais de la révision des traités. L'obtention d'une compétence exclusive n'a cependant pas pour effet d'écartier immédiatement le recours à cette modalité.²³⁰

2. Droit et ordre relatif

175. Si la mondialisation impose au droit des transitions, elle invite également à revoir les rapports entre le droit et le concept général d'ordre. Désormais, on parle volontiers et très paradoxalement de « désordre juridique ». Il est alors possible de concevoir que ce désordre a été mis en relief de façon patente par la force de mondialisation, qui contredit ainsi l'un des clichés à propos de ce qu'est le droit.²³¹ La conflictualité croissante des normes et des juridictions internationales, telle serait donc la conséquence au plan international de la mondialisation et de ses transitions sur la discipline juridique. Notons par avance que le constat n'est problématique que s'il se dégage de cette configuration une source de conflits concrets.

176. En raison de l'horizontalité de l'ordre juridique international, de l'expansion et de la diversification du droit international, il conviendra d'abord de s'intéresser à la question des conflits de conventions internationales **(a)**. Il sera ensuite nécessaire de se rapprocher du thème de la mise en concurrence ou des conflits de juridictions internationales **(b)**.

a) Les conflits de conventions internationales

177. Le juriste fait face à une nouvelle figure de conflits qui désormais, en sus d'être relative aux diverses lois nationales, peut provenir de la pluralité des conventions internationales constitutive d'une superposition ou d'un chevauchement normatif. Ce pluralisme des sources, en raison de l'accroissement quantitatif des traités internationaux, est susceptible de déconcerter et de laisser une impression de désordre normatif international. Partant, d'un point de vue général, un conflit de conventions internationales peut surgir « lorsqu'une même situation juridique est susceptible d'être régie par plusieurs d'entre elles ».²³²

178. Notons que ce phénomène concerne toutes les conventions internationales. Il a tout

²³⁰ L. Balmond, « La coopération dans les relations extérieures », *loc.cit.*, p.253.

²³¹ G. Koubi, « Des-ordres/s juridique/s », in J. Chevallier (dir.), *Désordre(s)*, Paris, PUF, 1997, pp.201-214.

²³² D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome I, partie générale, 2 éd., Paris, PUF, 2012, p.45.

d'abord visé les conventions de droit public,²³³ puis s'est étendu aux conventions de droit privé.²³⁴ Ces dernières visent à harmoniser les règles de droit international privé ou à unifier certaines règles matérielles de droit privé. La problématique des conflits de conventions internationales est ainsi fréquente en droit des transports.²³⁵

179. La superposition des conventions internationales est problématique lorsqu'elle fait apparaître une antinomie ou un conflit normatif. Celui-ci sera caractérisé lorsqu'en présence de deux traités, il « est impossible pour un État lié par ces deux textes conventionnels de respecter l'un sans violer des obligations qui résultent de l'autre ».²³⁶ L'incompatibilité entre divers instruments conventionnels provient donc d'un conflit d'obligations pour un État partie. Ce type de conflits et plus généralement les incompatibilités présentes dans les rapports de systèmes sont une « réalité contentieuse incontournable ».²³⁷ Cela signifie qu'il convient de réfléchir à la méthodologie à appliquer, afin de les résoudre par la détermination de la convention applicable.

180. Pour cela, il est déjà possible que les conventions prévoient un tel cas, par des clauses d'abrogation ou de dénonciation.²³⁸ En l'absence d'un anéantissement anticipé du conflit, le principe général suggéré est celui « du moindre sacrifice des obligations internationales des États dont les tribunaux sont saisis ».²³⁹ Il convient auparavant de qualifier le conflit de conventions.²⁴⁰ S'il s'agit d'un faux conflit ou d'un conflit apparent, il faut le neutraliser, par le biais d'une conciliation, sur la base de l'article 30 §2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ou en déterminant le champ d'application de chaque convention. S'il s'agit d'un vrai conflit, il est nécessaire de le trancher, en comparant les finalités des conventions et en prenant en compte certaines valeurs fondamentales.²⁴¹

181. L'analyse du droit des investissements internationaux par le prisme de l'Union

²³³ C. Rousseau, « De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international », *RGDIP*, vol. 39, 1932, pp.131-153.

²³⁴ A. Malan, *La concurrence des conventions internationales dans le droit des conflits de lois*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002 ; C. Brière, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, Paris, LGDJ, 2001.

²³⁵ C. Brière, « Le droit des transports : terrain de prédilection des conflits de conventions internationales », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris, Dalloz, 2012, pp.61-74.

²³⁶ Voir C. Brière, *Les conflits de conventions internationales en droit international privé*, cité par D. Bureau, « Les conflits de conventions, communication au comité français de droit international privé », 26 janvier 2000, compte-rendu J.P. Remery, *Rev. Crit. DIP*, 2001, t.90, n°1-2, pp.230-234.

²³⁷ J.-P. Jacqué, « Droit constitutionnel national, droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *RFD Const.*, n°69, 2007, pp.3-37, p.35.

²³⁸ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé, op.cit.*, p.45 et suiv.

²³⁹ D. Bureau, « Les conflits de conventions... », *loc.cit.*, p.231.

²⁴⁰ *Ibidem.*

²⁴¹ *Ibid.*, p.232.

européenne illustre ce phénomène. La CJUE, dans ses arrêts en manquement contre la Suède et l'Autriche, a ainsi retenu l'existence d'une incompatibilité entre le Traité instituant la Communauté européenne et les accords d'investissement conclus par ces États membres avec des pays tiers.²⁴² Dans le cadre intra-européen, des tribunaux arbitraux ont dû statuer sur certaines mesures prises par les pays d'Europe centrale et orientale à la suite de leur adhésion à l'Union européenne, pour se conformer aux exigences du droit européen. Ces mesures ont pu être reconnues comme étant en violation des standards de traitement s'imposant à ces États,²⁴³ en vertu des accords d'investissements intra-européens.

b) Les concurrences et conflits de juridictions internationales

182. La dynamique de fragmentation du droit international, dans son aspect procédural, participe du phénomène de juridictionnalisation,²⁴⁴ vu d'abord comme une mise en concurrence des diverses juridictions internationales compétentes. Ces dernières se sont en effet multipliées. Citons ainsi, s'agissant du règlement du contentieux économique international, notamment les juridictions arbitrales spécialisées, l'organe de règlement des différends de l'OMC, les organes compétents sur le fondement des accords de libre-échange, les cours régionales des droits de l'homme, les juridictions communautaires, parmi lesquelles la CJUE, en sus des juridictions internes et de la CIJ.²⁴⁵

183. La multiplication des juges internationaux, de laquelle peut transparaître en théorie un désordre procédural voire une anarchie,²⁴⁶ peut conduire, au-delà d'une concurrence de procédures, à de « véritables » conflits de juridictions dont la résolution est un enjeu de pouvoir.²⁴⁷ Des comportements qualifiés d'impérialistes parmi les juridictions, qui hésitent à déclinier leur compétence, ont ainsi été relevés.²⁴⁸ Le propos est particulièrement pertinent s'agissant des modes transnationaux de règlement des différends, au sein desquels la personne privée dispose d'un rôle important et peut causer un désordre procédural.

²⁴² CJCE, 3 mars 2009, *Commission c/ Autriche et Suède*, aff. C-205/06 et C-249/06.

²⁴³ Voir CIRDI, *Ioan Micula, Viorel Micula et autres c. Roumanie*, aff. N°ARB/05/20, sentence arbitrale finale.

²⁴⁴ Voir SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003.

²⁴⁵ W. Ben Hamida, « L'arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », *AFDI*, vol.51, 2005, pp.564-602.

²⁴⁶ S. Karagiannis, « La multiplication des juridictions internationales : un système anarchique » in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, *op.cit.*, pp.7-161.

²⁴⁷ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, *op.cit.*, p.137 et suiv.

²⁴⁸ F. Delpéré, « La communicabilité entre le droit international, le droit européen, le droit constitutionnel et le droit régional », in *Liber amicorum Jean-Claude Escarras, La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp.59-70, p.64.

184. En effet, il a été noté que le *law shopping* des personnes privées, réalisé par le biais du recours au *forum shopping*, est une réalité du contentieux international public.²⁴⁹ Le *forum shopping* est ainsi une problématique pour le droit des investissements internationaux,²⁵⁰ sachant que le plus souvent les accords d'investissement autorisent l'investisseur étranger à choisir le mode de règlement des différends parmi diverses possibilités.²⁵¹ Ce choix influence le droit applicable, voire l'arbitrabilité du litige.²⁵² Il existe donc un risque non négligeable de parallélisme procédural.

185. Ce risque de conflits de juridictions internationales, avéré en droit des investissements internationaux, appelle à réfléchir aux moyens à disposition afin de coordonner les compétences et de sauvegarder l'harmonie des décisions. Pour cela, il est envisageable de s'appuyer sur les techniques du droit judiciaire commun et celles qui sont propres au droit des investissements internationaux.²⁵³ Nous verrons ainsi que la question de la résolution des différends relatifs aux investissements intra-européens va mettre en exergue de façon patente une concurrence de juridictions entre, d'une part, les tribunaux arbitraux et, d'autre part, le juge communautaire et *in fine* la CJUE.

B. Une méthodologie juridique globalisée

186. Face aux évolutions liées à la mondialisation, il est désormais difficile de soutenir que la méthodologie juridique n'est pas en cours d'évolution.²⁵⁴ En effet, il ne semble guère pertinent, selon une approche traditionnelle, de vouloir éliminer la pluralité par le biais d'un raisonnement vertical, dont l'effet serait d'aboutir à une simplification de la réalité juridique. Il conviendrait au contraire d'opter pour un raisonnement horizontal, prenant pour postulat le respect de la pluralité juridique. Pour cela, le juriste doit faire preuve d'un surcroît de précision, en menant son analyse d'abord en vertu de la rigueur du raisonnement juridique d'usage, ce à quoi s'ajoute la nécessité de faire montre d'originalité.²⁵⁵

²⁴⁹ F.-X. Train, « *Forum shopping* et fragmentation du droit applicable aux relations internationales – Le regard de l'internationaliste privatiste », in J.-S. Bergé, M. Forteau, M.-L. Niboyet et J.-M. Thouvenin (dirs), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales*, *op.cit.*, pp.131-141.

²⁵⁰ F.-X. Train, « *Forum shopping* et fragmentation du droit applicable aux relations internationales... », *loc.cit.*, p.132.

²⁵¹ W. Ben Hamida, « L'arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural... », *loc.cit.*, p.567.

²⁵² Voir F.-X. Train, « *Forum shopping* et fragmentation du droit applicable... », *ibidem*, p.136 et suiv.

²⁵³ W. Ben Hamida, *ibidem*, p.588 et suiv.

²⁵⁴ Il est noté que la technique juridique subit une désacralisation, une extension de son champ d'application et un changement de finalité. Voir P. Amselek, *Études de droit public*, Paris, éd. Panthéon Assas, 2009, p.29 et suiv.

²⁵⁵ M. Delmas-Marty, « La tragédie des 3 C », préface in M. Doat, J. Le Goff, P. Pédrot (dirs), *Droit et complexité – Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, *op.cit.*, pp.7-12, p.11 ; E. Millard, « Éléments pour une approche analytique de la complexité », in *ibidem*, pp.141-153, p.141.

187. En ce sens, la technique juridique globalisée doit d'abord s'appuyer sur le positivisme critique et sa déontologie, supposant de fonder l'ensemble de nos propos sur une réalité préexistante. Sur ce fondement, le raisonnement de la complexité a pour pilier le décloisonnement,²⁵⁶ le doute et la plus grande prudence quant à la perception de phénomènes évolutifs,²⁵⁷ l'interdisciplinarité et le dynamisme intellectuel.²⁵⁸ À cela s'ajoute une quête de l'objectivité dans l'analyse de thèmes rassemblant les sensibilités les plus diverses, mais aussi la description d'une nouvelle réalité en devenir, en esquissant une *lex ferenda* puis en analysant ses possibilités de concrétisation.

188. Au-delà de ces premières caractéristiques, mettons en exergue les finalités **(1)** puis le contenu du raisonnement **(2)**.

1. Les finalités du nouveau raisonnement

189. Deux finalités caractérisent la méthodologie juridique qui devrait permettre l'analyse des rapports de systèmes. Puisque le recours à un principe de subordination n'est plus envisageable,²⁵⁹ la remise en ordre passe par l'établissement d'un dialogue entre les systèmes juridiques. Pour qu'une telle gestion de la complexité puisse avoir lieu, il est alors nécessaire d'examiner une telle configuration est envisageable **(a)**.

190. Sur le fondement du dialogue des systèmes, le raisonnement devra mettre l'accent sur deux problématiques juridiques fondamentales pouvant constituer un défi. Il s'agit de la recherche de la cohérence, d'une part, et de la préservation de la sécurité juridique, d'autre part **(b)**.

a) Le dialogue des systèmes juridiques

191. Le droit comparé est particulièrement attaché à la question du dialogue des systèmes juridiques et à ses effets. On retrouve ainsi en doctrine les expressions de convergence, d'influence,

²⁵⁶ Revelons que « la pensée de la complexité ne peut être qu'une pensée de la non clôture ou de la dé-clôture. Elle a horreur des totalités closes, verrouillées d'assurance ». Voir M. Delmas-Marty, *Le flou du droit : du code pénal aux droits de l'homme*, *op.cit.*, p.27.

²⁵⁷ J.-P. Jacqué, « Droit constitutionnel national, droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies... », *loc.cit.*, p.7 ; J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, *op.cit.*, p.14.

²⁵⁸ F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?...*, *op.cit.* p.14.

²⁵⁹ E.-L. Comtois-Dinel, « La fragmentation du droit international : vers un changement de paradigme ? », *loc.cit.*, p.18.

de métissage des systèmes juridiques ou de communicabilité entre les systèmes.²⁶⁰ Raisonner sur ces idées suppose d'abord de les présumer,²⁶¹ afin de savoir si elles pourront en l'espèce être cet «instrument de la dynamique du droit » et, si possible, du « progrès juridique ». ²⁶² Il faut pour cela que la communication entre les systèmes en face-à-face soit satisfaisante. Notons d'emblée que le dialogue n'équivaut pas à la concorde.²⁶³ La communication à instaurer ne vise pas sa forme la plus avancée, qui serait la communion, mais elle est certainement un dépassement de l'indifférence. L'atout de cette visée est qu'elle permet l'apaisement et la collaboration durant le déroulé d'une période de transition, puisqu'elle « empêche qu'il y ait vainqueurs et vaincus ». ²⁶⁴

192. Étudier les possibilités de dialogue entre ces systèmes suppose de se référer à leurs acteurs respectifs, à savoir les États membres, les arbitres, les institutions européennes et le juge européen. Les États membres et les institutions européennes vont-ils pouvoir véritablement communiquer lors de la conclusion des futurs accords d'investissement ? Qu'en est-il pour les tribunaux arbitraux et la CJUE, s'agissant de la résolution des différends ? L'étude des échanges entre ces divers acteurs laisse apparaître de nombreuses conditions à satisfaire, pour qu'un progrès juridique puisse se produire par le biais des interactions.

193. S'agissant de ces conditions, il doit être précisé que les échanges ne s'imposent pas d'eux-mêmes et qu'ils requièrent un effort particulier. Ils supposent en premier lieu la connaissance et la compréhension réciproque.²⁶⁵ Ils sont le résultat d'une construction.²⁶⁶ Un changement d'optique est également nécessaire, pour se focaliser sur les points de convergence parmi les systèmes en présence.²⁶⁷ En plus de la prudence requise, les échanges prennent appui sur le respect mutuel,²⁶⁸ ce à quoi s'ajoute le dialogue.²⁶⁹

194. Une fois ces conditions remplies, il faut encore s'intéresser aux modalités du dialogue.

²⁶⁰ Par communicabilité, il est entendu « la qualité, l'état (on ajoutera : la situation, le processus) de ce qui peut être mis en communication ». Voir M. Gounelle, « Communicabilité et droit international public », in *Liber amicorum Jean-Claude Escarras...*, *op.cit.*, pp.107-114, p.108.

²⁶¹ *Ibidem*, p.114.

²⁶² Voir M. Gounelle, « Communicabilité et droit international public », *loc. cit.*, p.114.

²⁶³ L. Burgogue-Larsen, « De l'internationalisation du dialogue des juges... », *loc.cit.*, p.97.

²⁶⁴ F. Delpéré, « La communicabilité entre le droit international, le droit européen... », *loc.cit.*, p.62.

²⁶⁵ *Ibidem*

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ « La dialectique montre comment chaque terme en présence, qui contient une part de l'autre, interagit avec celui-ci ». Voir F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?...*, *op.cit.*, p.37.

²⁶⁸ Le respect « évite que chacun intervienne de manière désordonnée dans une sphère d'activité aux seules fins d'accroître ses domaines de responsabilité ». Voir F. Delpéré, « La communicabilité entre le droit international, le droit européen... », *loc.cit.*, p.64.

²⁶⁹ *Ibidem*, p.65.

Celui-ci doit être un vecteur de perméabilité, de mutabilité et de réciprocité. C'est ainsi que le dialogue est un instrument du pluralisme juridique. Il doit d'abord permettre l'ouverture des ordres juridiques,²⁷⁰ donnant lieu à un « ordre dialogique ».²⁷¹ La mutabilité implique ensuite que les ordres juridiques soient malléables et puissent évoluer, grâce à leur ouverture.²⁷² Enfin, la convergence doit s'inscrire dans la réciprocité. Le dialogue suppose un véritable échange et, en ce sens, la doctrine de la primauté du droit européen a été considérée comme contraire à la communicabilité.²⁷³

195. L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne marque le début officiel de la mise en communication des deux systèmes, mais aussi le départ des difficultés. En effet, des États membres pourraient s'opposer à ce que l'Union européenne obtienne une compétence exclusive en matière d'investissement étranger. Le dialogue interjuridictionnel entre les tribunaux arbitraux et la CJUE nécessite aussi d'être encadré. Le respect et le dialogue, en tant que conditions nécessaires à la convergence, pourraient *in concreto* se révéler être une illusion, via l'aménagement « d'espace clos ».²⁷⁴ La qualité de la communication devrait toutefois être évolutive. Il reste que la réflexion sur le dialogue des systèmes invite à savoir si certains États membres vont consentir à communiquer et coopérer pleinement avec les instances européennes. Nous reviendrons sur ce point par la suite.

b) Quête de cohérence et de sécurité juridique

196. En doctrine, l'expression « tragédie des trois C »²⁷⁵ exprime le défi général que pose la mondialisation au droit, à savoir les problématiques liées à la complexité, la complétude et à la cohérence. Nous avons précédemment vu qu'il faut prendre en compte la complexité et ne pas essayer de nier son existence par une tentative de simplification.²⁷⁶ L'arrivée de l'Union européenne, en tant qu'acteur du droit des investissements internationaux, est en plus vectrice d'incomplétudes et d'incohérences, qu'il convient à tout le moins de corriger.²⁷⁷ À cela s'ajoute la nécessaire garantie de la sécurité juridique. L'acquisition de la capacité conventionnelle ne doit pas porter atteinte aux droits acquis par les investisseurs en vertu des accords d'investissement.

²⁷⁰ F. Delpéré, « La communicabilité entre le droit international, le droit européen... », *loc.cit.*, p.66.

²⁷¹ M. Delmas-Marty, « Les processus de mondialisation du droit », in C. Kessedjian et C.-A. Morand (dirs), *Le droit saisi par la mondialisation*, *op.cit.*, pp.63-80, p.65.

²⁷² F. Delpéré, « La communicabilité entre le droit international, le droit européen... », *loc.cit.*, p.67.

²⁷³ *Ibidem*, p.68.

²⁷⁴ *Ibid.*, p.64.

²⁷⁵ Voir M. Delmas-Marty, « La tragédie des 3 C », *loc.cit.*

²⁷⁶ Voir E. Morin, *Introduction à la pensée complexe*, Paris, Seuil, 2005, p.18.

²⁷⁷ M. Delmas-Marty, *ibidem*, p.12.

197. La mise en communication des ordres juridiques suppose l'instauration d'une « organisation pour éviter le risque de désordre inhérent ».²⁷⁸ Celle-ci doit avoir pour mode de fonctionnement le dialogue parmi les divers acteurs, qui permet d'atteindre un idéal de cohérence.²⁷⁹ Pour obtenir les conditions d'une bonne transition et favoriser l'efficacité et l'harmonie, il faudra d'abord coordonner le multiple,²⁸⁰ en s'assurant que les systèmes en face-à-face vont interagir. La démarche invite ainsi à dépasser les interactions spontanées, qui sont fondées sur la collaboration volontaire et dont les effets sont trop aléatoires.²⁸¹ L'objectif est ainsi de participer au « pluralisme ordonné ».²⁸²

198. En conséquence, la Commission européenne a donc cherché à apporter des réponses aux incomplétudes et aux incohérences. Dès l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, l'approche du droit des investissements internationaux a donc été poursuivie pour tenter de garantir le respect de la sécurité juridique.²⁸³ Une période de transition a été instaurée par le règlement N°1219/2012, pour déterminer le sort des accords existants et ne pas porter atteinte au droit international.²⁸⁴ L'identité de la partie défenderesse à attirer sur la base des futurs accords d'investissement a fait l'objet d'une anticipation.²⁸⁵ Avant la proclamation d'une nouvelle compétence en matière d'IDE, la recherche de la cohérence a aussi été au centre des initiatives de la Commission européenne, qu'elles aient été conventionnelles ou juridictionnelles,²⁸⁶ afin d'éliminer les incompatibilités entre les accords conclus par les États membres et le droit européen.

199. La garantie de la sécurité juridique et de la cohérence revient aussi aux tribunaux arbitraux compétents. Face à un conflit de conventions, ils doivent alors statuer en optant pour une interprétation « systémique », s'inspirant de l'article 31 §3 c) CVDT,²⁸⁷ afin de neutraliser une éventuelle incompatibilité par un raisonnement souple et horizontal. La cohérence suppose ainsi que

²⁷⁸ J.-J. Pardini, « Brèves réflexions sur les interactions entre les ordres juridiques », in *Liber amicorum Jean-Claude Escarras*, op.cit., pp.131-159, p.146.

²⁷⁹ L. Burgogue-Larsen, « De l'internationalisation du dialogue des juges... », loc.cit., p.121.

²⁸⁰ S. Touzé, « La prise en compte du droit de l'Union européenne... », loc.cit., p.69.

²⁸¹ J.-J. Pardini, *ibidem*, p.147.

²⁸² M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit : tome II le pluralisme ordonné*, op.cit.

²⁸³ Voir COM (2010) 343 final et COM (2010) 344 final.

²⁸⁴ Voir règlement N°1219/2012 du Parlement européen et du Conseil établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres et des pays tiers.

²⁸⁵ Voir COM (2012) 335 final.

²⁸⁶ Voir « La Commission européenne, huit pays adhérents et les États-Unis signent un accord bilatéral d'investissement », Bruxelles, 22 septembre 2003, IP/03/1284, europa.eu Press release debates ; CJCE, 3 mars 2009, *Commission c/ Autriche et Suède*, aff. C-205/06 et C-249/06.

²⁸⁷ Voir le §17 des conclusions des travaux du Groupe d'étude de la fragmentation du droit international.

les arbitres soient ouverts à l'interprétation du droit européen, mais aussi à la participation de la Commission européenne en tant qu'*amicus curiae* aux instances arbitrales, voire à d'autres modalités à aménager afin d'accomplir leur mission dans les meilleures conditions.

2. Description du nouveau raisonnement

200. L'analyse d'une manifestation de la mondialisation juridique, invitant deux systèmes juridiques à interagir, peut de prime abord s'avérer déconcertante. En effet et nous avons déjà eu l'occasion de le préciser, l'ingénierie juridique actuelle est dépourvue d'un « droit des interactions ». ²⁸⁸ Cette lacune ne peut d'ailleurs pas être comblée par un hasardeux recours aux principes existants de droit international public ou de droit international privé, visant à gérer la pluralité juridique (a).

201. Il est alors revenu à la doctrine de suggérer une méthode de résolution spécifique et applicable à ce genre de problématiques juridiques. Nous décrirons son contenu (b). Il s'agit de la méthodologie juridique qui servira de pilier à l'analyse des évolutions européennes du droit des investissements internationaux.

a) Les écueils des principes existants

202. Notre sujet d'étude pose la « délicate question de l'articulation » ²⁸⁹ des systèmes en face-à-face et appelle à rechercher une méthodologie spécifique et hybride, dépassant le recours aux instruments existants. En effet, durant un temps la coexistence des ordres juridiques n'a pas soulevé de questions, puisque ces derniers n'étaient pas en contact. Aucun mécanisme d'articulation des ordres juridiques n'a donc été mis en place. ²⁹⁰ On est ainsi tenté de dégager un droit des interactions par référence aux techniques que nous connaissons déjà.

203. Une telle idée doit pourtant être rejetée, puisqu'une telle démarche conduit à des résultats qui ne sont pas pleinement satisfaisants. ²⁹¹ Ainsi, il a été souligné « qu'il n'existe pas *a priori* une procédure permettant aux tribunaux d'articuler les normes de ces ordres en appliquant par

²⁸⁸ J.-S. Bergé, « Interactions du droit international et européen – Approche du phénomène en trois étapes dans le contexte européen », *JDI*, n°3, 2009, pp.904-922, p.905.

²⁸⁹ C. Leben, « Le droit européen et l'investissement international », *loc.cit.*, p.228.

²⁹⁰ *Ibidem*, p.227.

²⁹¹ S. Menétrey, « La participation "amicale" de la Commission européenne dans les arbitrages liés aux investissements intracommunautaires », *JDI*, n°4, 2010, pp.1127-1156, p.1129.

exemple, un principe hiérarchique dans les rapports entre les deux ordres ou en délimitant des domaines d'application distincts. »²⁹²

204. Le principe hiérarchique fait référence aux outils du droit international public, qui ont été utilisés par certains États membres attirés à l'arbitrage, afin de tenter d'éliminer la pluralité juridique. La tentative a été infructueuse, car « les mécanismes classiques de règlement des conflits de normes sont insuffisants. »²⁹³ En effet, le droit des traités ne se prête pas à l'analyse des rapports de systèmes et ses résultats sont en conséquence aléatoires, qu'il s'agisse du recours aux maximes *lex posterior* ou *lex specialis*.²⁹⁴

205. Quant à la délimitation de domaines d'application des normes, on se tourne vers le droit international privé. Ce dernier est certes un « instrument de la gestion de la diversité des droits »,²⁹⁵ il n'empêche qu'il ne fournit pas de solution au cas du conflit de conventions internationales.²⁹⁶ Enfin, la théorie des réseaux, pourtant plus à même de permettre l'analyse des rapports intersystémiques, présente des limites. Il a été précédemment démontré qu'elle s'avère inefficace, lorsque ces rapports n'ont pas été prévus à l'avance et lorsqu'il y a des incompatibilités,²⁹⁷ puisqu'elle renvoie à l'application des règles sur les traités successifs.²⁹⁸

206. Ainsi, une approche qui se fonderait sur un outil existant ne serait pas satisfaisante. Il conviendra donc d'opter pour une vision globale et le raisonnement devra s'inspirer de ces suggestions individuelles, pour les dépasser. Ces remarques nous permettent de dégager la méthodologie applicable à l'analyse des rapports entre le droit des investissements internationaux et l'Union européenne.

²⁹² C. Leben, « Introduction », in C. Kessedjan et C. Leben (dirs), *Le droit européen et l'investissement*, Paris, éd. Panthéon Assas, 2010, pp.15-24, p.24.

²⁹³ M.M. Salah, *Les contradictions du droit mondialisé*, *op.cit.*, p.200 et suiv.

²⁹⁴ J.-P. Jacqué, « Droit constitutionnel national, droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies... », *loc.cit.*, p.4 ; G. de Geouffre de la Pradelle et M.-L. Niboyet, « La fragmentation du droit applicable aux relations internationales – Remarques introductives de l'internationaliste privatiste », in J.-S. Bergé, M. Forteau, M.-L. Niboyet et J.-M. Thouvenin (dirs), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales*, *op.cit.*, pp.11-20, p.15.

²⁹⁵ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, *loc.cit.*, p.19.

²⁹⁶ G. de Geouffre de la Pradelle et M.-L. Niboyet, *ibidem*, p.14.

²⁹⁷ J.-P. Jacqué, « Droit constitutionnel national, droit communautaire, CEDH... », *loc.cit.*, p.6.

²⁹⁸ *Ibidem*

b) Les dynamiques de comparaison et d'articulation

207. Il est revenu à la doctrine de dégager la méthodologie juridique applicable à l'analyse des rapports de systèmes, prolégomènes à un droit des interactions en construction. Le fondement de cette méthodologie, afin de viser la cohérence, est la prise en compte des interrelations entre les divers systèmes juridiques en présence, tout en respectant leur spécificité et autonomie.²⁹⁹ Pour cela, le raisonnement est le résultat d'une synthèse, formée d'un triptyque composé des dynamiques de comparaison, de combinaison et de hiérarchisation.³⁰⁰ Sur la base d'une problématique juridique déterminée, l'analyse intersystémique doit alors se dérouler selon ces idées, considérées dans cet ordre.

208. La première étape de la méthodologie juridique est ainsi celle de la comparaison des systèmes. Par l'inventaire des points de divergence parmi les systèmes en interaction, il est ainsi procédé à une mesure de la diversité juridique. Notons que l'exigence du dialogue des systèmes incite à aller au-delà, puisque la comparaison doit encourager la communication en mettant l'accent sur les zones de contact. Procéder à la comparaison des droits oblige également à dépasser certains obstacles théoriques, qui n'ont pas lieu d'être. En effet, le droit comparé ne peut plus être considéré comme dénué de positivité et dédié à la seule étude des divers droits internes.³⁰¹

209. Passée l'étape de la comparaison des systèmes en présence, il faut procéder à l'étude de leur articulation. Celle-ci suppose de saisir les interactions d'une manière externe et horizontale, de se focaliser sur les liens réciproques et de traiter de manière égale les divers systèmes.³⁰² Le postulat est alors la présomption d'absence de conflit intersystémique,³⁰³ seule permettant l'application simultanée des diverses sources du droit en présence. Il est ainsi concevable de déterminer des domaines d'application des normes, par le biais du « dialogue des sources » du droit,³⁰⁴ en s'appuyant sur les techniques du droit international privé.

²⁹⁹ J.-S. Bergé, « Le droit du marché intérieur et le droit international privé communautaire : de l'incomplétude à la cohérence », in V. Michel (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Paris, Presses Universitaires de Strasbourg, 2009, pp.339-352, p.352.

³⁰⁰ J.-S. Bergé, « Introduction – Approche méthodologique des rapports de systèmes : comparer, combiner, hiérarchiser le droit international et le droit européen », in M. Benlolo-Carabot, U. Candaş, E. Cujo (dirs), *Union européenne et droit international. En l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, pp.575-784.

³⁰¹ *Ibidem*, p.576.

³⁰² J.-S. Bergé, « Introduction – Approche méthodologique des rapports de systèmes... », *loc.cit.*, p.578.

³⁰³ J. W. Jenks, « The conflict of law-making treaties », *BYBIL*, 1953, vol.30, pp.401-453, p.428.

³⁰⁴ E. Jayme, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *RCADI*, vol.251, 1995, pp.9-267, p.259 ; J.-S. Bergé, « La place respective de la combinaison et de la hiérarchisation du droit international et européen : réflexion au départ de quatre cas », *JDI*, n°3, 2010, pp.900-910.

210. Enfin, la méthodologie des interactions prévoit une ultime étape, celle de hiérarchisation qui est inspirée des outils du droit international public. Elle aboutit, en vertu d'un raisonnement interne et vertical, au rejet de la norme concurrente. Elle est utilisée par ceux estimant qu'il faut résoudre un conflit patent de conventions internationales.³⁰⁵ Les résultats d'une telle démarche sont aléatoires, ce qui fait que cette étape reste théorique. En effet, pour avoir recours aux instruments de droit international public, il faut que les traités portent sur le même objet et lient les mêmes parties. Or, le plus souvent ce n'est pas le cas.³⁰⁶ Ceci s'explique par les caractéristiques de l'ordre juridique international, marqué par une absence de hiérarchie,³⁰⁷ celle-ci n'étant concevable que dans un système clos.³⁰⁸

211. Ainsi, durant l'analyse du droit des investissements internationaux par le prisme de l'Union européenne, il conviendra de procéder à la comparaison et à la combinaison des divers droits matériels applicables aux investissements étrangers, puis à celles des modes de règlement des différends prévus par la norme internationale et par la norme régionale. Le recours à l'étape de hiérarchisation sera évoqué et analysé, puisqu'il a été utilisé et a fait l'objet d'un débat, mais il s'est avéré inefficace.

Paragraphe 2. Les outils au service du nouveau raisonnement

212. Recherchons désormais les outils rassemblant l'ensemble de nos conclusions quant à la méthodologie juridique applicable à la gestion de la complexité. C'est par le prisme de ces outils que l'analyse du droit des investissements internationaux face à l'Union européenne sera conduite. Ces nouveaux instruments doivent alors d'abord traduire le décloisonnement et la communication, puis mettre en exergue le caractère relativement incertain de la réalisation d'une nouvelle réalité désirée par la Commission européenne.

213. La première clef d'interprétation consiste à étudier les rapports de systèmes par le biais de la figure des interactions normatives, outil d'analyse encore peu utilisé. Son principal atout est de fournir un instrument qui est en adéquation avec la méthodologie juridique globalisée. Eu égard à la diversité des interactions normatives possibles, il conviendra de procéder à la caractérisation du

³⁰⁵ J.-S. Bergé, « Introduction – Approche méthodologique des rapports de systèmes : comparer, combiner, hiérarchiser le droit international et le droit européen », *loc.cit.*, p.581.

³⁰⁶ *Ibidem*.

³⁰⁷ M.M. Salah, *Les contradictions du droit mondialisé*, *op.cit.*, p.200 et suiv. ; P. Amselek, *Études de droit public*, *op.cit.*, p.117.

³⁰⁸ G. Koubi, « Des-ordres/s juridique/s », *loc.cit.*, p.209.

processus mis en lumière par notre sujet d'étude (A).

214. Seconde clef d'interprétation, nous sommes d'avis que sujet d'étude relève également, s'agissant de ses résultats, du thème de la contingence juridique. En ce sens, des doutes persistent quant à la faisabilité et au temps nécessaire à l'eupéanisation complète du droit des investissements internationaux, tel qu'issu de la pratique conventionnelle des États membres. Un tel projet est ainsi soumis à la conjoncture, il pourrait ne pas se réaliser pleinement ou se matérialiser sous une forme imprévue au départ, ce qu'il conviendra de tenter de discerner (B).

A. Les interactions normatives

215. De nos précédents propos, il ressort que l'analyse des rapports de systèmes requiert un renouvellement des outils de résolution usuels, que sont le monisme et le dualisme. En effet, rappelons que ces derniers ont une nature intrasystémique et qu'ils sont des vecteurs à plus ou moins forte portée de la pensée hiérarchisante permettant de rejeter la diversité juridique et la complexité.³⁰⁹ On suggère donc que ces instruments d'interprétation ne sont pas applicables à l'analyse des rapports de deux systèmes juridiques placés jusqu'à présent sous l'empire de l'autonomie.³¹⁰

216. Ce nouvel outil, visant spécifiquement la résolution des rapports juridiques de nature intersystémique et au dynamisme immanent, est la figure des interactions normatives. En reconnaissant la pluralité juridique, il est possible de concevoir la confrontation des systèmes et le raisonnement peut s'intéresser à la façon dont ceux-ci vont s'influencer voire s'enchevêtrer.³¹¹ En dépassant la problématique interne de réception de la norme exogène au sein de l'ordre juridique étatique de référence, il est permis de s'intéresser aux liens d'imitation, de fertilisation ou de contraste.³¹²

217. Toutefois, avant de commencer l'étude de l'imbrication des systèmes par le prisme des interactions normatives, il faut avoir à l'esprit que cette perspective suppose d'admettre certains

³⁰⁹ P.-M. Dupuy, *Droit international public, op.cit.*, p.418 et suiv. ; K. Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation, op.cit.*, p.6.

³¹⁰ On peut alors s'inspirer, pour la construction d'un art juridique globalisé, du postulat de base du droit international privé qui est l'admission de l'égalité de tous les systèmes juridiques. Voir G. de Geouffre de la Pradelle et M.-L. Niboyet, « La fragmentation du droit applicable aux relations internationales... », *loc.cit.*, p.12.

³¹¹ A. Pellet, « préface », *loc.cit.*, p.12.

³¹² *Ibidem*, p.11.

postulats (1). En cela, la méthodologie juridique globalisée est controversée,³¹³ étant donné qu'elle invite à délaisser les repères habituels du juriste ayant atteint le rang de concept, pour faire usage de théories en construction. Par la suite, il faudra tenter d'observer ce qu'est une interaction normative, pour constater que l'expression renferme une pluralité de possibles (2).

1. Les postulats des interactions normatives

218. En introduction à la description de ces postulats à admettre, précisons qu'ils seraient appelés à se substituer progressivement à l'ensemble des repères existants découlant du concept d'ordre juridique. Celui-ci est depuis peu visé par des critiques relatives à son inaptitude à contenir la complexité du droit et son pluralisme, que ce soit en raison de son exclusivisme intrinsèque, de son autosuffisance, ou encore de son immobilisme mis à mal par le phénomène des interactions normatives.³¹⁴ Au-delà des quelques améliorations permises par l'expression de système juridique,³¹⁵ il conviendra de retenir que ces interactions se déroulent dans le cadre global d'un « univers juridique ».³¹⁶

219. Au sein de cet univers, les divers systèmes juridiques tendent à se superposer.³¹⁷ Ils sont ainsi marqués par des rapports d'échange. Traduites en terminologie juridique, ces constatations ont donné lieu à l'émergence de nouvelles théories, dont la validité doit être reconnue en prélude à l'étude des interactions normatives. La technique juridique globalisée dispose ainsi des théories du pluralisme juridique (a) et des réseaux (b).

a) Théorie du pluralisme juridique

220. Le pluralisme juridique, aussi dénommé plurijuridisme, est considéré comme l'arrière-plan obligé de la réflexion sur la mondialisation juridique.³¹⁸ Il a été considéré comme la « situation, pour un individu, dans laquelle des mécanismes juridiques relevant d'ordonnancements différents sont susceptibles de s'appliquer à cette situation ».³¹⁹ L'idée est qu'il « existe plusieurs ordres juridiques, irréductibles les uns aux autres, [...] tous ces ordres juridiques nouant entre eux

³¹³ S. Touzé, « La prise en compte du droit de l'Union européenne dans l'élaboration des normes... », *loc.cit.*, p.54.

³¹⁴ J.-J. Pardini, « Brèves réflexions sur les interactions entre les ordres juridiques », *loc.cit.*, p.134.

³¹⁵ *Ibidem*, p.131.

³¹⁶ *Ibid.*, p.134.

³¹⁷ *Ibid.*, p.135 et suiv.

³¹⁸ K. Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, *op.cit.*, p.7.

³¹⁹ J. Vanderlinden, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, vol. 18, n°2, 1993, pp.573-583, p.583.

diverses relations, ou refusant d'en nouer ». ³²⁰ On comprend donc que la théorie prend pour postulat la reconnaissance du multiple et de l'hétérogène, la pluralité des ordres juridiques. ³²¹ Son atout est alors de s'intéresser à la dynamique d'influence liant les divers ordres juridiques. ³²²

221. C'est par le truchement de cette théorie qu'il est permis de concevoir les rapports entre les différents systèmes, comme c'est le cas pour le droit des investissements internationaux et le droit de l'Union européenne. Le pluralisme juridique fait ainsi suite au concept d'ordre juridique. Celui-ci a permis de faire apparaître la pluralité, en tant que critère de différenciation des systèmes en présence. Remarquons que la pluralité n'est pas le pluralisme. En effet, « la séparation permet la pluralité, mais elle ne garantit pas le pluralisme, car elle ne relie pas les systèmes entre eux ; elle juxtapose des ordres juridiques différents mais ne construit pas un ordre commun ». ³²³

222. Précisons que le concept d'ordre juridique présente des limites pour l'analyse d'une manifestation de la mondialisation juridique. Parce qu'elle impose une mise en relation des systèmes, la mondialisation influence un ordre juridique devenu interactif et évolutif. ³²⁴ Sa conception pyramidale traditionnelle relève encore du monojuridisme, avec une idée de hiérarchie et de frontière, qui ne permet pas l'analyse des interactions.

223. Le pluralisme juridique, qualifié de mondial, est alors synonyme d'internationalisation du droit et intervient pour remédier aux déficiences du concept d'ordre juridique. ³²⁵ En mettant l'accent sur la diversification des lieux de création et d'application du droit, il exprime ainsi la perte de l'exclusivité de l'État – dans sa conception traditionnelle – sur le phénomène normatif. ³²⁶ Parce qu'il se fonde sur le paradigme de l'altérité, ³²⁷ il est apte à concevoir la diversité, l'indépendance et l'imbrication des systèmes juridiques, afin d'analyser d'une façon idoine les liens qui s'établissent entre eux. ³²⁸ La communication intersystémique requise est ainsi permise. Notons que le plurijuridisme ne relève d'aucun modèle, qu'il s'agisse du droit international public et ses théories

³²⁰ D. Boden, « Le pluralisme juridique en droit international privé », *Le pluralisme*, ADP, n°49, 2006, pp.275-316, p.277.

³²¹ J.-J. Pardini, « Brèves réflexions sur les interactions entre les ordres juridiques », *loc.cit.*, p.141.

³²² G. Rocher, « Pour une sociologie des ordres juridiques », *Les cahiers de droit*, vol.29, n°1, 1988, pp.91-120, p.116.

³²³ M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit : tome II le pluralisme ordonné*, *op.cit.*, p.18.

³²⁴ M. Delmas-Marty, « Avant-propos », in E. Dubout et S. Touzé (dirs), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2009, pp.5-10, p.6.

³²⁵ Le pluralisme n'est cependant pas dénué de défauts. Voir E.-L. Comtois-Dinel, « La fragmentation du droit international : vers un changement de paradigme ? », *loc.cit.*, p.14.

³²⁶ D. Mockle, « Deux variations sur le thème des normes », *loc.cit.*, p.438.

³²⁷ C. Eberhard, *Le droit au miroir des cultures – Pour une autre mondialisation*, *op.cit.*, p.22.

³²⁸ P. Brunet, « L'articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné » in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories de droit public français*, Paris, Dalloz, 2010, pp.195-213, p.196.

moniste et dualiste ou du droit international privé et ses méthodes bilatérale et unilatérale.³²⁹

224. Parmi les systèmes visés ici, l'Union européenne est particulièrement révélatrice de la prégnance du pluralisme juridique. En effet, la structure de l'ordre juridique européen superpose un système supranational aux ordres juridiques des États membres, ce qui est topique du pluralisme juridique.³³⁰ De même, le droit international, dont le droit des investissements internationaux, favorise « l'appréhension, l'explication et la compréhension de la diversité, du complexe et concourt au pluralisme ». ³³¹ Ce qui est certain, c'est que le plurijuridisme n'est pas un phénomène transitoire.³³² L'analyse détaillée de notre sujet d'étude le démontrera.

b) La théorie des réseaux

225. En prenant appui sur la théorie du pluralisme juridique, il est concevable que la norme internationale européanisée en matière d'investissement international puisse être produite en vertu du modèle du réseau. Revenons à cette transition de la pyramide au réseau précédemment évoquée. La théorie des réseaux met l'accent sur les liens entre les acteurs participant de la création du droit, selon un nouveau modèle. Au sein d'une structure multipartite, la production normative est caractérisée par la pluralité des acteurs, leur communication et coopération, mais aussi par l'absence de subordination entre eux.

226. Un réseau est un « ensemble de lignes entrelacées », les noeuds de ce réseau étant les intersections de ces lignes.³³³ On comprend donc qu'il s'agit d'une structure composée de points reliés par des liens permettant une interaction.³³⁴ Le réseau doit être différencié de la pyramide, car il n'est pas hiérarchique ou arborescent et aucun point n'est privilégié ou subordonné par rapport à un autre.³³⁵ Le réseau n'est pas non plus un système, car il ne présente aucune forme de clôture.³³⁶ Le réseau est une structure ouverte, intermédiaire, entre l'ordre hiérarchisé et le désordre absolu.³³⁷

³²⁹ M. Delmas-Marty, « Pluralisme et mondialisation : vers un pluralisme ordonné », in J.-L. Bergel (dir.), *Le plurijuridisme*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, pp.355-365, p.360.

³³⁰ M. Avbelj, « The EU and many faces of legal pluralism: toward a coherent or uniform EU legal order ? », *Croatian yearbook of European law and policy*, vol.2, 2006, pp.377-391.

³³¹ J.-M. Sorel, « Le rôle du droit international dans le développement du pluralisme (et vice versa) : une liaison moins naturelle qu'il n'y paraît » in L. Fontaine (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp.73-99, p.82.

³³² P. Glenn, « Penser le plurijuridisme », in J.-L. Bergel (dir.), *Le plurijuridisme, op.cit.*, pp.25-35, p.26.

³³³ D. Parrochia, *Philosophie des réseaux*, Paris, PUF, 1993, p.5.

³³⁴ F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?...*, *op.cit.*, p.24.

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ *Ibid.*, p.25.

³³⁷ *Ibid.*

227. Soulignons, par ailleurs, que l'acquisition de la capacité conventionnelle par l'Union européenne en matière d'investissement international a d'abord conduit à l'établissement d'un réseau, dont les noeuds sont les diverses institutions européennes et les administrations des États membres. Les lignes interconnectant ces noeuds sont représentatives de l'information qui circule. Le réseau est donc une structure mixte d'ordonnement, au sein de laquelle les futurs accords d'investissement vont être conclus à la fois par l'Union européenne et les États membres dans la majorité des cas. La participation consécutive à la résolution des différends initiée sur le fondement de ces accords devra elle aussi se dérouler dans le cadre d'un réseau.

228. Cette structure de fonctionnement, impulsée par l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, manque en elle-même de formalisme. Des initiatives ont été prises par la Commission européenne afin de s'assurer du bon fonctionnement du réseau. Le règlement N°1210/2012 encadre le transfert effectif de compétence et impose que l'information soit transférée des États membres vers la Commission européenne, en vertu d'une sorte de mixité anticipée. Le règlement N°912/2014 prévoit également la collaboration des acteurs s'agissant de la résolution des différends portant sur un traitement accordé par un État membre. L'instauration explicitée de ce réseau a pour objectif la cohérence et le succès de l'approche européenne du droit des investissements internationaux.

2. La typologie des interactions normatives

229. Une fois ces postulats établis, l'analyse des rapports entre le droit des investissements internationaux et l'Union européenne par le prisme de la figure des interactions normatives peut alors s'ouvrir. En ce qu'il vise l'action ou l'influence réciproque, le phénomène des interactions appliqué aux normes a pour atout de mettre en exergue la progressive interdépendance des systèmes juridiques, accrue par une mondialisation.

230. Sous le vocable des interactions normatives, se cache en réalité une myriade de rapports de systèmes possibles. Dès lors, il convient de répertorier les multiples interactions normatives pouvant se dérouler autour de certaines notions, comme celle d'investissement international **(a)**. Par la suite, il faudra procéder à la caractérisation des interactions normatives à l'étude **(b)**.

a) Les multiples possibilités d'interactions normatives

231. Le vocable « interaction normative » est récent et son usage n'est pas encore familier.³³⁸ Il vise à décrire « des échanges, des actions réciproques entre les normes »,³³⁹ qui vont circuler en vertu d'une dynamique de fertilisation croisée. Il est un instrument de décloisonnement des matières qui permet d'analyser les rapports de systèmes dans leur ensemble.³⁴⁰ La spécificité de la notion est d'aller au-delà, en poursuivant la démarche entreprise par la théorie de l'internormativité pour s'intéresser aux résultats des interactions et montrer « comment les systèmes s'entrecroisent, s'influencent ». ³⁴¹ L'accent est ainsi mis sur la nouvelle réalité juridique en construction, établie par le biais d'une combinaison des diverses sources du droit.

232. De nombreuses précisions doivent être apportées à propos de ce qu'est une interaction normative, en raison du caractère générique de ce terme et de la grande variété du phénomène. S'agissant d'abord des systèmes juridiques pouvant s'entrecroiser, notons que les interactions normatives ont lieu à de multiples niveaux.³⁴² Elles ont vocation à se dérouler au sein des divers systèmes composant le pluralisme juridique. Ainsi, le phénomène a pu spécifiquement être mis en exergue par la doctrine s'agissant des rapports entre le droit européen et le droit interne,³⁴³ mais aussi entre les diverses normes internationales.³⁴⁴ La problématique est particulièrement prégnante s'agissant des rapports entre le système juridique européen et les divers sous-systèmes de droit international, en raison de l'expansion des compétences de l'Union européenne.³⁴⁵

233. Les possibilités d'interactions normatives sont par ailleurs diverses. En effet, elles comprennent en théorie « la reconnaissance ou l'ignorance, l'adoption ou le rejet, le soutien ou la déformation ». ³⁴⁶ Les échanges peuvent ainsi prendre des formes opposées ou ambivalentes.³⁴⁷ En

³³⁸ A. Pellet, « Préface », *loc.cit.*, p.6.

³³⁹ S. Turgis, *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, Paris, Pedone, 2012, p.19

³⁴⁰ S. Touzé, « La prise en compte du droit de l'Union européenne dans l'élaboration des normes... », *loc.cit.*, p.69.

³⁴¹ A. Pellet, « Préface », *loc.cit.*, p.12.

³⁴² J.-S. Bergé, « Du droit de l'Union européenne et du droit international : de l'applicabilité à l'invocabilité », in L. Burgogue-Larsen, E. Dubout, A. Maitrot de La Motte, S. Touzé (dirs), *Les interactions normatives*, *op.cit.*, pp.71-84, p.71.

³⁴³ Voir G. Alberton, *Des interactions normatives entre le droit communautaire et le droit public français : l'exemple caractéristique de l'accès des ressortissants communautaires à la fonction publique française*, thèse, Montpellier, 1995.

³⁴⁴ S. Turgis, *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, *op.cit.*

³⁴⁵ K. Ben Dahmen, *Interactions du droit international et du droit de l'Union européenne : le pluralisme juridique rénové en matière de protection de la propriété industrielle*, Paris, L'Harmattan, 2013.

³⁴⁶ D. Vidal, « Rapport introductif », *RAE*, 2005, n°2, pp.139-142, p.139.

³⁴⁷ S. Turgis, *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, *op.cit.*, p.19.

mettant de côté les rapports d'ignorance et de rejet, trois types d'interactions normatives ont été mis en exergue, en fonction de leur visée.³⁴⁸ Ainsi, les processus interactifs de coordination ont pour spécificité d'être horizontaux, dans le respect de l'autonomie des systèmes, tandis que les processus d'harmonisation et d'unification ont une nature verticale et peuvent aboutir à la fusion des systèmes.³⁴⁹ Remarquons que le degré des interactions ne repose pas sur une constante, car il dépend de l'autonomie des systèmes de droit d'origine internationale.³⁵⁰

234. Les interactions normatives constituent en outre un phénomène mouvant, « un processus complexe » qui va se réaliser sur « une longue période », celle-ci étant composée d'une « phase de stagnation et d'accélération ». ³⁵¹ Il ne s'agit donc pas d'un concept, mais d'un ensemble de phénomènes. Il convient également de savoir si la réciprocité est simultanée ou décalée et si l'interaction est spontanée ou obligée.³⁵² Les interactions normatives spontanées ont été définies comme un « processus... qui conduit à la création d'un effet de droit en dehors de toute idée de calcul préalable ». ³⁵³ Elles s'opposent à l'interaction concertée, voulue ou préméditée.³⁵⁴

235. Quant aux résultats des interactions normatives, celles-ci peuvent conduire à la création d'un nouvel ensemble normatif.³⁵⁵ Les procédés de « combinaison normative » ou de « fécondation croisée » sont à l'origine de la production de nouvelles normes issues d'un rapport d'échange.³⁵⁶ Cela peut avoir plusieurs effets sur l'existence de la pluralité. Cette dernière peut ainsi être en théorie dissoute dans un système unique. La réalité est néanmoins plus complexe. Les rapports d'influence conservent en général la pluralité, avec un enchevêtrement plus ou moins étroit établi entre les systèmes juridiques.³⁵⁷

³⁴⁸ M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit : tome II le pluralisme ordonné*, *op.cit.*, p.35 et suiv.

³⁴⁹ *Ibidem*, p.36.

³⁵⁰ E. Dubout et S. Touzé, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in E. Dubout et S. Touzé (dirs), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, *op.cit.*, pp.11-35, p.23. Il est pensé que les interactions seront plus aisées entre deux systèmes relevant d'un unique ordre juridique. Elles se limiteront sinon à des influences, peut-être réciproques. Voir A. Pellet, « Notes sur la fragmentation du droit international : Droit des investissements internationaux et droits de l'homme », *loc.cit.*, p.762.

³⁵¹ J.-G. Belley, « Une métaphore chimique pour le droit », *loc.cit.*, p.15.

³⁵² J.-J. Pardini, « Brèves réflexions sur les interactions entre les ordres juridiques », *loc.cit.*, p.132.

³⁵³ *Ibidem*, p.146.

³⁵⁴ *Ibid.*, p.147.

³⁵⁵ S. Turgis, *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, *op.cit.*, p.20.

³⁵⁶ *Ibidem*, p.20 et suiv.

³⁵⁷ M. van de Kerchove, « Les rapports entre systèmes juridiques : entre clôture et ouverture », in J.-L., *Le plurijuridisme*, *op.cit.*, pp.37-56, p.47 ; F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?...*, *op.cit.*, p.197 et suiv.

b) La caractérisation des interactions normatives à analyser

236. Notons que l'étude des liens entre le droit des investissements internationaux et l'Union européenne a déjà été menée dans le cadre d'une réflexion sur le phénomène des interactions normatives.³⁵⁸ Il faut dire que la notion se prête bien à l'analyse des rapports entre le système juridique international et le système juridique européen, dont les influences et les interactions ont été considérées comme indiscutables.³⁵⁹ Au-delà de la nature des normes en présence, procédons à la caractérisation des interactions normatives illustrant notre sujet d'étude.

237. Celles-ci, devant se dérouler autour de la notion d'investissement international, sont marquées par une forte ambivalence et mouvance les rendant *a priori* difficiles à qualifier. Cela n'empêche pas de postuler que les systèmes juridiques en face-à-face se reconnaissent et qu'ainsi des rapports d'échange vont pouvoir s'établir. Les interactions peuvent être qualifiées de préméditées, car elle relève de la volonté de la Commission européenne qui est à l'origine du lancement de l'approche européenne du droit des investissements internationaux. Notons aussi qu'elles ont été latentes pendant longtemps. Elles ont été accélérées par l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.

238. S'agissant des rapports d'influence normative, l'obtention de la capacité conventionnelle par l'Union européenne implique que la norme internationale soit créée selon un nouveau mode, permettant d'avancer d'un pas vers le multilatéralisme. Cette norme doit subir des rectifications pour se conformer au droit européen.³⁶⁰ Des spécificités européennes peuvent en sus y être insérées. La participation à la résolution des différends doit également être européanisée. Quant au droit des investissements internationaux, il contient des dispositions de protection de l'investissement international encore inconnues du système juridique européen. Son volet procédural doit être importé par l'Union européenne, ce qui l'invitera d'une façon inédite à participer à la résolution des différends par le biais du recours à la voie arbitrale mixte.

239. Les échanges semblent donc *a priori* marqués par une relative réciprocité, non

³⁵⁸ C. Crépet-Daigremont, « Les interactions normatives dans le domaine des investissements : la remise en cause du droit international par le droit de l'Union européenne », in L. Burgogue-Larsen, E. Dubout, A. Maitrot de La Motte, S. Touzé (dirs), *Les interactions normatives*, *op.cit.*, pp.167-179.

³⁵⁹ A. Pellet, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *loc.cit.*, p.269.

³⁶⁰ La décision *Commission c/ Autriche et Suède* de la CJUE, étudiant la conformité de certains instruments conventionnels bilatéraux d'investissement au droit européen, a été qualifiée d'un cas d'interactions normatives. Voir S. Touzé, « La prise en compte du droit de l'Union européenne dans l'élaboration des normes... », *loc.cit.*, p.57 et suiv.

simultanée toutefois.³⁶¹ Cette réciprocité est à relativiser, une fois que l'on réfléchit à l'évolution du degré des interactions normatives. Avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, celles-ci ont visé à coordonner des systèmes encore autonomes.³⁶² L'acquisition de la capacité conventionnelle par l'Union européenne a permis aux interactions de franchir le stade de l'harmonisation, durant lequel les États membres conservent une marge de manoeuvre tandis qu'il est procédé au rapprochement du contenu divers de leurs instruments conventionnels.

240. Il est aussi loisible de percevoir qu'à long terme l'Union européenne souhaite s'inscrire en suppléance des États membres,³⁶³ en assimilant pleinement le droit des investissements internationaux issu de leurs pratiques conventionnelles. La finalité ultime des interactions normatives impulsées par la Commission européenne serait donc l'unification des diverses politiques d'investissement étatiques, ce qui éliminerait la pluralité des systèmes juridiques et les interactions entre ces derniers, au bénéfice du seul système juridique européen.

241. L'unification n'étant pas réalisable, même en territoire européen,³⁶⁴ les interactions devraient rester au stade de l'harmonisation, ce qui signifie que la pluralité des systèmes ne sera pas éliminée. Les rapports de systèmes devraient ainsi relever de la polysystémie.³⁶⁵ Le nouvel ensemble normatif en devenir est un droit des investissements internationaux européenisé dans son mode de conclusion et son contenu. La nouvelle norme internationale en matière d'investissement international va être le résultat d'une combinaison normative, dont le modèle sera le contenu de la norme actuelle, à laquelle l'Union européenne devrait apporter des précisions. Plus qu'un emprunt, il apparaît que cette dernière souhaite *in fine* s'approprier la norme internationale créée par ses États membres.

B. La contingence juridique

242. Malgré de nombreux efforts terminologiques visant à donner à l'analyse un cadre

³⁶¹ Ainsi, nous verrons que l'influence de l'Union européenne a d'abord visé le droit matériel des investissements internationaux. Celle-ci a été initiée avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. L'influence du volet procédural de ce droit ne sera impulsée qu'à partir de l'entrée en vigueur de ce traité.

³⁶² Voir en ce sens le protocole d'accord signé entre les États-Unis et les pays d'Europe centrale et orientale.

³⁶³ Nous constaterons que l'affirmation d'une compétence exclusive en matière d'investissement étranger va dans ce sens.

³⁶⁴ M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit : tome II le pluralisme ordonné*, *op.cit.*, p.101 et suiv.

³⁶⁵ La polysystémie, concept dégagé par André-Jean Arnaud, suppose une coexistence de systèmes non exempte de rivalités. Voir A.-J. Arnaud et M.J. Fariñas Dulce, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p.301 ; F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?...*, *op.cit.*, p.198.

favorable à l'enchevêtrement des systèmes juridiques, il reste que de nombreux doutes surgissent lorsque l'on réfléchit aux résultats concrets de ces interactions normatives. Il est en ce sens ramené au fait que les rapports de systèmes juridiques se rapportent d'abord à une « mécanique quantique aux évolutions largement imprévisibles, voire potentiellement chaotiques ». ³⁶⁶ L'observation de l'attitude des divers acteurs intéressés peut ainsi laisser penser que les rapports de systèmes ne relèveront pas *in concreto* d'une symbiose. ³⁶⁷

243. En cela, nous suggérons que le thème de réflexion constitue un exemple de contingence juridique. Si les pourtours de la nouvelle réalité juridique que la Commission européenne souhaite mettre en place sont apparus avec clarté, cette volonté pourrait dans les faits tout aussi bien ne pas se concrétiser complètement ou le faire d'une manière autre que celle qui avait été anticipée. La raison à cela est la nature non spontanée des interactions normatives, ³⁶⁸ mais aussi la néophobie générale liée à tout changement.

244. Procédons à l'inventaire des difficultés de concrétisation pouvant remettre en cause le projet d'eupéanisation du droit des investissements internationaux et faire des interactions normatives un bras d'airain. Partant, il sera vu que chaque système est porteur de spécificités se transformant, dans le miroir de l'autre, en gageures pouvant contrarier le bon déroulé des interactions sans toutefois s'y opposer, qu'il s'agisse d'abord de l'Union européenne (1), puis du droit des investissements internationaux (2).

1. Les défis liés aux spécificités de l'Union européenne

245. L'Union européenne a tout intérêt à ce que l'interaction des normes se déroule sous les meilleurs auspices, afin d'eupéaniser le droit des investissements internationaux issu de la pratique conventionnelle des États membres et de devenir un acteur mondial. Toutefois, la matérialisation concrète de ce souhait est compromise par la spécificité européenne. En effet, l'organisation régionale n'est pas une réalité uniforme. Sous son appellation, se cache une diversité, vectrice de spécificités pouvant entraver l'accomplissement de ses objectifs.

³⁶⁶ E. Dubout et S. Touzé, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », *loc.cit.*, p.11.

³⁶⁷ Ainsi, l'étude oblige à dépasser l'analyse stricte des normes, pour se diriger vers la sociologie juridique.

³⁶⁸ J.-J. Pardini, « Brèves réflexions sur les interactions entre les ordres juridiques », *loc.cit.*, p.148.

246. Le projet européen est lui-même soumis à de nombreux défis quant à son avenir,³⁶⁹ comme le montre la décision du Royaume-Uni de se retirer de l'Union européenne. Plus spécifiquement et pour revenir à notre sujet, les difficultés pouvant nuire à l'approche européenne du droit des investissements internationaux sont nombreuses. Il s'agit, à l'origine, de la paradoxale problématique des divergences d'intérêts entre les États membres et les institutions européennes. **(a)** Ces divergences se traduisent ensuite sous la forme de difficultés de formalisation des compétences **(b)**. La contingence juridique est enfin accentuée par l'ambition des objectifs de l'action européenne, devant être analysés d'un point de vue critique **(c)**.

a) La question des divergences d'intérêt entre États membres et institutions européennes

247. L'obtention de la capacité conventionnelle par l'Union européenne est fondamentale pour le succès de l'approche européenne du droit des investissements internationaux. Or, elle n'est pas acquise, car des États membres peuvent tenter de s'y opposer, en refusant de transférer pleinement et effectivement leur compétence s'agissant de la conclusion des futurs accords d'investissement et en tentant de conserver leur statut procédural, lors de la résolution des différends initiée sur la base de ces accords. Ce constat a pour origine les divergences d'intérêts existant entre les États membres et les institutions européennes, problématique paradoxale.

248. Soulignons que les intérêts des États membres ne sont pas semblables. Certains États ont ainsi une position défensive, s'opposant à la création d'une diplomatie européenne. L'Allemagne et les Pays-Bas seraient, entre autre, les pays les plus opposées à l'eupéanisation du droit des investissements extra-européens. Les acteurs privés seraient du même avis.³⁷⁰ À l'opposé, les États ayant récemment adhéré à l'Union européenne souhaitent que celle-ci soit compétente en la matière, afin qu'ils disposent d'une politique d'investissement sur le modèle de celles d'autres États membres. Notre sujet d'étude peut alors être reformulé comme suit : certains États membres et leur politique d'investissement face à l'Union européenne.

249. La position défensive de certains États membres peut s'expliquer au vu de la transition

³⁶⁹ Voir le rapport du groupe de réflexion au Conseil européen sur l'avenir de l'Union européenne à l'horizon 2030, intitulé « Projet pour l'Europe à l'horizon 2030 – Les défis à relever et les chances à saisir », mars 2010, disponible à http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/Reflection_FR_web.pdf

³⁷⁰ Les propos relatifs à l'instauration d'une politique énergétique sont transposables à notre sujet d'étude. Voir C. Blumann, « Rapport introductif général », in C. Blumann (dir.), *Vers une politique européenne de l'énergie*, op.cit., pp.1-22, p.4.

de la pyramide au réseau, qui oblige à reconsidérer ce qu'est la souveraineté dans le cadre européen.³⁷¹ La raison d'État semble y avoir été remplacée par la « raison d'intégration ».³⁷² Le néologisme « subraineté » signifie ainsi que les États membres, à l'origine de l'institutionnalisation du projet européen, lui sont subordonnés.³⁷³ Une triple obligation pèse sur les États membres vis-à-vis de l'Union européenne, à savoir la coopération, la collaboration et la loyauté,³⁷⁴ dont la portée a pu être remise en cause.³⁷⁵ La méfiance de ces États membres provient également de l'attitude de la Commission européenne et de la CJUE, exprimant une volonté d'expansion hégémonique.³⁷⁶

250. Il apparaît pourtant que l'Union européenne a besoin des États membres pour l'édification de sa politique commune d'investissement. Ceux-ci sont d'abord les seuls à posséder la plénitude de la personnalité juridique internationale. Il est noté que l'action externe européenne reste encore tributaire des intérêts nationaux.³⁷⁷ Les États membres ne pourront de toute façon pas être exclus de la conclusion des futurs accords d'investissement, le conseil autorisant l'ouverture des négociations et adoptant leur conclusion.³⁷⁸ Rappelons enfin que l'Union européenne n'aura une influence sur la mondialisation que si elle parvient à parler d'une seule voix.³⁷⁹ Pour cela, il convient de réfléchir à la question de l'intérêt européen.

251. *Vice versa*, les États membres ont besoin de l'Union européenne pour réapparaître sur la scène internationale et répondre aux défis que la mondialisation pose à l'exercice de leurs compétences. Il conviendrait de ne pas d'oublier que « l'Union européenne est avant tout un puissant instrument au service de ses États membres, dans leurs efforts de préservation et de promotion des

³⁷¹ Voir B. Nabli, « L'État membre : l'hydre du droit constitutionnel européen », VIIe congrès de droit constitutionnel, AFDC, Paris, 25-27 septembre 2008, disponible à <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC1/NabliTXT.pdf>

³⁷² U. Candaş, « L'influence normative de l'Union européenne par le biais de liens conventionnels... », *loc.cit.*, p.28.

³⁷³ O. Dubos, « L'Union européenne, sphinx ou énigme ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle : études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp.29-56, p.31.

³⁷⁴ La coopération est une « obligation d'action supplétive », qui conduit les États membres à agir dans l'intérêt et pour le compte de l'Union européenne. La collaboration est fonctionnelle. Elle est relative à la fourniture d'information et au devoir d'assistance lors de la conclusion des accords internationaux. La loyauté permet de protéger la capacité autonome d'action de l'Union européenne. Voir L. Balmond, « La coopération dans les relations extérieures », *loc.cit.*, p.256.

³⁷⁵ L. Burgogue-Larsen, « La coopération interinstitutionnelle – Approche comparatiste et tentative de systématisation », in J. Auvret-Finck (dir.), *L'Union européenne, carrefour de coopération*, *op.cit.*, pp.13-28, p.15 ; M. Blanquet, « La coopération entre les États membres et les institutions communautaires », in *ibidem*, pp.115-181, p.181 et suiv.

³⁷⁶ Pour ces États, l'Union européenne a pu faire preuve de mauvaise foi dans la question de la répartition des compétences, notamment s'agissant du mandat de négociation octroyé par le Conseil à la Commission. Celui-ci est final, mais devient *in concreto* un « mandat de départ ». Voir O. Cattaneo, « Quelles ambitions pour la politique commerciale de l'Union européenne ? », *loc.cit.*, p.50.

³⁷⁷ L. Cohen-Tanugi, « L'influence normative internationale de l'Union européenne... », *loc.cit.*, p.32.

³⁷⁸ O. Cattaneo, « Quelles ambitions pour la politique commerciale de l'Union européenne ? », *loc.cit.*, p.46.

³⁷⁹ L. Cohen-Tanugi, *Quand l'Europe s'éveillera*, *op.cit.*, p.89.

b) Les difficultés de formalisation des compétences

252. Ces divergences d'intérêts invitent à se demander si certains États membres vont consentir à ce que l'Union européenne devienne un nouvel acteur du droit des investissements internationaux. Annoncer l'obtention d'une nouvelle compétence entraîne la question de sa formalisation, qui pose problème. En effet, l'action de l'Union européenne reste tributaire du ralliement des États membres. Le transfert de compétence doit être reconnu pour être une réalité. Ces derniers vont-ils effectivement transférer leur compétence ? Si oui, quand ? C'est en ce sens que les résultats de l'approche européenne du droit des investissements internationaux sont contingents.

253. Eu égard aux précédents transferts de compétence, il apparaît que les États membres ne vont pas consentir pleinement à transférer leur compétence, confortant le constat plus général selon lequel les États ne sont pas enclins à accepter des transferts de compétences vers les organisations internationales.³⁸¹ Les difficultés liées à ce processus de transfert ont été décrites sous la forme d'une transition, d'une « terre de résistances » à une « terre d'expériences ».³⁸² Avant que certains États membres conçoivent un transfert effectif de compétence, des résistances peuvent remettre en cause l'action européenne. Celles-ci sont d'abord continues, puis polymorphes, pour porter sur les conditions de mise en œuvre d'une nouvelle politique.³⁸³

254. Les résistances continues sont celles qui transitent de l'indifférence à la conscience.³⁸⁴ Ainsi, les résistances étatiques ont existé avant même que l'approche européenne du droit des investissements internationaux n'ait été lancée. Lorsque l'ignorance mutuelle des systèmes de droit a pris fin, la résistance de certains États membres est alors devenue de plus en plus explicite.³⁸⁵ La résistance a été consciente une fois « qu'il apparaît inéluctable que le droit communautaire pénètre dans les domaines relevant des politiques [...] nationales », ³⁸⁶ lors des procédés de révision formelle des traités.

³⁸⁰ U. Candaş, « L'influence normative de l'Union européenne par le biais de liens conventionnels... », *loc.cit.*, p.29.

³⁸¹ P.-M. Dupuy, *Droit international public, op.cit.*, p.4.

³⁸² V. Michel, « La difficile formalisation des compétences – L'exemple des politiques relatives aux contrôles des frontières, à l'asile et à l'immigration », *loc.cit.*, p.493.

³⁸³ *Ibidem*, p.493-503

³⁸⁴ *Ibid.*, p.493

³⁸⁵ *Ibid.*, p.493.

³⁸⁶ *Ibid.*, p.496.

255. La résistance devient par la suite polymorphe. Une nouvelle compétence est inscrite au sein des traités et ceci « marque une avancée, mais pas une disparition pure et simple des résistances nationales ». ³⁸⁷ Ainsi, la résistance prend une autre forme et vise à préciser la portée de la compétence nouvellement octroyée à l'Union européenne que celle-ci qualifie d'exclusive. Il est ainsi espéré démontrer que la nouvelle compétence ne se substitue pas aux compétences nationales. ³⁸⁸ C'est le cas, étant donné que le « saut qualificatif vers une compétence exclusive » n'est franchi qu'aux prix de la progressivité. ³⁸⁹

256. Ce n'est qu'ensuite que la terre de résistances peut se muer en une terre d'expériences. L'exercice de la nouvelle compétence est vecteur d'une expérimentation qui est à la fois institutionnelle et matérielle. ³⁹⁰ Soulignons cependant que les résultats de cette expérimentation ne peuvent pas être connus à l'avance. Le moment où certains États membres transféreront pleinement leur compétence reste également difficilement déterminable. Enfin, même si la phase d'expérimentation est lancée, cela ne signifie pas pour autant la disparition totale des résistances polymorphes, qui sont alors sous-jacentes.

c) Les objectifs européens

257. Il a été vu en introduction que l'Union européenne est caractérisée par sa volonté et son ambition, vectrices d'accomplissements qui semblent illimités et d'une finalité lointaine qui reste inconnue. Les objectifs sont d'ailleurs à la base de la construction européenne, le premier d'entre eux étant celui de créer des liens sans cesse plus étroits entre les peuples européens, qui implique pour cela la réalisation de multiples objectifs dérivés qui ont été ajoutés au fur et à mesure de l'expansion du projet européen institutionnalisé. C'est aussi en vertu de certains objectifs que l'acquisition de nouvelles compétences a été nécessaire à l'organisation régionale. ³⁹¹

258. Cette prégnance qu'ont les objectifs sur le développement du projet européen est à l'origine du lancement de l'approche européenne du droit des investissements internationaux. Ainsi, la Commission européenne espère réaliser son objectif d'affirmation de l'Union européenne sur la

³⁸⁷ V. Michel, « La difficile formalisation des compétences... », *loc.cit.*, p.499.

³⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁹ *Ibid.*, p.502.

³⁹⁰ *Ibid.*, pp.504-509.

³⁹¹ Voir E. Neframi (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

scène internationale.³⁹² L'ambition de la Commission européenne pourrait néanmoins se révéler trop grande. En ce sens, elle est une source d'incertitudes quant à la faisabilité juridique du projet, d'où le choix de caractériser notre sujet d'étude comme un exemple de contingence juridique.

259. Il convient donc d'adapter le raisonnement à ce constat. L'ensemble des propositions européennes visant l'eupéanisation du droit des investissements internationaux doit donc être étudié d'un point de vue critique, en tentant de séparer le bon grain de l'ivraie et de repérer les initiatives qui ne seront juridiquement pas réalisables, même à long terme. Ajoutons à cela que de nombreux obstacles peuvent remettre en cause l'ambition européenne.

260. L'Union européenne doit ainsi agir dans des domaines qui lui sont peu familiers,³⁹³ ce qui ne fait pas obstacle à sa volonté de s'inscrire en suppléance des États membres. S'agissant du droit matériel des investissements internationaux, la Commission européenne soutient qu'elle dispose d'une compétence exclusive en matière d'investissement étranger, direct et indirect. La question est discutée en doctrine. Les doutes visent principalement la capacité de l'Union européenne à intégrer, en tant que partie défenderesse, la voie arbitrale mixte. La Commission européenne a proposé que l'organisation régionale adhère à la Convention de Washington portant création du CIRDI. Nous soulignerons les difficultés liées à cette volonté d'adhésion.

261. Les possibilités d'eupéanisation du droit des investissements internationaux se posent. Il faut savoir si l'Union européenne en a les moyens, s'agissant notamment de l'adéquation du contenu des futurs accords avec les valeurs de l'action extérieure européenne en vertu de l'objectif européen de cohérence.³⁹⁴ L'eupéanisation pourrait être une américanisation, car les normes européennes sont fortement influencées par le droit américain.³⁹⁵ En outre, la puissance normative européenne est entravée par de nombreux facteurs, dont les contraintes et les conflits internes, mais aussi les capacités de négociations supérieures des États-Unis.³⁹⁶

262. Enfin, l'ambition européenne relative à la création d'une politique commune d'investissement est contrariée par la présence des accords d'investissement intra-européens créant

³⁹² I. Bosse-Platière, « L'objectif d'affirmation de l'Union européenne sur la scène internationale », in *ibidem*, pp.265-292.

³⁹³ E. Gaillard, « Conclusions », in C. Kessedjian et C. Leben (dirs), *Le droit européen et l'investissement*, *op.cit.*, pp.149-159, p.151

³⁹⁴ C. Hillion, « Cohérence et action extérieure de l'Union européenne », in E. Neframi, *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, *op.cit.*, pp.229-261.

³⁹⁵ L. Cohen-Tanugi, « L'influence normative internationale de l'Union européenne... », *loc.cit.*, p.36.

³⁹⁶ *Ibidem*, p.26.

une sorte de polysystémie simultanée,³⁹⁷ à la suite de l'adhésion des pays d'Europe centrale et orientale à l'Union européenne. Les tribunaux arbitraux se sont déclarés compétents sur ce fondement, ce qui signifie que des arbitres peuvent trancher des litiges relatifs aux investissements intra-européens. La Commission européenne a tenté de s'y opposer, en affirmant l'invalidité de ces traités, sans succès. La possibilité qu'un succédané de politique parallèle d'investissement, relative aux investissements intra-européens, puisse se développer est révélatrice des difficultés liées à l'europanisation du droit des investissements internationaux.

2. Les défis liés aux spécificités du droit des investissements internationaux

263. Conçu comme « droit de l'anti-hasard »,³⁹⁸ il est peu dire que l'arrivée de l'Union européenne face au droit des investissements internationaux et les aléas en découlant sont problématiques. Marqué par une autosuffisance et une forte résilience, une nature atypique³⁹⁹ et des procédures considérées comme « révolutionnaires »,⁴⁰⁰ ce droit s'applique essentiellement à la réalisation effective de ses objectifs particuliers.

264. En conséquence de ces traits caractéristiques, nombre de défis entourent les possibilités visant à altérer au niveau régional le mode de formation de la norme internationale en la matière. Il s'agit du manque d'interactions de ce droit avec d'autres disciplines juridiques, **(a)** de ses difficultés de multilatéralisation **(b)** et de la nature hautement spécifique de son versant procédural **(c)**.

a) Le manque d'interactions avec d'autres disciplines juridiques

265. Reprenons nos propos antérieurs, pour constater que la nature étanche du système constitué par le droit des investissements internationaux peut être un obstacle aux interactions de la matière avec d'autres disciplines juridiques. Les rapports de systèmes mettant en scène le droit des investissements internationaux ont été jusqu'à présent limités, mis à part peut-être s'agissant du droit commercial international. Les institutions européennes sont également restées pendant longtemps en marge du développement de ce sous-système spécialisé de droit international.

³⁹⁷ A.-J. Arnaud et M.J. Fariñas Dulce, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, op.cit., p.302.

³⁹⁸ Le droit international économique a été qualifié ainsi. Voir P. Weil, « Le droit international économique », in P. Weil, *Écrits de droit international*, op.cit., pp.67-100, p.83.

³⁹⁹ S. Robert-Cuendet, « Les investissements intra-communautaires entre le droit communautaire et les accords internationaux sur l'investissement, concilier l'inconciliable ? », loc.cit., p.858.

⁴⁰⁰ W. Ben Hamida, « L'arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural... », loc.cit., p.588.

266. Ce manque d'interactions est toutefois de moins en moins vrai. Il a en effet été souligné en introduction que le droit des investissements internationaux fait aujourd'hui face à l'influence de divers droits internationaux issus du phénomène de fragmentation, en vertu d'une dynamique d'intégration qui désormais semble prévaloir.⁴⁰¹ L'acquisition d'une compétence en matière d'IDE par l'Union européenne ne fait que confirmer le propos. Ce droit est également considéré comme la branche la plus dynamique du droit international, en pleine effervescence depuis une quinzaine d'années.⁴⁰²

267. Reste à savoir si ce système fermé va pouvoir s'ouvrir à la fertilisation croisée provoquée par l'acquisition de la capacité conventionnelle par l'Union européenne. *A priori* oui, car celle-ci dispose des moyens de s'assurer du bon déroulement des interactions, qui sont renforcées par l'obtention d'une nouvelle compétence. L'activisme de la Commission européenne s'est révélé efficient par le passé. Cela a été le cas en matière de transport aérien extra-européen,⁴⁰³ où elle a contré la résistance des États membres quant au transfert de compétence externe. En usant d'une stratégie cognitive, les États membres ont pu faire volte-face.⁴⁰⁴

268. Toutefois, les doutes restent grands quant à la portée de l'influence européenne. Quel sera alors le degré d'européanisation du mode de production et du contenu du droit des investissements internationaux ? La majorité des futurs accords devrait être conclue selon le modèle de l'accord mixte, ce qui fait que les États membres auront encore la qualité de partie signataire. Quant au contenu de ces accords, il devrait être mis en conformité avec les exigences du droit européen, *a minima* toutefois. La mise en adéquation au regard des principes et des valeurs de l'action extérieure européenne ne devrait pas être la priorité. L'européanisation ne sera donc pas complète.

b) Les difficultés de multilatéralisation

269. On se souvient des échecs liés aux nombreuses tentatives de multilatéralisation du droit

⁴⁰¹ F. Baetens, *Investment law within international law – Integrationist perspectives*, *op.cit.*

⁴⁰² S.W. Schill, « W(h)ither fragmentation? On the literature and sociology of international investment law », *EJIL*, vol.22, n°3, 2011, pp.875-908, p.875 et suiv.

⁴⁰³ Le transport aérien extra-européen est une nouvelle sphère de compétence externe des institutions communautaires. Jusqu'à l'intervention de la CJUE dans les affaires dites *Accords « ciel ouvert »*, la capacité conventionnelle appartenait uniquement aux États membres. Voir E. Neframi, *L'action extérieure de l'Union européenne – Fondements, moyens, principes*, Paris, LGDJ, 2010, pp.63-65.

⁴⁰⁴ C. Woll, « Vers des compétences externes : l'activisme de la Commission européenne en matière d'aviation internationale », *Politique européenne*, n°17, automne 2005, pp.137-158, p.154.

des investissements internationaux. Quelles sont alors les réponses pouvant être apportées par l'Union européenne à cette problématique ? Sa capacité d'action semble *a priori* grande. Remarquons en ce sens que le fonctionnement de l'Union européenne est fondé sur le multilatéralisme, qui est également promu par l'action externe européenne.⁴⁰⁵ Cela est le cas d'abord en matière commerciale. La Communauté a ainsi encouragé l'ouverture des négociations à Doha et a insisté pour que la question de la régulation des investissements étrangers fasse partie de l'agenda.⁴⁰⁶

270. D'autres éléments indiquent que l'Union européenne va pouvoir multilatéraliser le droit des investissements internationaux. La Commission européenne l'a par ailleurs évoqué.⁴⁰⁷ Le Traité sur la Charte de l'énergie est un traité multilatéral comprenant un volet investissement et auquel l'Union européenne est partie signataire. S'agissant des futurs accords d'investissement devant être négociés sur la base de la nouvelle compétence européenne, le recours au mode mixte de conclusion constitue une avancée.⁴⁰⁸ Il doit aboutir à l'accroissement du phénomène régional en droit des investissements internationaux.⁴⁰⁹ Notons que cette multilatéralisation régionale est en l'espèce réalisable, car il va de l'intérêt d'un pays tiers de conclure simultanément un accord avec vingt-sept États membres.⁴¹⁰

271. Cette sorte d'antichambre du multilatéralisme qu'est la modalité mixte de conclusion des accords n'est cependant pas pleinement satisfaisante, car les accords mixtes conservent un caractère bilatéral.⁴¹¹ Son plus grand atout est de procéder à l'harmonisation des dispositions contenues dans les accords étatiques. La révision de ces dispositions peut aussi faciliter la conclusion d'un accord multilatéral au niveau mondial, si elle s'inspire des innovations du modèle américain de TBI.⁴¹² L'eupéanisation du mode de conclusion des accords et de leur contenu

⁴⁰⁵ L'article 21 §2 h) du TUE pose comme objectif à l'action externe de l'Union européenne « de promouvoir un système international fondé sur une coopération multilatérale renforcée et une bonne gouvernance mondiale ».

⁴⁰⁶ O. Cattaneo, « Quelles ambitions pour la politique commerciale de l'UE ? », *loc.cit.*, p.43 et suiv.

⁴⁰⁷ « Dans le même ordre d'idées, sur le long terme, la possibilité de mettre en œuvre une directive multilatérale pourrait être examinée plus amplement ». Voir COM (2010) 343 final, p.8.

⁴⁰⁸ J. Griebel, « The new great challenge after the entry into force of the Treaty of Lisbon: bringing about a multilateral EU-investment treaty », *loc.cit.*, p.140; C.E. Anderer, « Bilateral Investment Treaties and the EU legal order: Implications of the Lisbon Treaty », *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 35, n°3, 2010, pp.851-882, p.881.

⁴⁰⁹ S. W. Schill & M. Jacob, « Trends in international investment agreements, 2010-2011: the increasing complexity of international investment law », in K.P. Savant (ed.), *Yearbook on international investment law & policy 2011-2012*, Oxford University Press, 2013, pp.141-179, p.165.

⁴¹⁰ J. Griebel, « The new great challenge after the entry into force of the Treaty of Lisbon... », *loc.cit.*, p.140.

⁴¹¹ Pour le cas des accords ACP, voir CJCE, 2 mars 1994, *Parlement européen c/ Conseil*, aff. C-316/91, point 69.

⁴¹² En cas de bénéfice à l'admission des standards garantis par les accords, les droits seraient uniformisés de manière transatlantique. La conclusion d'un accord multilatéral sur l'investissement serait ainsi facilitée. Voir C. Titi, « EU investment agreements and the search for a new balance: a paradigm shift from laissez-faire liberalism towards

permettrait ainsi à l'Union européenne de multilatéraliser le régionalisme créé, dans le cadre de négociations menées au sein d'un forum international, probablement l'OMC.⁴¹³

272. La nécessité de multilatéralisation effective du droit des investissements internationaux a été néanmoins relativisée.⁴¹⁴ Ainsi, il ne conviendrait pas à l'Union européenne de tenter de procéder à la résurrection de l'AMI. Il est au contraire conseillé qu'elle se consacre en premier lieu au maintien et à l'accroissement de ce multilatéralisme *de facto*,⁴¹⁵ constitué par les réseaux conventionnels étatiques. La portée et l'efficacité d'un tel multilatéralisme seront donc renforcées par la conclusion des futurs accords d'investissement par l'Union européenne, selon le modèle mixte.

c) Le caractère hautement spécifique du droit procédural des investissements internationaux

273. L'influence principale du droit des investissements internationaux vis-à-vis de l'Union européenne est la spécificité de son volet procédural, composé principalement du recours à l'arbitrage mixte. En concluant des accords d'investissement en s'adjoignant aux États membres sur le modèle de la pratique conventionnelle de ces derniers, la question de la participation de l'Union européenne en tant que partie défenderesse à la voie arbitrale mixte se pose. Il n'est pas évident que cela soit *in concreto* possible, car l'arbitrage d'investissement est conçu selon la modalité investisseur-État, non investisseur-organisation internationale.

274. Ainsi, les futurs accords d'investissement peuvent-ils accorder aux investisseurs le recours à l'arbitrage ? Rien n'est moins sûr, car la bureaucratie bruxelloise a entretenu jusqu'à présent des rapports distants avec l'arbitrage.⁴¹⁶ Son attitude vis-à-vis de ce mode de résolution des différends reste difficile à qualifier.⁴¹⁷ L'intégration de l'Union européenne à l'arbitrage mixte impose en outre de nombreuses clarifications. L'identité de la partie défenderesse doit être

embedded liberalism? », *Columbia FDI Perspectives*, n°86, 3 January 2013, p.2.

⁴¹³ S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement après le Traité de Lisbonne*, Parlement européen, Direction générale des politiques externes, novembre 2010, p.16.

⁴¹⁴ E. Chalamish, « The future of bilateral investment treaties: a de facto multilateral agreement? », *Brooklyn journal of international law*, vol.34, n°2, 2009, pp.303-354, p.317.

⁴¹⁵ *Ibidem*.

⁴¹⁶ E. Loquin et S. Manciaux, « Les propositions de l'Union européenne en matière d'arbitrage d'investissement », in P. Mayer (dir.), *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 2012, pp.153-174, p.167.

⁴¹⁷ C. Kessedjian « L'arbitrage comme mode de règlement des différends est-il remis en cause par le droit européen ? », in C. Kessedjian et C. Leben (dirs), *Le droit européen et l'investissement*, *op.cit.*, pp.107-121, p.107.

déterminée pour le cas des futurs accords mixtes. Les règles procédurales pouvant régir le déroulé des instances arbitrales sont à identifier. Remarquons cependant que l'eupéanisation du droit matériel des investissements nécessite qu'il soit fait de même quant à la voie arbitrale mixte.⁴¹⁸

275. En second lieu, les futurs accords d'investissement doivent-ils prévoir une clause d'arbitrage ? Là encore, la question est débattue. L'acquisition de la capacité conventionnelle par l'Union européenne se situe à un moment où le recours à la voie arbitrale mixte est fortement questionné. Il n'est pas certain que les réformes qui ont été et sont entreprises garantissent à ce mode de résolution des différends un avenir.⁴¹⁹

276. Preuve en est que la prévision du recours à l'arbitrage dans le futur accord de libre-échange UE-États-Unis, devant inclure un volet investissement, est controversée. Il a été ainsi rapporté que, le 11 juillet 2014, la chambre haute du Parlement allemand a souligné les risques liés à la prévision de l'arbitrage au sein de cet accord et a demandé à la Commission européenne de justifier sa démarche, dans le cadre d'une résolution.⁴²⁰ Un groupe d'universitaires a également fait part de ses préoccupations, dans une déclaration de juillet 2014.⁴²¹ Ils rappellent que le recours à la voie arbitrale mixte n'est pertinent que lorsque les systèmes judiciaires des États parties sont estimés ne pas être assez développés.

277. Si une clause d'arbitrage est insérée dans les futurs traités comme c'est le cas pour l'accord avec le Canada mais aussi avec le Vietnam, alors des tribunaux arbitraux pourront se déclarer compétents pour trancher des différends relatifs à des investissements extra-européens. Il pourrait leur falloir pour cela considérer, à divers degrés, le droit européen. Ainsi, au plan juridictionnel, notre sujet d'étude place les tribunaux arbitraux compétents face à la CJUE. Celle-ci est connue pour redouter que des juridictions internationales puissent interpréter le droit européen. Le développement de l'action externe de l'Union européenne invite à remettre en cause ce constat et des aménagements pourraient en sus être mis en place, afin d'encourager le dialogue interjuridictionnel.

⁴¹⁸ Voir COM (2010) 343 final, p.11 ; S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement international...*, *op.cit.*, p.44.

⁴¹⁹ N. Hachez & J. Wouters, « International investment dispute settlement in the twenty-first century : does the preservation of the public interest require an alternative to the arbitral model ? », in F. Baetens, *Investment law within international law...*, *op.cit.*, pp.417-449.

⁴²⁰ Voir « Opposition grandissante à l'arbitrage investisseur-État dans le TTIP », *Investment Treaty News*, 2014, p.13.

⁴²¹ Voir Statement of concern about planned provisions on investment protection and investor-State dispute settlement (ISDS) in the transatlantic trade and investment partnership (TTIP), disponible à http://www.kent.ac.uk/law/isds_treaty_consultation.html

Conclusion du chapitre préliminaire

278. En réponse à notre première problématique, il conviendra de retenir que le droit des investissements internationaux et l'Union européenne constituent deux systèmes juridiques distincts qui sont, depuis peu, en interaction. L'origine de leur confrontation est à resituer au sein des dynamiques de fragmentation et de rapprochement affectant l'ordre juridique international. La mise en exergue de leurs caractéristiques a laissé apparaître certains points de convergence, ce qui nous a permis de soutenir que ces systèmes étaient issus du phénomène de la fragmentation du droit international.

279. Ces deux systèmes se sont par la suite développés de façon parallèle, jusqu'à ce qu'ils soient amenés à se rencontrer. Afin d'expliquer ce face-à-face, nous avons proposé de rattacher la dynamique de rapprochement des systèmes au phénomène de mondialisation juridique. Plus précisément, l'accent a été mis sur la volonté de l'Union européenne de créer une politique commune d'investissement par le biais d'un transfert de compétence, devant la conduire à conclure des traités d'investissement et de participer à la résolution des différends.

280. S'agissant de la méthodologie juridique sur laquelle il conviendra de nous appuyer, l'analyse de la confrontation requiert une méthode ouverte et globalisée. Celle-ci aura pour fondement les dynamiques de comparaison et de combinaison des systèmes, la prise en compte de la pluralité et de la nature évolutive des phénomènes.

281. Suite à ces développements liminaires, poursuivons l'étude du sujet pour examiner comment l'organisation régionale va influencer le développement de ce pan du droit international économique dans son ensemble. Comme cela a déjà été explicité en introduction, nous verrons que l'action normative européenne est constituée d'une double approche, visant d'abord le droit matériel des investissements internationaux, puis le droit procédural des investissements internationaux.

Première partie : L'approche européenne du droit matériel des investissements internationaux

Seconde partie : L'approche européenne du droit procédural des investissements internationaux

Première Partie – L'approche européenne du droit matériel des investissements internationaux

282. Analyser en détail l'intervention normative européenne en matière d'investissement international nécessite d'abord de constater qu'à l'origine de notre thème d'étude, un droit international et un projet régional appartenaient à deux univers normatifs distincts. La voie conventionnelle leur a permis par la suite de se développer en s'appuyant, pour le premier, sur le droit coutumier international relatif à la condition des étrangers et, pour le second, sur la volonté politique des pères fondateurs de l'Europe.

283. Il était donc, au sortir de la Seconde Guerre mondiale, difficilement imaginable que ces initiatives isolées, au développement placé sous le sceau du parallélisme et de l'indifférence, puissent tendre vers un point d'intersection, voire vers une commune intégration.

284. Toutefois, depuis l'annonce de sa concrétisation, le projet européen se caractérise par une volonté de construction visant l'élargissement et l'approfondissement du système établi. L'approche européenne du droit des investissements internationaux ne déroge pas à ce constat. Celle-ci peut être caractérisée comme un long processus, qui a d'abord été amorcé sous l'angle du volet matériel de ce droit et qui a souhaité s'étendre par la suite à son versant procédural.

285. Plus concrètement, l'approche ou *modus operandi* de l'Union européenne se compose de deux phases : un rapprochement des institutions européennes vis-à-vis du droit matériel des investissements internationaux, prolongé par une tentative d'appropriation. Le Traité de Lisbonne en vigueur depuis le 1er décembre 2009 et les modifications qu'il porte au contenu de la politique commerciale commune constituent le référentiel de cette transition et dévoilent le passage d'un rapprochement à une appropriation, d'une compétence matérielle fragmentée à une compétence proclamée exclusive, d'un parallélisme à un face-à-face.

286. Pour saisir l'intégralité de cette évolution, les premiers développements seront consacrés à l'analyse du rapprochement, marqué par une progressive convergence normative dont l'effet est que le droit international s'est *in fine* superposé au droit communautaire, s'agissant de la régulation des investissements intra-communautaires (**Titre 1**). Par la suite, il conviendra de procéder à l'étude des possibilités d'appropriation européenne du droit matériel des investissements internationaux, à partir de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne (**Titre 2**).

Titre 1. Le droit international matériel des investissements communautaires

287. Participant à l'édification de l'ordre économique international d'après-guerre, il est bien connu que la création d'un droit communautaire a été lancée en Europe dès 1957. D'une nature économique et politique, sa visée première a été la réalisation d'un marché commun, via l'instauration de quatre libertés fondamentales au sein desquelles la matière de l'investissement international est restée longtemps en retrait. Simultanément, les États membres de l'organisation régionale ont été des précurseurs en initiant la conclusion, avec des pays tiers et hors du circuit communautaire, d'accords bilatéraux d'investissement.

288. Le droit international conventionnel issu de la pratique des États membres avait pour vocation de régir les investissements extra-communautaires, mais aussi et par la suite de s'appliquer aux investissements intra-communautaires. En effet, en raison de la politique d'élargissement du projet européen qui est dénué de rivages, certains investissements réalisés *ab initio* hors de la Communauté ont intégré le territoire de l'organisation, ce qui emporte pour conséquence que l'application du droit communautaire s'est superposée en théorie à celle du droit international conventionnel.

289. La problématique du droit international matériel des investissements communautaires est donc double. Elle est en premier lieu caractérisée par la création d'un droit matériel des investissements extra-communautaires, issu de la pratique des États membres et qui a entraîné une discrète interaction avec le droit communautaire (**Chapitre 1**). En second lieu, la problématique se distingue par son volet interne, à la suite de l'adhésion des pays d'Europe centrale et orientale. Celle-ci a révélé une collision normative entre, d'une part, le droit international conventionnel matériel des investissements, devenus intra-communautaires, et le droit communautaire lui-même, d'autre part (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. Droit international matériel des investissements extra-communautaires et droit communautaire

290. Le volet initial de la problématique du droit international matériel des investissements communautaires a pour fondement la pratique conventionnelle internationale bilatérale et souveraine des États membres de la CEE. Notons que cette pratique a permis l'établissement d'un régime de protection des investissements extra-communautaires, autour duquel s'est déroulée une relation qualifiée par le professeur Weil de « ménage-à-trois ». ¹ Pendant ce temps et parallèlement, un droit communautaire a progressivement pris forme en ignorant les développements du droit conventionnel des investissements. Ce n'est que bien plus tard que le droit international matériel des investissements extra-communautaires a été l'objet d'une volonté d'abord de rapprochement, puis d'appropriation, de la part de la Commission européenne.

291. Nous verrons donc que, jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht qui a marqué l'émergence de l'Union européenne et le départ de l'intégration politique, un droit international matériel des investissements extra-communautaires a commencé à se constituer, hors de la surveillance de l'organisation régionale, par le biais de la pratique conventionnelle des États membres (**section 1**). Par la suite, la Commission européenne s'est efforcée d'obtenir un champ complet d'intervention normative dans ce domaine, en se lançant dans l'élaboration d'une politique commune fondée sur l'acquisition de la capacité conventionnelle des États membres (**section 2**).

Section 1. Développement du droit international matériel des investissements extra-communautaires

292. Tandis que l'organisation régionale d'avant-garde était fort affairée à affirmer les pourtours de son ambitieux projet, les États membres ont fait figure de protagonistes en initiant, par voie conventionnelle, la création d'un véritable droit des investissements extra-communautaires, matière qui relevait à cette époque de leur compétence réservée (**Paragraphe 1**). En vertu de la méthodologie dégagée précédemment relative à l'étude des rapports de systèmes, il conviendra de comparer ce droit en devenir à la normativité parallèle issue progressivement du Traité de Rome (**Paragraphe 2**).

¹ Cette relation était composée en l'espèce d'un État membre de la Communauté (l'État d'origine de l'investissement), un État tiers à la Communauté (l'État hôte de l'investissement) et un investisseur possédant la nationalité de l'État d'origine de l'investissement. Voir P. Weil, « L'État, l'investisseur étranger et le droit international : la relation désormais apaisée d'un ménage-à-trois », in P. Weil, *Écrits de droit international, op.cit.*, pp.409-423.

Paragraphe 1. Prémices d'un droit des investissements extra-communautaires placées sous l'égide des États membres de la CEE

293. Interrogeons-nous sur les facteurs historiques expliquant l'éloignement des matières et donc l'absence d'une politique communautaire d'investissement, au début de l'institutionnalisation du projet européen et lors de la réalisation des premières missions de la Communauté. La compétence des États membres en matière d'investissement extra-communautaire que ce constat suppose a été exercée dans le cadre de la conclusion de traités avec des pays tiers. Progressivement, des remèdes sont apparus au sein du système juridique communautaire pour pallier ce qui a pu être considéré comme une lacune **(A)**. Par la suite, il conviendra de se rapprocher du contenu de ces traités, considérés comme les « soutènements »² du droit des investissements extra-communautaires. Pour cela, seront mises en exergue leurs dispositions de droit matériel **(B)**.

A. Raisons historiques et remèdes à l'existence d'une compétence étatique en matière d'investissement extra-communautaire

294. Jusqu'à très récemment, la matière de l'investissement international est restée la « grande oubliée »³ de l'action externe européenne, constat dont les raisons sont à rattacher aux prémices du projet européen institutionnalisé **(1)**, de même qu'à l'absence d'intérêt majeur pour le thème des investissements internationaux avant la fin du monde bipolaire. L'approche européenne du droit matériel des investissements internationaux, faisant fi de tout fatalisme, a eu pour mission de mettre fin à un tel oubli. Elle a pu pour cela s'appuyer sur la dynamique générale d'expansion des compétences communautaires, initiée très tôt dans l'histoire de la construction européenne **(2)**.

1) Les prémices de la Communauté économique européenne

295. Rappelons-nous que durant un certain temps après la signature du Traité de Rome, la CEE n'était qu'une organisation internationale à dominante intergouvernementale, fondée sur un traité-cadre et dont l'objectif était en premier lieu la mise en place progressive et l'affirmation intérieure de son système novateur. La remarque peut être attestée par le contenu de la déclaration Schuman, l'instauration de périodes de « transition » pour la concrétisation de « missions » par le

² P. Juillard, « L'accord multilatéral sur l'investissement : un accord de troisième type ? », in SFDI, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à un autre ?*, Paris, Pedone, 1999, pp.47-78, p. 51.

³ R. Torrent, *Derecho y práctica de las relaciones exteriores en la Unión Europea*, op.cit., p.81.

traité constitutif, ou encore par l'utilisation des termes de « projet », de « construction » ou de « méthode des petits pas » par la doctrine.

296. Les premières finalités du projet européen institutionnalisé ont ainsi une dimension interne et elles sont pragmatiques : reconstruire le continent et instaurer les conditions d'une paix durable au sein des diverses souverainetés, par le biais du droit et de l'économie. Pour cela, le Traité de Rome a envisagé un large champ d'intervention de la Communauté, devant créer une solidarité parmi ses États membres, d'abord par le biais de la création d'un marché intérieur.⁴ Pour se mettre en place, ce dernier a nécessité de dépasser la logique intergouvernementale et la phase d'adaptation dénommée « âge ingrat ».⁵ C'est particulièrement vrai s'agissant de la libre circulation des capitaux entre les États membres,⁶ qui présente, nous le verrons, des similitudes avec les flux d'investissement.

297. Toutefois, à ces deux finalités internes, s'ajoute la volonté des bâtisseurs européens que l'organisation régionale devienne un ensemble puissant pouvant agir sur la scène internationale,⁷ en premier lieu dans le domaine commercial. Le titre VII du Traité de Rome a ainsi *ab initio* établi ce qui est considéré comme le visage externe du marché intérieur, la politique commerciale commune. Il s'agit de l'élément consubstantiel à l'établissement d'une union douanière et d'un tarif douanier extérieur commun. Définie comme « l'ensemble des mesures destinées à régler les relations économiques avec des pays tiers »,⁸ son contenu énoncé à l'article 113 CEE était à l'origine réduit et ne comprenait donc pas la matière des investissements étrangers.⁹

298. Ce souhait de faire de la Communauté un acteur mondial a posé la question des bases juridiques de son action normative externe. Il a ainsi fallu savoir si la Communauté avait la capacité conventionnelle en matière commerciale. Notons d'abord que l'article 210 CEE attribue la

⁴ Voir les articles 2 et 3 c) du traité de Rome.

⁵ L. Burgogue-Larsen, « À propos de la notion de compétence partagée – Du particularisme de l'analyse en droit communautaire », *RGDIP*, n°2, 2006, pp.373-390, p.373.

⁶ Il a fallu attendre 1992 pour que la libre circulation des capitaux, affirmée dès 1957 mais de façon incitative, devienne effective au sein de l'ordre juridique communautaire, alors que la libre circulation des marchandises a été réalisée rapidement. Voir D. Carreau, « Les mouvements de capitaux et la construction européenne », in C. Boutayeb, J.-C. Masclat, S. Rodrigues, H. Ruiz Fabri (dirs), *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, op.cit., pp.371-376.

⁷ Cette puissance ne pouvait pas vivre en autarcie, mais devait au contraire « contribuer au développement du commerce international » par la création d'une union douanière, selon l'article 18 CEE.

⁸ P. Pescatore, « La politique commerciale », in W. Ganshof Van Der Meersch (dir.), *Traité de droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, n°2295.

⁹ L'article 113 CEE dispose que la politique commerciale commune est fondée sur des principes uniformes en ce qui concerne « les modifications tarifaires, la conclusion d'accords tarifaires et commerciaux, l'uniformisation des mesures de libération, la politique d'exportation, ainsi que les mesures de défense commerciale ».

personnalité juridique à la Communauté. La CJCE devenue CJUE a dissipé un doute, en affirmant par la suite que cette disposition comprenait la personnalité juridique internationale.¹⁰ De même, la nature des compétences externes attribuées à la communauté par le Traité CEE a été problématique, car ce texte est globalement caractérisé par un mutisme au sujet du thème de la répartition des compétences.¹¹ Ainsi, si une compétence communautaire externe en matière commerciale a bien été prévue, une période de transition de douze ans a dû être instaurée, pour que cette compétence soit progressivement transférée vers la Communauté. Les traités bilatéraux commerciaux conclus par les États membres ont dû faire l'objet d'une tentative de standardisation, dès 1969, par le Conseil.¹² L'exclusivité de la compétence des institutions communautaires dans les domaines relevant de la politique commerciale commune a été reconnue par la Cour de justice, dès 1973, dans l'arrêt *fonds social des ouvriers diamantaires*.¹³ Pour garantir l'effectivité du transfert de compétence, a été exclue toute compétence concurrente et *a fortiori* parallèle des États membres dans ces domaines, à l'exception de l'habilitation expresse obtenue par les institutions communautaires.¹⁴

299. Nous retiendrons donc qu'au départ, le Traité de Rome a attribué la capacité conventionnelle à la Communauté principalement en matière commerciale. S'agissant des autres domaines régis par le droit international dont la question des investissements étrangers, ce traité n'a fait que prévoir que la Communauté devait entretenir des relations de droit international public avec des pays tiers, sans attribuer expressément de compétence et en restant très lacunaire, ce qui a stimulé l'émergence de la dynamique d'expansion des compétences externes communautaires.

2) La dynamique d'expansion des compétences externes communautaires

300. En 1973, l'Europe des neuf a exprimé sa volonté de « jouer un rôle actif dans les affaires mondiales », ¹⁵ ce qui suppose qu'elle soit compétente dans l'ensemble des domaines des relations extérieures et qu'elle dispose d'une capacité conventionnelle élargie. Pour cela, une

¹⁰ CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil (AETR)*, aff. C-22/70, point 14.

¹¹ V. Constantinesco, « Brève note sur la répartition des compétences comme clé de la future constitution européenne », in *Mélanges en hommage à Guy Isaac - 50 ans de droit communautaire*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, vol.1, 2004, pp.155-164, p.157.

¹² Via l'article 2 de la décision 69/494/ECC, une procédure de consultation était établie, afin de prévenir une éventuelle contradiction entre ces traités extra-communautaires et la politique communautaire, mais aussi une procédure de négociation avec les pays tiers en cas de divergences, à l'article 4. Voir Décision 69/494/ECC du Conseil sur les accords relatifs aux relations commerciales des États membres et la négociation des accords communautaires, 16 décembre 1969.

¹³ CJCE, 13 décembre 1973, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders c/ NV Indiamex et Association de fait De Belder*, aff. jointes C-37 et C-38/73, point 24.

¹⁴ CJCE, 15 décembre 1976, *Donckerwolke*, aff. C-41/76, point 32.

¹⁵ Voir la déclaration sur l'identité européenne, Copenhague, 14 décembre 1973, point 9.

dynamique d'acquisition et d'expansion des compétences externes a été initiée, à l'aide de multiples instruments devant remédier aux difficultés liées au principe de spécialité qui s'applique à la CEE, selon lequel celle-ci ne dispose pas de la souveraineté normative et ne peut agir que sur le fondement d'un texte.¹⁶ Le premier outil est la dévolution explicite de compétence, suite au procédé de révision formelle du texte fondateur. Le Traité de Rome a ainsi pu être révisé pour attribuer de nouvelles compétences explicites à la communauté, par exemple en matière environnementale.

301. Au-delà des compétences externes explicites, deux vecteurs supplémentaires d'acquisition de compétences externes doivent être mis en exergue. Il s'agit tout d'abord de la dévolution implicite de compétence visée à l'article 235 CEE, prévoyant une réserve de compétence subsidiaire aussi dénommée clause de flexibilité. Encore faut-il pour cela qu'une action de la Communauté soit nécessaire pour la réalisation d'un objectif particulier.¹⁷ Cette clause a servi de base légale, dès 1972, pour l'édification de nouvelles politiques communautaires ou le développement de politiques déjà engagées.¹⁸ La Cour de justice a de même admis le recours à la clause de flexibilité afin de fonder l'intervention internationale de la Communauté, en fonction de certaines limites.¹⁹

302. La Communauté a en outre pu obtenir de nouvelles compétences par le biais de la théorie jurisprudentielle des compétences implicites. La Cour a en effet posé le principe du parallélisme entre les compétences internes et externes dans son arrêt *AETR*, selon lequel la Communauté est compétente implicitement pour conclure un accord international, si elle a auparavant adopté des mesures communes internes dans un domaine de compétence couvert par cet accord.²⁰ Soulignons que cette compétence communautaire implicitement acquise est en sus exclusive.²¹ La Commission européenne a bénéficié ainsi d'un fondement additionnel pour conclure de nombreux accords internationaux, notamment d'association.²²

303. Précisons que cette dynamique d'expansion des compétences communautaires a

¹⁶ L'article 4 du Traité de Rome dispose que « *Chaque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées par le présent traité* ».

¹⁷ L'article 235 CEE dispose que « *Si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées* ».

¹⁸ C. Philip et C. Boutayeb, « Politique commune », *loc.cit.*, p.833.

¹⁹ CJCE, 15 novembre 1994, avis 1/94, point 16.

²⁰ CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil (AETR)*, aff. C-22/70, points 16-21.

²¹ *Ibidem*, points 17-18.

²² CJCE, 30 septembre 1987, *Demirel*, aff. C-12/86, point 59.

vocation à se répercuter sur le contenu de la politique commerciale commune. La question s'est posée de savoir si ce dernier était assez flexible, pour accueillir par la suite de nouvelles notions et élargir ainsi la compétence de la Communauté en matière commerciale. La Cour a dit à ce propos pour droit que la politique commerciale commune contient une liste non exhaustive de domaines et que son contenu va au-delà de la libéralisation du commerce,²³ rappelant que cette politique est « *l'oeuvre d'une évolution graduelle* ». ²⁴

304. Face à cet accroissement du champ d'action normative externe de la Communauté, ajoutons que des rivalités persistantes entre les États membres et la Communauté sont apparues, car les premiers ont toujours souhaité conserver un large pouvoir de décision. Ils ont réclamé, en conséquence, l'application des principes de proportionnalité et de subsidiarité,²⁵ visant à préciser les modalités de l'exercice des compétences communautaires et à limiter l'intervention normative externe communautaire. La possibilité d'extension du contenu de la politique commerciale commune à d'autres domaines a également été au centre de tensions.²⁶

305. Il sera retenu qu'en matière d'investissement international, alors qu'elle ne bénéficiait pas d'une compétence explicite, progressivement la Communauté a pu agir s'agissant des questions visant l'accès au marché des investisseurs, sur la base d'une compétence externe explicite limitée et d'une compétence externe implicite.²⁷

306. La première est relative aux aspects commerciaux du droit matériel des investissements internationaux contenus dans l'ADPIC, l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, auquel la Communauté est partie. La dernière relève des compétences partagées en matière de liberté d'établissement et de libre circulation des capitaux. La Communauté

²³ CJCE, 4 octobre 1979, avis 1/78, point 43.

²⁴ CJCE, 11 novembre 1975, avis 1/75.

²⁵ Ces principes sont apparus tardivement et de façon discrète par le biais de l'Acte unique européen, avant d'être exprimés par le Traité de Maastricht. Par subsidiarité, on entend l'efficacité de l'action des institutions communautaires, en se demandant à quel niveau l'action doit être entreprise afin de mieux répondre à l'objectif en jeu et au critère de nécessité. Ainsi, les institutions communautaires peuvent agir dans des domaines relevant d'une compétence non exclusive, lorsque les objectifs sont mieux atteints au niveau communautaire. Par proportionnalité, on entend l'intensité de l'exercice de la compétence. L'action entreprise ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif recherché.

²⁶ Un débat a opposé les partisans de l'interprétation extensive aux États membres, qui ont été en faveur de l'interprétation restrictive du champ d'application de la politique commerciale commune. La CJCE a opté pour la thèse du but immédiat. Elle a rappelé que la Communauté doit avoir « *des moyens d'action allant au-delà des instruments destinés à avoir une prise sur les seuls aspects traditionnels du commerce extérieur* ». Voir CJCE, 26 mars 1987, *Commission c/ Conseil*, aff. C-45/86, point 20.

²⁷ S. El Boudouhi, « L'avenir des traités bilatéraux d'investissement conclus par les États membres de l'Union européenne avec les États tiers », *RTDE*, n°1, 2011, pp.85-115, p.105

a ainsi pu participer aux négociations relatives à l'AMI et à celles sur le traitement national placées sous l'égide de l'OCDE. La révision formelle des traités doit alors permettre d'explicitier et de formaliser les compétences existantes, mais aussi d'obtenir la compétence des États membres relative à la phase postérieure à l'investissement.

B. Exposé général des traités d'investissement extra-communautaires conclus par les États membres

307. Peu après la signature du Traité de Rome, les États membres de la CEE ont initié la conclusion d'accords internationaux en matière d'investissements extra-communautaires avec des pays tiers. Ces accords ont été dénommés par la suite traités de couverture ou *umbrella agreements*. Il s'agit de traités conclus entre pays développés et pays en développement, incitant à la conclusion de contrats d'investissement entre États hôtes et personnes privées étrangères. Le recours à la voie conventionnelle a ainsi permis d'internationaliser le droit des investissements étrangers, dont les sources étaient auparavant contractuelles et internes, puis de participer à l'essor de l'arbitrage mixte, ce que nous verrons par la suite.

308. Dans le cadre d'un exposé général de ces accords d'investissement extra-communautaires, il conviendra d'analyser leur définition et leur champ d'application (1), puis certaines de leurs dispositions relatives au traitement (2) et enfin les similitudes se dégageant de leur contenu, ce qui a donné lieu par la suite à l'apparition d'un modèle dit « européen » de TBI extra-communautaire (3).

1) Définition et champ d'application des traités d'investissement extra-communautaires

309. Ces traités, bien avant qu'ils soient dénommés TBI et qu'ils forment partie des AII, ont été conclus entre un État membre de l'organisation régionale et un pays tiers. Leur fonction est « d'encourager et de protéger les investissements réalisés par les investisseurs originaires de l'une des parties sur le territoire de l'autre ».²⁸ Pour cela, ces instruments de droit international public procèdent à la définition, « de manière généralement réciproque », d'un « régime applicable aux investisseurs et aux investissements de l'autre partie sur leur territoire et dans les zones soumises à

²⁸ J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, op.cit., p.9.

leur juridiction, s'agissant du traitement juridique, de la protection, de la garantie des investissements et du règlement des différends. »²⁹

310. Les souverainetés européennes ont été des précurseurs dans l'internationalisation du droit des investissements étrangers, puisque la première signature d'un traité de ce type avec le Pakistan est attribuée à la RFA, le 25 novembre 1959. L'initiative a été suivie par d'autres membres de la CEE.³⁰ Un *corpus* dit de « première génération » a donc pu se former, dont le contenu était entièrement porté sur la protection des investissements extra-communautaires.³¹ Cela a pu s'expliquer par les inquiétudes initiales des investisseurs allemands,³² mais aussi – en écho aux travaux onusiens visant l'établissement d'un nouvel ordre économique mondial – par la volonté de créer une *lex specialis* qui serait la vectrice des attentes des pays développés.

311. Les dispositions matérielles de ces traités sont marquées par une flexibilité et un certain laconisme. Une applicabilité étendue caractérise ainsi ces instruments conventionnels. En ce sens, *ratione materiae*, ils contiennent une ample définition de la notion d'investissement. *Ratione personae*, ils prévoient le bénéfice de la protection aux personnes physiques et aux investisseurs personnes morales.³³ Enfin, *ratione temporis*, la période décennale de validité des instruments conventionnels est étendue par renouvellement tacite et l'investissement extra-communautaire reste protégé, en cas de dénonciation unilatérale d'un traité, pour une période allant de dix à vingt ans, par l'effet des clauses de survie.³⁴

312. Face à l'augmentation croissante du nombre de ces traités extra-communautaires dont le contenu s'est révélé peu ou prou similaire, la doctrine a pu se demander si ces derniers n'ont pas eu

²⁹ J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, *op.cit.*, p.9.

³⁰ Entre 1960 et 1966, les Pays-Bas, l'Italie, l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la France ont suivi le mouvement initié par l'Allemagne. À l'exception du Royaume-Uni, ce sont les États membres fondateurs de la Communauté européenne qui ont conclu le plus grand nombre de TBI extra-communautaires. Voir CNUCED, *Définition de règles internationales en matière d'investissement*, Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, Nations Unies, New York et Genève, 2008, p.9.

³¹ P. Juillard, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994-VI, t.250, pp.9-216, pp.34-35.

³² A. de Z. Gunawardana, « The inception and growth of bilateral investment treaties », in *Proceedings of the ASIL 86th annual meeting*, 1992, pp.544-550, p.545.

³³ L'investisseur personne physique bénéficie de la protection de l'accord s'il possède la nationalité de l'État d'origine de l'investissement partie à l'accord conclu avec l'État de territorialité. Par la suite, le critère de la résidence a été pris en compte par d'autres initiatives régionales. Pour les personnes morales, plusieurs critères de rattachement sont pris en compte : le siège social, l'incorporation ou le contrôle.

³⁴ L'étude de la compétence *ratione temporis* dépend du contenu des dispositions du texte sur lequel le tribunal arbitral est saisi. En général, la date précise de survenance du différend est un critère déterminant du champ d'application temporel de l'accord. Voir G. Garriga Suau, « Los tratados bilaterales de inversiones (BITs) », en J.-L. Collantes González y B. de la Vega Justríbó (coords), *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales*, Lima, Palestra Editores, vol.2 primera edición, 2009, pp.277-330, p.300.

pour effet d'altérer le droit international coutumier dont ils participent du renouvellement. Pour cela, rappelons qu'il faut que la pratique étatique passe le test de généralité, d'uniformité et de stabilité et que soit démontrée l'existence de l'*opinio juris*. Or, c'est autour de la satisfaction de ce dernier critère que se situe le débat.³⁵

2) Dispositions relatives au traitement juridique garanti aux investisseurs par les accords extra-communautaires

313. Ouvrons l'étude des TBI extra-communautaires en examinant l'une des quatre catégories de dispositions qu'ils contiennent, celles relatives au traitement des investissements dont les effets sont contraignants vis-à-vis de l'État hôte de l'investissement. Par leur fréquence, se distinguent trois standards de traitement, destinés à s'appliquer à un investissement extra-communautaire durant la période postérieure à son admission sur un territoire étranger dénommée « post-établissement » ou « post-investissement ».³⁶ Ils garantissent la nature non-discriminatoire du traitement accordé à l'investissement et à l'investisseur étrangers sur le territoire du pays hôte.

314. Tout d'abord, le traitement de la nation la plus favorisée est l'un des plus anciens principes de droit international disséminés au sein des accords commerciaux internationaux.³⁷ Son origine est conventionnelle et sa nature relative. Il impose aux États d'étendre aux investisseurs localisés sur leur territoire les bénéfices qu'ils seraient amenés à accorder à ceux d'un État tiers signataire d'un traité concurrent. La condition est que les circonstances doivent relever du même objet.³⁸ Largement reprise dans les accords d'investissement, la portée de ce standard de traitement reste toutefois incertaine.³⁹

³⁵ Pour certains, la réciprocité *de facto* fait défaut et cela empêche l'existence d'une coutume générale. À l'opposé, une partie de la doctrine met en exergue l'élément *sive necessitatis* de l'*opinio juris* pour affirmer l'existence d'une nouvelle coutume internationale, au vu du développement phénoménal et quasi universel des accords d'investissement. Voir P. Juillard, « L'évolution des sources du droit des investissements », *loc.cit.*, p.131 ; C. Leben, « L'évolution du droit international des investissements », in SFDI, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à un autre ?*, *op.cit.*, pp.7-28, pp.25-26.

³⁶ Le droit international coutumier laisse l'entière liberté à l'État hôte s'agissant de l'admission et de l'établissement des investissements étrangers. Toutefois, « une fois l'autorisation donnée, il doit les traiter sans discrimination. Le jeu de la non-discrimination est donc limité au régime applicable à l'investissement étranger autorisé ». Voir J. Charpentier, « De la non-discrimination dans les investissements », *AFDI*, vol.9, 1963, pp.35-63, p.41.

³⁷ L'usage de ce standard de traitement remonte au XIII^e siècle. Il a atteint une valeur coutumière. À l'opposé du traitement national, il a été historiquement amplement accordé. Voir CNUCED, *Traitement de la nation la plus favorisée*, collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II, Nations Unies New York Genève, 2010, p.10 et suiv.

³⁸ En vertu du principe *ejusdem generis*, le traitement de la nation la plus favorisée ne s'applique qu'en cas de similarité d'objets. Une violation est constatée face à un traitement moins favorable en raison de la nationalité.

³⁹ Ainsi, son application aux dispositions de droit processuel des accords d'investissement a été controversée.

315. Par ailleurs, le standard du traitement national partage avec le précédent son caractère relatif, bien qu'il ait recours non plus à l'investisseur tiers de la nation la plus favorisée mais à l'investisseur national comme référentiel de comparaison. Il était à l'origine peu efficient, en raison du droit coutumier international,⁴⁰ mais aussi de sa sensibilité politique. Ceci ne l'a pas empêché, considérant ses effets,⁴¹ de constituer un traitement à obtenir ou à entourer d'exceptions. En règle générale, aucun État hôte n'accorde le traitement national à des investissements étrangers sans exceptions. Il a été constaté que celles contenues dans les accords d'investissement conclus par les États membres sont toutefois réduites.⁴²

316. Enfin, le standard du traitement juste et équitable se distingue des autres par son caractère autodéterminé, en ce que son application ne relève pas d'une comparaison avec le traitement accordé à un tiers national ou à un tiers de la nation la plus favorisée. Il s'agit un standard amplement disséminé dans le contenu des accords d'investissement mais dont la signification reste obscure.⁴³ Par conséquent, la doctrine a émis quelques pistes, selon lesquelles le traitement équivaut au standard minimum international,⁴⁴ va au-delà des exigences de ce dernier⁴⁵ ou, plus concrètement, est un conglomérat de divers éléments. Parmi ceux-ci, on retrouverait la prise en compte de la règle de droit et du *due process*, de la stabilité et de la prévisibilité, des attentes légitimes et de la transparence.⁴⁶ Au regard de la plasticité de ce standard sans équivalent en droit communautaire, tenter de délimiter sa portée est de la plus haute importance.⁴⁷

⁴⁰ Le bénéfice du traitement national n'est pas automatique. En effet, le droit coutumier international ne contient pas d'obligation de non-discrimination qui oblige un État à traiter des étrangers comme ses nationaux. Ainsi, les États d'accueil sont libres de réserver certaines activités à leurs nationaux et c'est pourquoi la clause de la nation la plus favorisée a été usitée, afin de pallier cette absence d'exigence du traitement national. *Ibidem*, p.1.

⁴¹ L'avantage du traitement national est qu'il garantit des conditions de libre concurrence à l'intérieur des frontières de l'État hôte. Voir UNCTAD, *National treatment*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, New York and Geneva, United Nations, 1999, p.3.

⁴² R. Torrent, « The contradictory overlapping of national, EU, bilateral, and the multilateral rules on foreign direct investment: who is guilty of such a mess », *Fordham international law review*, vol.43, n°5, 2011, pp.1377-1399, p.1386.

⁴³ Voir J. Ole Voss, *The impact of investment treaties on contracts between host States and foreign investors*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, p.199.

⁴⁴ Le standard minimum international est vu comme un « standard externe » qui permet aux États développés d'introduire des standards de traitement dont ils souhaitent que leurs investisseurs bénéficient sur le territoire des États hôtes. Voir M. Sornarajah, *The international law on foreign investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p.122.

⁴⁵ F.A. Mann, « British treaties for the promotion and protection of investments », *BYIL*, vol.52, 1981, pp.241-254, p.241.

⁴⁶ Voir A. Reinisch, *Recent developments in international investment law*, Paris, Pedone, 2009, p.40.

⁴⁷ Si une violation du traitement national ou du traitement de la nation la plus favorisée équivaut à une violation du traitement juste et équitable, alors les incompatibilités entre le droit des investissements internationaux et le droit communautaire sont nombreuses. Voir A. Radu, « Foreign investors in the EU – Which "best treatment"? Interactions between bilateral investment treaties and EU law », *ELJ*, vol.14, n°2, mars 2008, pp.237-260, p.241 et suiv.

3) Apparition d'un modèle dit « européen » de TBI extra-communautaire

317. La conclusion d'accords d'investissement extra-communautaire par les États membres a incité à s'interroger sur la formation d'un réseau conventionnel uniforme, d'autant plus lorsque les États-Unis se sont lancés dans la conclusion de tels accords à partir de 1975.⁴⁸ Ils ont pour cela abandonné les négociations de leurs traités d'amitié, de commerce et de navigation. Si la pratique conventionnelle des États membres de la Communauté a pu inspirer les autorités américaines, ces dernières ont su donner un nouvel élan à la matière, ce qui a amené par la suite la doctrine à se référer à un modèle « européen » de TBI,⁴⁹ par contraste avec un modèle « américain » en devenir.

318. Compte tenu de l'arrivée étasunienne tardive dans le processus de conclusion d'accords d'investissement, la pratique conventionnelle américaine est constitutive de la deuxième génération de conventions. Celle-ci accorde la primauté au traitement,⁵⁰ *a contrario* du modèle européen largement inspiré de la convention Abs-Shawcross qui est resté fixé sur la protection.⁵¹ En ce sens, les accords d'investissement conclus par les États-Unis confèrent un droit d'entrée sur le territoire de l'État importateur, pour favoriser la circulation des investissements étrangers.⁵² Ils appliquent ainsi les standards de traitement à la phase antérieure à l'investissement.⁵³

319. Les dissemblances sont aussi apparentes quant à la forme des instruments conventionnels américains, qui accordent plus de précisions et de détails dans la rédaction des règles de protection,⁵⁴ mais aussi une extension de l'application du traitement national à la phase antérieure à l'investissement, en rattachant le droit d'admission – localisé en préambule dans les TBI

⁴⁸ K.J. Vandeveld, « The BIT program: a fifteen-year appraisal » in *Proceeding of the ASIL 86th annual meeting*, 1992, pp.532-540; P. Juillard, « L'évolution des sources du droit des investissements », *loc.cit.*, p.163.

⁴⁹ Par le phénomène de modélisation conventionnelle, on entend la pratique des États consistant à se référer à un traité-type dit « texte de négociation » usité lors de leurs négociations avec les pays tiers, entraînant alors un phénomène d'harmonisation conventionnelle. Voir P. Juillard, *ibidem*, p.120 et suiv.

⁵⁰ P. Juillard, « L'accord multilatéral sur l'investissement : un accord de troisième type ? », *loc.cit.*, p.59.

⁵¹ Le modèle Abs-Shawcross est une initiative anglo-allemande de 1959, participant d'un « effort concerté afin de conférer au droit de propriété une reconnaissance internationale qui se dérobait ». Il a servi de base au projet de l'OCDE de convention sur la protection des biens étrangers. Voir P. Juillard, « L'évolution des sources du droit des investissements », *loc.cit.*, p.105.

⁵² La libéralisation des investissements « a été cause de la différenciation des modèles conventionnels en deux groupes ». La période antérieure à l'établissement ou à l'investissement correspond, dans la rédaction des clauses, à l'insertion des termes « établissement », « acquisition » et « expansion ». *Ibidem*, p.159.

⁵³ Le modèle américain contient des droits d'établissement de l'investisseur étranger selon la politique de la porte ouverte, avec des exceptions sous la forme d'une *negative list*, dont notamment l'exception de sécurité. Au contraire, le modèle européen est considéré comme plus orienté vers la souveraineté des États, car il promeut le contrôle de l'admission de l'investissement par l'État hôte. *Ibidem*, pp.161-165.

⁵⁴ « Le modèle mis au point par les États-Unis se présente comme un modèle développé, dont les stipulations se décomposent en de nombreux paragraphes et alinéas, comme si, en définitive, il s'agissait de tout prévoir, par une énonciation aussi minutieuse que possible. » *Ibidem*, p.128.

extra-communautaires – aux dispositions sur le traitement national.⁵⁵ Face à ces développements, il apparaît avec évidence que le modèle européen de TBI extra-communautaires laisse une place importante au pouvoir d'interprétation des tribunaux arbitraux.

320. L'émergence d'un modèle américain de TBI présente donc l'atout de s'interroger sur la pertinence de la pratique conventionnelle des États membres de la Communauté, qui est peu ou prou similaire. Il sera retenu que le modèle formé par les TBI extra-communautaires constitue le support d'un droit matériel des investissements extra-communautaires, pouvant servir de base à l'établissement d'une politique européenne d'investissement. En accord avec la méthodologie précédemment dégagée, il convient désormais de comparer ce droit à la normativité parallèle issue du Traité de Rome, en analysant le régime juridique applicable aux investissements intra-communautaires.

Paragraphe 2. Étude comparative du droit international matériel des investissements extra-communautaires au regard du droit communautaire

321. Dans un contexte « d'ignorance mutuelle »,⁵⁶ un parallélisme normatif a pu s'établir progressivement. Il est le résultat de la conclusion d'accords d'investissement par les États membres et du développement du droit communautaire visant la réalisation d'un marché intérieur, au sein duquel les capitaux doivent librement circuler. On comprend que le premier de ces *corpus* normatifs a vocation à régir les relations d'investissement entre les États membres et les pays tiers, alors que le second envisage les relations d'investissement entre les États membres, avant que ce net schéma ne gagne en confusion par l'effet de la politique d'élargissement de la Communauté.

322. À travers une démarche entreprise en doctrine,⁵⁷ procédons à la comparaison des droits et tentons de répondre à deux questions : existe-t-il un droit communautaire substantiel applicable

⁵⁵ P. Juillard, « L'évolution des sources du droit des investissements », *loc.cit.*, p.179.

⁵⁶ C. Leben, « Introduction », in C. Kessedjian et C. Leben (dirs), *Le droit européen et l'investissement*, *op.cit.*, pp.15-24, p.15.

⁵⁷ T. Georgopoulos, « L'investissement en droit communautaire : existe-t-il un droit communautaire de l'investissement ? », in H. Causse et M. Sinkondo (dirs), *Le concept d'investissement, Regards croisés des droits interne, international et communautaire*, *op.cit.*, pp.49-57 ; S. Robert-Cuendet, « Les investissements intra-communautaires entre le droit communautaire et les accords internationaux sur l'investissement, concilier l'inconciliable ? », *loc.cit.* ; L. Azoulai et W. Ben Hamida, « La protection des investissements par le droit primaire – droit conventionnel des investissements et droit primaire communautaire : étude comparée des régimes et des approches », in C. Kessedjian et C. Leben (dirs), *Le droit européen et l'investissement*, *op.cit.*, pp.69-88 ; C. Vadcar, « Un cadre communautaire pour l'investissement ? », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, n°448, mai 2011, pp.332-342 ; L. Mola, « Which role for the EU in the development of international investment law? », Society of international economic law (SIEL), Inaugural conference, Geneva, 2 July 2008, pp.1-22.

aux investissements intra-communautaires, peu ou prou similaire au droit international ? Si oui, ce droit communautaire poursuit-il des objectifs identiques ? L'analyse des rapports de convergence et de divergence des droits nous fera constater qu'en droit matériel, la norme conventionnelle et la norme communautaire sont relativement similaires s'agissant de la période antérieure à l'investissement (A), mais distinctes quant à la phase postérieure à l'investissement (B).

A. Une convergence des droits s'agissant de la phase antérieure à l'investissement

323. Si la proximité entre les deux *corpus* normatifs peut surprendre, celle-ci se situe pourtant dans la régulation de la période antérieure à l'investissement réalisée par le biais d'instruments communs, bien que pour l'accomplissement d'objectifs différents. Ainsi, les deux ensembles normatifs visent *in fine* à valoriser la liberté d'investissement, mais avec une efficacité distincte. La liberté d'investissement peut être vue comme une composante spécifique de la liberté économique, en ce qu'elle promeut la libéralisation des IDE afin de faciliter leur établissement à l'étranger.⁵⁸

324. En réalité, cette liberté est favorisée par le droit communautaire, mais sous une conception différente de celle du droit international, en raison de la volonté de la CEE d'établir un système d'intégration.⁵⁹ Alors que le concept d'investissement est peu analysé par le droit communautaire,⁶⁰ les deux *corpus* normatifs militent donc en faveur d'une liberté d'investissement effective (1), mais le droit régional, en raison de sa nature duale et « communautaire »,⁶¹ se distingue en adjoignant à cette liberté un encadrement (2).

1) Une promotion de la liberté d'investissement commune aux deux *corpus* normatifs

325. La liberté d'investissement, promue par les clauses d'admission des accords

⁵⁸ Voir OCDE, *Perspectives d'investissement international 2007 - Liberté d'investissement dans un monde en changement*, OCDE, 2009, p.63.

⁵⁹ Voir L. Azoulai et W. Ben Hamida, « La protection des investissements par le droit primaire... », *loc.cit.*, p.88 ; J. Dutheil de la Rochère, « Quel rôle pour la Cour de Justice ? », in C. Kessedjian (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, Paris, éd. Panthéon-Assas Paris II, 2011, pp.37-45, p.37 ; CNUDCI, *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius c. République slovaque*, décision sur la compétence, 30 avril 2010, §75.

⁶⁰ T. Georgopoulos, « L'investissement en droit communautaire... », *loc.cit.*, p.49.

⁶¹ L'adjectif « communautaire » est dérivé de la notion de « commun », qui « renvoie à l'idée d'usage ou de propriété partagée ». Par ailleurs, « ce qui est propre à l'ensemble des personnes de cette collectivité, qui s'applique de façon identique à ce groupe qui partage un mode de vie collectif, est communautaire ». Voir P.-Y. Monjal, « À la recherche d'une notion perdue : le "commun" », in P.-Y. Monjal et E. Neframi (dirs), *Le commun dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp.7-31, p.16.

d'investissement extra-communautaire, est aussi encouragée par le droit communautaire. Celui-ci allie, à la manière du droit international, la mobilité des facteurs de production à la condition des étrangers,⁶² par le recours aux principes de libre circulation des capitaux⁶³ et de liberté d'établissement, auxquels est appliqué un standard de traitement, celui de non-discrimination. Malgré une filiation certaine, précisons que les notions de « capital », d'« établissement » et de « non-discrimination » ont une signification particulière en droit communautaire.

326. Le Traité de Rome et son article 67 CEE ne délivrent aucune définition de la notion de mouvement de capitaux. La directive « pour la mise en œuvre de l'article 67 du Traité CEE », 88/361/CEE, du Conseil, du 24 juin 1988, contient en annexe I une nomenclature des mouvements de capitaux, qui retient une interprétation extensive de la notion. Même si les mouvements de capitaux sont à la base des investissements, les deux notions ne se recoupent pas totalement. Ainsi, la notion de mouvement de capitaux possède une portée plus large. Des investissements peuvent être réalisés sans mouvement de capitaux, comme c'est le cas des apports en nature.⁶⁴

327. La liberté d'établissement rejoint la libre circulation des capitaux, dans le cas des investissements directs caractérisés par une certaine durée. La Cour de justice a défini la liberté d'établissement, sur la base de l'article 52 CEE, comme la « *possibilité pour un ressortissant communautaire de participer, de façon stable et continue, à la vie économique d'un État membre autre que son État d'origine* », et d'en tirer profit, favorisant ainsi « *l'interpénétration économique et sociale à l'intérieur de la Communauté dans les domaines des activités non salariées* ». ⁶⁵ La liberté d'établissement vise une installation sur le territoire d'un État membre et a donc pour base la présence permanente, comme la liberté d'investissement conventionnelle. Toutefois, la coïncidence n'est pas parfaite car certains investissements ne nécessitent pas une présence permanente, comme c'est le cas des investissements de portefeuille, protégés par les accords d'investissement.⁶⁶

328. L'égalité de traitement, fondée sur l'article 12 TCE, est l'un des principes fondateurs de la construction européenne, qui irrigue l'ensemble du droit communautaire et qui participe du système d'intégration. On parle aussi de façon négative du principe de non-discrimination, qui

⁶² Voir D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, *op.cit.*, p.432 et suiv.

⁶³ Le principe de libre circulation des capitaux est également promu par le Code de l'OCDE de 1961.

⁶⁴ Voir P. Juillard, « Freedom of establishment, freedom of capital movements, and freedom of investment », *ICSID Review - FILJ*, vol.15, n°2, 2000, pp.323-339, p.335; E.C. Schlemmer, « Investment, investor, nationality and shareholders », in P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer (eds), *The Oxford handbook of international investment law*, Oxford University Press, 2008, pp.49-88, p.58 et suiv.

⁶⁵ Voir CJCE, 21 juin 1974, *Reyners*, aff. C-2/74 ; point 21.

⁶⁶ Voir P. Juillard, *ibidem*, p.331 et suiv.

implique que « *les situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée* ». ⁶⁷ L'exigence de non-discrimination, en droit communautaire, est fondée sur le traitement national. Sa portée va bien au-delà de l'exigence de traitement national des accords d'investissement, puisqu'elle s'applique à la phase antérieure à l'investissement et à la phase postérieure. La spécificité du droit des investissements est qu'il ajoute à l'exigence du traitement national celle de la nation la plus favorisée, pour permettre une égalité entre les investisseurs étrangers. Le droit communautaire ne contient pas une telle règle et nous aurons l'occasion de revenir sur ce point par la suite.

329. S'agissant des finalités de la liberté d'investissement, elles sont divergentes. Les accords d'investissement extra-communautaires ont été conclus en premier lieu pour s'assurer que les investissements établis seraient protégés du pouvoir normatif des pays hôtes. La liberté d'investissement était une question subsidiaire, car la demande d'investissement dans ces territoires était forte. À l'opposé, le droit communautaire est irrigué par les dynamiques d'autonomie et d'intégration, cela afin de mettre en place un marché unique au sein du territoire européen parmi lequel la liberté d'investissement est fondamentale.

330. Quant à l'efficacité de la promotion de cette liberté, le droit communautaire se distingue, car en vertu du principe de non-discrimination il accorde un droit d'entrée et va donc au-delà de la coutume internationale, qui reconnaît le droit aux États de limiter l'entrée aux investissements étrangers sur leur territoire. Le droit communautaire retient une conception « plus libérale, d'assimilation de l'étranger au national » ⁶⁸ au sein du territoire communautaire et les libertés de circulation ont progressivement gagné en efficacité par le biais du droit dérivé. ⁶⁹ À l'opposé, les accords d'investissement extra-communautaire n'ont pas pour première finalité de garantir la liberté d'investissement. La clause d'admission qu'ils contiennent n'a pas de valeur contraignante, étant située dans le préambule des accords.

331. La valorisation de la liberté d'investissement constitue donc un pilier commun au droit conventionnel international comme communautaire, avec toutefois des différences particulières

⁶⁷ Voir CJCE, 19 octobre 1977, *Ruckdeschel c/ Hauptzollamt Hamburg-St Annen*, aff. jointes C-117/76 et C-16/77, point 7.

⁶⁸ C. Nourissat, *Droit communautaire des affaires*, Paris, Dalloz, 2e éd., 2005, p.94.

⁶⁹ Notons que la libre circulation des capitaux, plus que les trois autres libertés, a été mise en place de façon graduelle, par le biais de directives, dont la première date de 1960. Cette liberté communautaire d'investissement a été construite, pour un auteur, de façon « clandestine ». Voir T. Georgopoulos, « L'investissement en droit communautaire... », *loc.cit.*, p.50.

dues au caractère intégrateur du droit régional. S'agissant de la libéralisation, il convient d'affirmer que droit communautaire et droit international sont non seulement proches mais aussi plus complémentaires que contradictoires, dans l'hypothèse où ils pourraient un jour coordonner leurs effets, bien que le droit communautaire ajoute à la liberté d'investissement la dimension d'encadrement.⁷⁰

2) Un encadrement de la liberté d'investissement propre au droit communautaire

332. La liberté d'investissement communautaire présente une bipolarité, puisque le droit communautaire souhaite apporter des limitations à cette liberté, par des considérations d'intérêt général et par une volonté d'harmonisation et de réglementation. Sur la base d'objectifs que les TBI extra-communautaires ne contiennent pas, un encadrement communautaire dit « négatif » et « positif » de cette liberté doit être souligné.⁷¹ Cet encadrement est exécuté par des « moyens complexes et polyvalents »,⁷² relevant de l'analyse économique du droit.⁷³

333. S'agissant de l'encadrement négatif, il vise la protection de l'intérêt général et une mise en cohérence de cette liberté vis-à-vis de l'ensemble des politiques communautaires. Pour cela, le droit communautaire conçoit la liberté d'investissement comme un instrument d'intervention publique.⁷⁴ Les mesures de gel introduites par le Traité de Maastricht, visant les mouvements de capitaux pouvant porter atteinte à l'ordre public, sont à relever.⁷⁵ En outre, le droit communautaire souhaite garantir le libre jeu de la concurrence, et pour cela il encadre tant les investissements publics – en empêchant l'octroi d'aides d'États aux entreprises – que privés, en interdisant les ententes et en contrôlant les concentrations qui pourraient constituer des abus de positions dominantes.⁷⁶

334. Au regard de l'encadrement dit positif, il a pour objectif le renfort de la dynamique d'intégration. L'investissement est ici conçu comme un droit,⁷⁷ pour permettre la construction du marché intérieur, notamment dans le domaine des services financiers via une consolidation

⁷⁰ T. Eilmansberger, « Bilateral investment treaties and EU law », *CMLR*, vol.46, n°2, 2009, pp.383-429, p.407.

⁷¹ T. Georgopoulos, « L'investissement en droit communautaire... », *loc.cit.*, p. 54 ; COM(2005) 4080, Investissements intra-UE dans le secteur des services financiers, 21 octobre 2005.

⁷² T. Georgopoulos, « L'investissement en droit communautaire... », *loc.cit.*, p.50.

⁷³ *Ibidem*, p.57.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*, p.55.

⁷⁶ *Ibid.*, pp.54-56.

⁷⁷ *Ibid.*, p.57.

transfrontalière.⁷⁸ À cet effet, ont été lancés, par le biais de directives communautaires, une harmonisation et un encadrement des activités de services d'investissement, visant la sécurisation de l'exercice de la liberté d'investissement intra-communautaire.⁷⁹ Des règles prudentielles ont été émises, s'agissant notamment du contrôle des autorités nationales sur les entités d'investissement et des garanties d'indemnisation des investisseurs.

335. Par le recours à la voie conventionnelle au niveau régional, il est loisible de constater qu'une plus grande efficacité a pu être atteinte dans la réalisation d'objectifs divers. Cela est dû aux similitudes au sein des États membres, qui permettent de mettre l'accent sur la liberté d'investissement et remettent en question la nécessité d'une protection des investissements telle qu'assurée par les accords d'investissement extra-communautaire. Si les deux *corpus* ne convergent guère s'agissant de la finalité de la liberté d'investissement, c'est encore moins le cas s'agissant de la régulation de la phase postérieure à l'investissement, au sein de laquelle la protection accordée aux investissements est inconnue du droit communautaire.

B. Une divergence des droits s'agissant de la phase postérieure à l'investissement

336. Un éventuel droit communautaire des investissements intra-communautaires partage des bases similaires avec le droit des investissements extra-communautaires s'agissant de la phase antérieure à l'investissement. Toutefois, ce droit communautaire s'est *ab initio* construit sans se référer à l'objectif cardinal de protection relatif à la phase postérieure à l'investissement, tel qu'exprimé par les dispositions des accords d'investissement extra-communautaires.

337. Constituant l'une des différences fondamentales entre les deux *corpus* normatifs, l'absence de cette dimension en droit communautaire est d'abord la conséquence du manque de compétence des institutions communautaires durant la phase de post-établissement en matière d'investissement extra-communautaire. Elle provient également du caractère superflu, pour les instances communautaires, qu'une telle protection aurait s'agissant des investissements intra-

⁷⁸ F. Leplat, « Libre circulation des capitaux au sein de la Communauté européenne », in P. Daillier, G. de la Pradelle et H. Ghérari (dirs), *Droit de l'économie internationale*, Paris, Pedone, 2004, pp.721-726, p.741.

⁷⁹ Voir Directive 93/6/CEE du Conseil, du 15 mars 1993, sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit ; Directive 97/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 3 mars 1997, relative aux systèmes d'indemnisation des investisseurs ; Directive 85/611/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) ; Directive 93/22/CEE du Conseil, du 10 mai 1993, concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières.

communautaires, puisque s'applique pour ces derniers le standard du traitement national.⁸⁰

338. À partir de son admission sur le territoire de l'État tiers hôte, l'investissement extra-communautaire peut être amené à souffrir des risques politiques. Des dispositions de protection de l'investissement ont donc été insérées dans les accords d'investissement. Elles sont sans équivalent en droit communautaire, car aux antipodes d'un système d'intégration fondé sur la confiance.⁸¹ Exposons les dispositions de ces accords, prévoyant une protection en droit matériel **(1)** et en droit processuel **(2)**.

1) Dispositions des accords d'investissement extra-communautaires accordant une protection en droit matériel

339. Pour attirer les investissements en territoire étranger, les garanties de protection accordées par les accords d'investissement extra-communautaires apportent une réponse aux risques politiques, ceux-ci étant tant juridiques que physiques. La première garantie est celle de la protection contre l'expropriation sans compensation. À l'issue d'un houleux débat Nord-Sud, le pouvoir des États a été encadré quant aux mesures dont l'effet est expropriatoire,⁸² en posant les conditions de leur légalité. Ainsi, les mesures doivent être non-discriminatoires, pour un besoin d'utilité publique et accompagnée de l'octroi d'une indemnité. Ce dernier est lui-même soumis à un encadrement.⁸³

340. Le standard de protection pleine et entière protège quant à lui l'existence et la consistance de l'investissement, contre toute atteinte physique exercée par des acteurs non étatiques. Il impose une obligation, dont la portée a fait débat,⁸⁴ aux pays hôtes de prendre les mesures visant

⁸⁰ Étant donné l'homogénéité des niveaux de développement des États fondateurs, le droit communautaire a immédiatement procédé à l'étape de la libéralisation, en considérant aussi bien les agissements de l'État d'origine que ceux de l'État hôte. Voir L. Azoulai et W. Ben Hamida, « La protection des investissements par le droit primaire... », *loc.cit.*, p.88.

⁸¹ B. Poulain, « L'investissement international : définition ou définitions ? », in P. Kahn & T.W. Wälde (dirs), *Les nouveaux aspects de droit des investissements internationaux...*, *op.cit.*, pp.121-150, p.143.

⁸² On rappelle que l'expropriation provient d'une mesure administrative visant la préhension d'une propriété d'un particulier. Elle peut être directe, si elle vise un transfert du titre de propriété, ou indirecte, si elle dévalue l'investissement sans transfert de propriété. Voir A. Lowenfeld, *International economic law*, Oxford, Oxford University Press, 2nd edition, 2008, pp.559 et suiv.

⁸³ La formule de Hull, reprise par les pays occidentaux, prévoit que la compensation doit être « prompte, adéquate et effective », ce qui correspond à un paiement effectué dans un délai raisonnable, librement transférable et échangeable, en fonction de la valeur vénale. La détermination du *quantum* de compensation dépend de la nature de la mesure. Dans le cas d'une mesure illégale, doivent être compensés le manque à gagner, ou *lucrum cessans*, ainsi que la perte éprouvée, le *damnum emergens*. *Ibidem*, pp.475-481.

⁸⁴ La signification et la portée de cette clause ont fait l'objet de débats, notamment dans la sentence arbitrale *AAPL c/*

à empêcher la destruction de l'investissement étranger lors de soulèvements ou de conflits armés. Malgré les tentatives d'aller au-delà,⁸⁵ le droit de la responsabilité des États reconnaît que ceux-ci n'ont pas d'obligation de résultat visant à empêcher une interférence, seulement un devoir de « diligence requise » incitant à prendre les mesures nécessaires et appropriées.⁸⁶

341. Par ailleurs, l'interdiction des mesures discriminatoires et/ou arbitraires protège la valeur de l'investissement, cette fois-ci contre toute atteinte juridique provenant du pays hôte. Le standard oblige ce dernier à ne pas porter atteinte aux investissements par le biais de mesures étatiques discriminatoires d'une part et/ou arbitraires de l'autre.⁸⁷ D'un effet surabondant, ce standard de protection n'est pas de premier ordre. Parfois absent du contenu des accords d'investissement, il intervient en complément d'autres standards plus fréquemment invoqués.⁸⁸

342. Ultime standard de protection qui partage la même finalité que le principe communautaire de libre circulation des capitaux, la clause de libre transfert vise les mesures étatiques qui ont pour effet de restreindre les transferts de capitaux effectués entre l'État hôte et l'État d'origine des investissements. La clause se caractérise par un large champ d'application et l'instauration de délais de transfert.⁸⁹ Elle se distingue du droit communautaire, en ce qu'elle ne s'applique qu'aux investissements déjà établis et qu'elle est inconditionnelle, ce qui est une source de tensions avec le droit régional.

Sri Lanka. Pour la société AAPL, la clause de protection pleine et entière allait au-delà de ce que requérait le droit international, en créant une responsabilité étatique absolue. Le tribunal arbitral a fait usage des principes de la convention de Vienne sur le droit des traités, pour rejeter cette thèse de la responsabilité absolue. Voir P. Rambaud, « Des obligations de l'État vis-à-vis de l'investisseur étranger : la sentence CIRDI du 27 juin 1990, Société Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) c. Sri Lanka », *AFDI*, vol.38, 1992, pp.501-510.

⁸⁵ A. Lowenfeld, *International economic law, op.cit.*, p.558.

⁸⁶ « Il n'est pas possible de voir dans l'octroi "de la protection et de la sécurité ... constantes" prévu à l'article V la garantie qu'un bien ne sera jamais, en quelque circonstance que ce soit, l'objet d'une occupation ou de troubles de jouissance ». Voir CIJ, 20 juillet 1989, *Elettronica Sicula* (États-Unis c. Italie), §108.

⁸⁷ Via l'interdiction des mesures discriminatoires, l'investissement est protégé de toute mesure impliquant un traitement différencié par rapport à un autre investisseur placé dans une situation similaire. Cette discrimination peut être fonction de la nationalité. Quant à l'arbitraire, pour la Cour de La Haye, ce « n'est pas tant ce qui s'oppose à une règle de droit que ce qui s'oppose au règne de la loi. [...] Il s'agit d'une méconnaissance délibérée des procédures régulières, d'un acte qui heurte, ou du moins surprend, le sens de la correction juridique. » Voir A. Reinisch, *Recent developments in international investment law, op. cit.*, p.31 ; CIJ, 20 juillet 1989, *Elettronica Sicula*, §128.

⁸⁸ A. Reinisch, *ibidem*, p.33.

⁸⁹ Son champ d'application matériel est très large, puisque la clause couvre les salaires, les emprunts et intérêts mais aussi le désinvestissement, c'est à dire le produit de la liquidation d'un investissement, dont le rapatriement des bénéficiaires. S'agissant des délais de transfert, les accords d'investissement contiennent une référence à l'expression « sans retard » et certains ajoutent un délai de six mois.

2) Dispositions des accords d'investissement extra-communautaires accordant une protection en droit processuel

343. L'octroi de ces dispositions de droit matériel impliquait la désignation d'un for idoine, capable de les interpréter et de les appliquer, en cas d'un différend investisseur-État. Afin d'éviter d'éventuels dénis de justice, il a été jugé préférable que l'investisseur puisse avoir accès à un juge neutre et spécialiste des investissements internationaux, incarné par la personne de l'arbitre international. Pour cela, il fallait s'assurer qu'un investisseur alléguant une violation des dispositions matérielles d'un accord d'investissement puisse attirer le pays hôte de son investissement à l'arbitrage sur ce fondement.

344. Pour cela, des clauses de résolution des différends ont été progressivement ajoutées aux dispositions matérielles des accords d'investissement extra-communautaires. Ces clauses procédurales se réfèrent entre autre au recours aux tribunaux arbitraux selon une modalité privée de résolution des différends, ce qui constitue pour la doctrine et les tribunaux arbitraux la divergence fondamentale entre le droit international et le droit régional.⁹⁰ Plus précisément, est prévue la résolution du différend par la voie amiable durant un délai de six mois, puis le recours à un tribunal arbitral - ou au juge national - en cas d'échec des négociations. Signalons d'emblée que l'investisseur préfère avoir recours à la voie arbitrale, pour délocaliser la résolution du différend vis-à-vis de la compétence du for étatique.

345. Le recours à l'arbitrage sur le fondement des accords d'investissement a aussi été favorisé par l'insertion de clauses dites de « respect des engagements »,⁹¹ en vertu desquelles les États s'engagent à honorer l'ensemble de leurs obligations en relation avec un investissement, qu'elles soient conventionnelles ou contractuelles. Il est alors possible d'étendre la compétence du juge du traité au contentieux du contrat, ce qui permet un regroupement procédural qui présente des avantages.

346. Les diverses interprétations de la clause n'ont pas permis de dégager sa portée avec

⁹⁰ J. Dutheil de la Rochère, « Quel rôle pour la Cour de justice ? », *loc.cit.*, pp.37-38 ; CNUDCI, *Eastern Sugar BV c. République tchèque*, SCC affaire No. 088/2004, sentence du 27 mars 2007, §165, repris au §77 de la sentence arbitrale *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius*.

⁹¹ On retrouve cette clause, désignée par une multitude d'appellations, à l'article 2 de la convention Abs-Shawcross, dans le premier accord d'investissement conclu entre l'Allemagne et le Pakistan et à l'article 2 de la Convention de l'OCDE de 1967. Ce dernier, intitulé « Respect des engagements », précise que « *Chacune des parties assure le respect des engagements assumés par elle à l'égard des biens des ressortissants de toute autre Partie* ».

clarté.⁹² Toutefois, il sera retenu, selon l'interprétation majoritaire et en l'attente d'une clarification,⁹³ qu'une violation d'un contrat d'investissement entre un État hôte et un investisseur étranger peut être équivalente à une violation d'un accord d'investissement contenant une clause parapluie.

347. En réponse à nos interrogations, il n'est pas pertinent de soutenir que le droit communautaire matériel applicable aux investissements internationaux est dépourvu de substance. En occultant théoriquement le volet procédural,⁹⁴ il convient de souligner la similarité, reconnue par la Commission européenne elle-même,⁹⁵ et la complémentarité des deux *corpus*. Retenons que la juxtaposition est encore théorique à ce stade du raisonnement mais qu'elle n'a pas tardé à gagner en matérialité, car l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht marque le départ de l'élaboration d'une politique commune d'investissement.

Section 2. Prémices de l'élaboration d'une politique commune d'investissement par la Commission européenne

348. Après l'effondrement du bloc communiste, le Traité de Maastricht a marqué un tournant dans l'histoire de la construction européenne. Ce texte se caractérise par un redéploiement de la force d'intégration, l'ajout de la dimension politique au projet européen et une volonté renouvelée de faire de l'organisation régionale un acteur mondial. Au même moment, le droit des investissements internationaux a commencé son envol, pour devenir un droit transnational, par l'effet de l'arrivée de nouveaux acteurs et de l'augmentation des d'accords d'investissement qui ont pris par la suite la dénomination de TBI.⁹⁶

349. Ces changements contextuels se sont répercutés sur le sort du droit matériel des investissements extra-communautaires tel qu'issu de la pratique conventionnelle des États membres.

⁹² S. Lemaire, « La mystérieuse *umbrella clause* – Interrogations sur l'impact de la clause de respect des engagements sur l'arbitrage en matière d'investissements », *Rev. arb.*, n° 3-4, 2009, pp.479-502.

⁹³ « Concrètement, à ce jour, nul ne saurait former un pronostic fiable s'agissant du périmètre de compétence du tribunal saisi » et on « peut espérer une réaction des rédacteurs des futurs TBI qui prendront soin de préciser l'ampleur exacte du parapluie, qui, à l'avenir, abritera les investissements étrangers ». *Ibidem*, p.502.

⁹⁴ Les arbitres ont reconnu qu'en considérant le recours à l'arbitrage d'investissement, les deux *corpus* n'accordent pas une équivalence de protection, ce qui n'emporte pas pour autant une incompatibilité. Voir CNUDCI, *Eastern sugar c. République tchèque*, §170 ; CNUDCI, *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius c. République slovaque*, §76.

⁹⁵ Voir CNUDCI, *Eastern sugar c. République tchèque*, §199 ; CPA/CNUDCI, *Eureka BV c. République slovaque*, aff. n° 2008-13, sentence sur la compétence, l'arbitrabilité et la suspension, 26 octobre 2010, §177.

⁹⁶ UNCTAD Press Release, « Bilateral Investment Treaties quintupled during the 1990s », 15 December 2000, TDA/INF/2877 ; C. Leben, « L'évolution du droit international des investissements : un rapide survol », in C. Leben (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements : nouveaux développements*, Paris, LGDJ, 2006, pp.9-22.

En effet, c'est à partir de ce moment-là que la Commission européenne a débuté l'élaboration du processus de communautarisation des politiques étatiques d'investissement. Recueillons d'abord les indices du lancement de cette stratégie d'ensemble, devant conduire à l'obtention d'une compétence communautaire exclusive en la matière (**Paragraphe 1**). En attendant, la Commission européenne a procédé à une constatation, puis à un examen communautaire des incompatibilités existantes entre les TBI extra-communautaires et le droit communautaire (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Recherche d'une compétence exclusive en matière d'investissement extra-communautaire par la Commission européenne

350. La compétence relative à la phase antérieure à l'investissement que la Communauté a acquise progressivement a été jugée, du point de vue de la Commission européenne, insuffisante.⁹⁷ Celle-ci a donc initié une approche du droit des investissements extra-communautaires tel que contenu dans les accords conclus par les États membres, dans l'optique de provoquer un transfert de compétence pour que la Communauté dispose de la plénitude de la compétence en la matière.

351. Afin de modifier la répartition des compétences, la Commission européenne avait le choix : élargir le champ des compétences communautaires, via une révision formelle des traités fondateurs, ou clarifier l'exercice des compétences mixtes entre la Communauté et les États membres.⁹⁸ Il fut choisi d'opter pour la première méthode, eu égard à la possibilité d'obtenir l'exclusivité des compétences (**A**). En parallèle, les instances bruxelloises ont pu, sur la base d'une compétence limitée, conclure des accords internationaux dont le contenu s'est révélé être partiellement relatif aux investissements extra-communautaires (**B**).

A. La révision formelle des traités fondateurs afin d'obtenir une compétence européenne exclusive en matière d'investissement international

352. La volonté d'obtenir une compétence communautaire exclusive en matière d'investissement extra-communautaire a nécessité de réfléchir aux modalités de révision formelle du TCE. La flexibilité du champ d'application de la politique commerciale commune précédemment soulignée a incité la Commission européenne à prévoir l'insertion de la notion d'IDE au sein de cette

⁹⁷ R. Torrent, *Derecho y práctica de las relaciones exteriores...*, op.cit., p.85; CNUDCI, *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius*, §79 et note infra-paginale 7.

⁹⁸ R. Torrent, *ibidem*, p.151.

partie du TCE.⁹⁹ Il ne restait plus qu'à convaincre les États membres de procéder à un amendement.

353. Sous l'impulsion du Traité de Maastricht qui a donné une effectivité au principe de la libre circulation appliquée aux capitaux extra-communautaires **(1)**, la Commission européenne a travaillé à l'insertion de la notion d'IDE au sein du TCE, lors de la révision des traités fondateurs à Amsterdam, puis à Nice **(2)**. Le rejet du projet de Constitution pour l'Europe, émanant des travaux de la Convention européenne en lesquels la notion d'IDE avait trouvé place, **(3)** a conduit à ce que cette notion intègre le contenu de la politique commerciale commune tel que défini par le Traité de Lisbonne.

1) Traité de Maastricht et effectivité du principe de libre circulation des capitaux

354. Le Traité de Maastricht s'est appliqué à amplifier les principes fondateurs pouvant être à la base d'un droit communautaire des investissements internationaux, parmi lesquels la libre circulation des capitaux. Il fallait pour cela que ces principes soient effectifs. Le principal apport de ce traité est d'avoir consacré l'efficience de la liberté de circulation des capitaux d'abord dans le cadre intra-communautaire, par la révision du Traité CEE devenu TCE, qui a fait basculer les dispositions en la matière du régime incitatif au régime obligatoire.¹⁰⁰ Les avancées de la directive 88/361/CEE ont été ainsi constitutionnalisées.¹⁰¹

355. Via une logique qualifiée de « politique volontariste d'ouverture »,¹⁰² cette liberté a pu trouver à s'appliquer dans le cadre extra-communautaire, par l'obtention de son effet direct pour les mouvements de capitaux en provenance des pays tiers. Désormais, il n'est plus insensé de considérer la libre circulation des capitaux comme un possible instrument global de droit des investissements internationaux.¹⁰³ Notons qu'il s'agit d'un système de circulation dénué de contrôle

⁹⁹ Notons un certain repli par rapport au précédent mouvement d'expansion des domaines de la politique commerciale commune. Pour la CJCE, ce que l'AGCS appelle la « *présence commerciale* » n'entre pas dans le champ de la politique commerciale commune. Celle-ci ne constitue donc pas une base légale suffisante pour que la Communauté puisse conclure un accord relatif au traitement national des investisseurs étrangers. Voir CJCE, 15 novembre 1994, avis 1/94, point 47.

¹⁰⁰ C. Vadcar, « Un cadre communautaire pour l'investissement ? », *loc.cit.*, p.332.

¹⁰¹ F. Picod, « Libre circulation des capitaux et des moyens de paiement », *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. 890, 2009, p.4.

¹⁰² P. Vigneron et P. Steinfeld, « La libre circulation des capitaux », in L. Delfaque, J. Pertek, P. Steinfeld, P. Vigneron (dirs), *Marché intérieur. Libre circulation des personnes et des capitaux. Rapprochement des législations*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 3e éd., 2006, pp.147-191, p.163.

¹⁰³ Voir S. Hindelang, *The free movement of capital and Foreign Direct Investment. The scope of protection in EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2009; S. Hindelang et N. Maydell, « The EU's common investment policy - Connecting the dots », in M. Bungenberg *et al.* (eds), *European yearbook of international economic law...*, *op.cit.*,

de principe à l'entrée qui a été mis en place,¹⁰⁴ avec toutefois une portée et une effectivité ambiguës de la liberté vis-à-vis des États tiers sur laquelle nous reviendrons.¹⁰⁵

356. En effet, le bénéfice de la liberté de circulation aux capitaux des États tiers s'est accompagné de l'établissement d'un arsenal de trois exceptions expresses insérées dans le TCE. Ces exceptions ont une effectivité qui dépend du pouvoir du Conseil, celui-ci étant habilité à prendre des mesures restrictives. Les articles 57 §2 et 60 §1 TCE autorisent ainsi l'édiction de mesures générales vis-à-vis de la circulation des mouvements de capitaux extra-communautaires.¹⁰⁶ L'article 59 TCE prévoit qu'en cas de circonstances exceptionnelles, l'édiction de mesures de sauvegarde est autorisée pour des flux d'investissements étrangers constituant une menace.¹⁰⁷

357. Il faut alors retenir que le Traité de Maastricht présente un grand intérêt au sein de l'analyse de l'approche européenne du droit des investissements internationaux. Il marque d'abord le départ de l'existence d'une incompatibilité potentielle avec le droit conventionnel international, puisque c'est à partir de 1992 et de l'introduction de cette compétence du Conseil que les TBI extra-communautaires et leur clause de libre transfert sont potentiellement entrés en conflit avec le droit communautaire qui prévoit des restrictions à cette liberté. Cette incompatibilité a été soulignée en 2009 par la CJUE dans le cadre de décisions sur lesquelles nous reviendrons.

358. En outre, il peut être considéré que c'est à partir de l'entrée en vigueur de ce traité que la Commission européenne a initié sa stratégie visant à obtenir la compétence des États membres

pp.1-28.

¹⁰⁴ Un exemple d'exercice du pouvoir des États membres en la matière, cité par la doctrine, est la France qui, par décret du 27 janvier 1967, a tenté de bloquer l'entrée aux IDE sur son territoire. La France a dû retirer son projet, avant d'être sanctionnée. Voir P. Juillard, « Chronique de droit international économique », *AFDI*, n°23, 1977, pp.648-699.

¹⁰⁵ S. Hindelang et N. Maydell, « The EU's common investment policy... », *loc.cit.*, p.2.

¹⁰⁶ L'article 57 §2 prévoit : « *Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, peut adopter des mesures relatives aux mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers, lorsqu'ils impliquent des investissements directs, y compris les investissements immobiliers, l'établissement, la prestation de services financiers ou l'admission de titres sur les marchés des capitaux. L'unanimité est requise pour l'adoption de mesures en vertu du présent paragraphe qui constituent un pas en arrière dans le droit communautaire en ce qui concerne la libéralisation des mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers* ».

L'article 60 §1 dispose que « *si, dans les cas envisagés à l'article 301, une action de la Communauté est jugée nécessaire, le Conseil, conformément à la procédure prévue à l'article 301, peut prendre, à l'égard des pays tiers concernés, les mesures urgentes nécessaires en ce qui concerne les mouvements de capitaux et les paiements.* » L'article 301 TCE vise les cas où « *une action de la Communauté visant à interrompre ou à réduire, en tout ou en partie, les relations économiques avec un ou plusieurs pays tiers.* »

¹⁰⁷ L'article 59 du TCE précise que « *Lorsque, dans des circonstances exceptionnelles, les mouvements de capitaux en provenance ou à destination de pays tiers causent ou menacent de causer des difficultés graves pour le fonctionnement de l'Union économique et monétaire, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission et après consultation de la BCE, peut prendre, à l'égard de pays tiers, des mesures de sauvegarde pour une période ne dépassant pas six mois pour autant que ces mesures soient strictement nécessaires* ».

relative à la phase postérieure à l'investissement.¹⁰⁸ Il est donc loisible de considérer ce traité comme le point d'impact latent entre le droit matériel des investissements extra-communautaires et le droit communautaire.¹⁰⁹

2) Les résultats des négociations lors des révisions à Amsterdam puis à Nice

359. Dès 1997, la Commission européenne a tenté d'étendre le contenu de la politique commerciale commune à de « nouveaux domaines », ¹¹⁰ parmi lesquels la notion d'IDE. Ses efforts se sont révélés infructueux, tant à Amsterdam qu'à Nice, en 2000. La raison a été sa position trop présomptueuse, qualifiée par un auteur de vision communautaire « ultrajacobine ». ¹¹¹ Les États membres se sont opposés à une telle extension, parce qu'ils ont eu le sentiment d'avoir été volontairement évincés par la Commission européenne du processus décisionnel, celle-ci refusant de clarifier l'exercice des compétences mixtes. ¹¹²

360. Le projet d'amplification de la notion de politique commerciale commune, tel qu'élaboré par la Commission européenne, ne pouvait ainsi que conduire au rejet des États membres. Un auteur note en ce sens que le projet ne faisait d'abord pas la distinction entre les compétences externes et internes et qu'il ne prenait pas en compte la réalité des négociations internationales. Il poursuit en remarquant que cette dernière ne pouvait pas permettre à la Communauté d'écarter aussi vite la compétence des États membres en matière d'investissement étranger. ¹¹³

361. La procédure de révision des traités à Nice constitue néanmoins une étape importante, s'agissant de l'obtention par la Communauté d'une nouvelle compétence en matière de commerce des services et des aspects commerciaux de la propriété intellectuelle. ¹¹⁴ Pour cela, ce n'est pas la

¹⁰⁸ En 1995, un rapport de la Commission européenne a noté que « le traité attribue indirectement certains pouvoirs à la Communauté dans le domaine de la promotion de l'investissement (articles 73a à 73h). Ces derniers ne peuvent être exercés effectivement tant que les États membres continuent à conclure des traités bilatéraux d'investissement. » Voir Commission of the European communities, *Report on the operation of the Treaty on the European Union*, 10 May 1995, Brussels, point 135, p.58. Nous traduisons.

¹⁰⁹ Voir P. Juillard, « Investissement et droit communautaire – À propos des accords bilatéraux d'investissement conclus entre États membres et pays tiers », in C. Boutayeb, J.-C. Masclet, S. Rodrigues, H. Ruiz Fabri (dirs), *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin...*, *op.cit.*, pp.445-462, p.457.

¹¹⁰ Ces nouveaux domaines étaient, en sus de la notion d'IDE, le commerce des services et les droits de propriété intellectuelle.

¹¹¹ R. Torrent, *Derecho y práctica de las relaciones exteriores...*, *op.cit.*, p.152.

¹¹² *Ibidem*, p.154.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ L'apport du Traité de Nice est de conférer à la Communauté la possibilité de conclure un accord dit « pur », lorsque

notion de politique commerciale commune telle que définie par l'article 133 TCE qui a été étendue, mais son champ d'application, par l'ajout des §5 à 7 au sein de cette même disposition.¹¹⁵ S'agissant de la matière des investissements directs étrangers, il a fallu attendre les travaux de la Convention européenne, pour qu'ils puissent s'adjoindre aux nouvelles matières récemment insérées au sein du TCE, cette-fois en envisageant une réforme de la notion de politique commerciale commune.

3) Les contributions de la Convention européenne et du projet de Constitution européenne

362. En accord avec la déclaration 23 sur l'avenir de l'Union annexée au Traité de Nice, le Conseil européen des 14-15 décembre 2001 avait pour projet la réforme des institutions. De la déclaration de Laeken du 15 décembre 2001 sur « Le futur de l'Union », il ressort que l'organisation régionale devait relever les défis lancés par la mondialisation et qu'une nouvelle division des compétences était indispensable pour accroître la transparence et la légitimité du projet européen.

363. Il est intéressant de noter que la Convention européenne ne semble pas avoir proposé, durant ses premières délibérations, d'insérer la notion d'IDE au sein du TCE, pas plus que ne l'a fait le groupe de travail sur l'action externe.¹¹⁶ Ce n'est qu'au regard des négociations sur le commerce et l'investissement, menées dans le cadre du cycle de Doha,¹¹⁷ que la notion d'IDE a été introduite, au travers d'un projet d'articles sur l'action extérieure.¹¹⁸ Cette fois-ci, les nouvelles matières ont été incluses au sein de la définition de la politique commerciale commune, supposant la compétence exclusive de la Communauté.

364. Certains États, dont l'Allemagne et la France, ont suggéré sans succès de retirer la matière des IDE de la définition de la politique commerciale commune.¹¹⁹ Le Traité établissant une

la finalité commerciale d'un tel accord portant sur ces nouvelles matières est établie. Le traité ne vient en aucun cas conférer à la Communauté une compétence externe exclusive dans ces domaines, en raison de l'absence de réforme de la définition de la politique commerciale commune. Voir E. Neframi, *L'action extérieure de l'Union européenne...*, *op.cit.*, p.42.

¹¹⁵ *Ibidem*, p.40 et suiv.

¹¹⁶ M. Krajewski, « External trade law and the Constitution Treaty: Towards a federal and more democratic common commercial policy », *CMLR*, vol.42, 2005, pp.91-127, p.100.

¹¹⁷ Ces négociations avaient dès 2001 mis en exergue les liens existants entre le commerce et l'investissement. Voir les points 20 à 22 de la Déclaration ministérielle de Doha du 14 novembre 2001.

¹¹⁸ La justification de l'insertion est la suivante : « en reconnaissance du fait que les flux financiers complètent le commerce des marchandises et qu'ils constituent aujourd'hui une très grande partie des échanges commerciaux ». Voir Convention européenne, *Projet d'articles du Traité constitutionnel sur l'action extérieure*, 23 avril 2003, Bruxelles, p.52.

¹¹⁹ Convention européenne, *Réactions au projet de texte de document CONV 802/03*, convention 821/03 du 27 juin

Constitution pour l'Europe prévoyait donc, en sus d'une redéfinition des objectifs de la politique commerciale commune à l'article III-314, l'attribution d'un mandat de négociation à la Commission européenne, pour la conclusion d'accords d'investissement à l'article III-315.

365. Suite au rejet du projet de Constitution exprimé par référendum en 2005, aussi bien en France qu'aux Pays-Bas, le Traité de Lisbonne a eu pour mission de poursuivre la construction européenne. La nouveauté de l'instrument conventionnel n'a eu, en ce qui nous concerne, aucune influence sur la rédaction des articles du projet de Constitution contenant la notion d'IDE, devenu désormais l'article 207 TFUE.¹²⁰ En théorie donc, l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive externe pour la conclusion des futurs accords d'investissement, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.¹²¹

366. Au terme de ce survol, il apparaît que la stratégie de la Commission européenne s'est avérée fructueuse. La portée de cette nouvelle compétence en matière d'IDE doit néanmoins faire l'objet d'une étude minutieuse. Retenons que la conclusion des accords selon un mode faisant intervenir la Communauté et les États membres ne sera pas écartée, car il en va du bon déroulement de l'approche européenne du droit des investissements internationaux.¹²² Pendant que la Commission européenne a travaillé à l'obtention d'une compétence exclusive, n'oublions pas que la Communauté a pu conclure de nombreux accords internationaux, notamment sur la base d'une compétence partagée en matière d'investissements extra-communautaires.

B. Exercice d'une compétence partagée en matière d'investissements extra-communautaires par la Communauté européenne

367. Considérant que ni le principe de libre circulation des capitaux ni celui de la liberté d'établissement ne constituent une base légale suffisante pour agir dans les domaines relevant de la phase postérieure à l'investissement,¹²³ la compétence des institutions communautaires a été, jusqu'à

2003, p.126.

¹²⁰ Pour un auteur, il est étonnant que la notion d'investissement ait été conservée dans le contenu de la politique commerciale commune, car la doctrine avait déjà commencé à souligner les futures conséquences de cette insertion, alors que la matière de l'investissement ne parvenait pas à être multilatéralisée lors des négociations de l'OMC. Voir M. Bungenberg, « The division of competences between the EU and its member States in the area of investment politics », in M. Bungenberg *et al.* (eds), *European yearbook of international economic law*, *op.cit.*, pp.29-42, p.31.

¹²¹ E. Neframi, *L'action extérieure de l'Union européenne...*, *op.cit.*, p.47.

¹²² R. Torrent, *Derecho y práctica de las relaciones exteriores*, *op.cit.*, pp.155-160.

¹²³ La Cour a tout de même suggéré que les mesures adoptées sur la base de l'article 57 §2 TCE pouvaient servir de base à une compétence externe exclusive. Voir CJCE, 24 mars 1995, avis 2/92, points 34-35.

l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, réduite aux aspects liés à la phase antérieure à l'investissement.

368. Cette compétence limitée des institutions communautaires s'inscrit dans le cadre plus général de la division des compétences communautaires en matière d'action extérieure. Ceci implique que les accords de la Communauté soient conclus par la Communauté et les États membres. Ainsi, la division des compétences apparaît en survolant la pratique conventionnelle internationale de la Communauté, aussi bien bilatérale (1) que multilatérale (2).

1) Pratique conventionnelle internationale bilatérale de la Communauté européenne

369. Sur la base légale des articles 113, 130 Y et 238 CEE,¹²⁴ une pratique conventionnelle bilatérale communautaire a pu progressivement s'établir. Ces accords internationaux conclus par la Communauté, dont la dénomination est variable,¹²⁵ ont pour spécificité de ne pas être directement relatifs aux investissements extra-communautaires, puisqu'ils relèvent avant tout de la matière politique et commerciale. Toutefois, certaines de leurs dispositions s'inscrivent dans la complémentarité des accords d'investissement extra-communautaire,¹²⁶ qu'il s'agisse de celles relatives à l'accès au marché par l'octroi d'un droit d'établissement, à la production de services financiers ou aux mouvements de capitaux.

370. L'approche complète en matière de commerce et d'investissement adoptée par l'ALÉNA a donné une raison de plus à la Commission européenne de souhaiter obtenir la compétence des États membres relative à la phase postérieure à l'investissement.¹²⁷ C'est pourquoi la *minimum*

¹²⁴ Selon l'article 310 TCE relatif à la conclusion des accords d'association, « *La Communauté peut conclure avec un ou plusieurs États ou organisations internationales des accords créant une association caractérisée par des droits et obligations réciproques, des actions en commun et des procédures particulières* ». L'article 181 TCE du titre XX du TCE intitulé « coopération au développement », prévoit que « *dans le cadre de leurs compétences respectives, la Communauté et les États membres coopèrent avec les pays tiers* ».

¹²⁵ Ces accords sont frappés du sceau de la diversité et sont dits d'association, de coopération, de partenariat, de libre-échange, mais aussi préférentiels ou régionaux. Voir E. Neframi, *L'action extérieure de l'Union européenne...*, *op.cit.*, pp.92-101 ; D. Verwey, *The European Community, the European Union and the international law of treaties*, TMC Asser press, 2004, p.40.

¹²⁶ Ces accords bilatéraux encouragent la conclusion de TBI de façon individuelle, par le biais de l'insertion d'une clause à l'intérieur de l'accord lui-même. À titre d'exemple, voir l'article 21 2) b) de l'accord du 18 novembre 2002, établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République du Chili, d'autre part.

¹²⁷ La Commission européenne, en 2006, avait constaté qu'en comparaison avec l'ALÉNA, ses accords conservaient un certain retard. Voir European Commission, *Issue paper: Upgrading the EU investment policy*, Note for the attention of the 133 committee, 30 may 2006, p.1.

platform on Investment ou « convention-type sur les investissements »¹²⁸ a été élaborée en 2006. Il s'agit d'un document de travail relatif aux futurs accords internationaux de la Communauté, comprenant un titre général relatif à l'établissement, au commerce des services et au commerce en ligne. Les dispositions les plus développées sont celles relatives à l'établissement.

371. Son but est de faciliter la négociation des prochains accords comprenant un volet investissement. La doctrine a vu, dans un tel document, un signal des institutions communautaires reflétant leur volonté de participer à l'évolution du droit matériel des investissements internationaux. La doctrine a également souligné les limites de cette initiative.¹²⁹

372. De ce texte qui a perdu son caractère confidentiel, il se dégage une impression d'incomplétude, aux antipodes de la volonté de la Commission européenne.¹³⁰ Il ne couvre en ce sens que la libéralisation des investissements étrangers et ne concerne que les investissements directs. Les dispositions visant la protection des investissements et le mode de règlement des conflits par le biais de l'arbitrage investisseur-État sont donc exclues du texte.¹³¹ Il s'agit alors d'une initiative dont la nature symbolique est plus grande que son véritable impact juridique.¹³²

2) Pratique conventionnelle internationale multilatérale de la Communauté européenne

373. Par son action au plan international, la Communauté européenne a souhaité soutenir à sa façon les tentatives de multilatéralisation du droit des investissements internationaux. Une telle volonté peut être repérée indirectement au travers des accords de partenariat conclus par la Communauté avec les États ACP, accords ayant une allure multilatérale.¹³³

374. Si un ambitieux lien a été tissé avec ces États par le biais des principes de l'intégration économique et du développement, les dispositions en matière d'investissement de ces accords ne

¹²⁸ S. Nappert, « Le droit dérivé et les investissements », in C. Kessedjian et C. Leben (dirs), *Le droit européen et l'investissement*, *op.cit.*, pp.89-95, p.92.

¹²⁹ S. El Boudouhi, « L'avenir des traités bilatéraux d'investissement conclus par les États membres... », *loc.cit.*, p.105.

¹³⁰ S. Nappert, « Le droit dérivé et les investissements », *loc.cit.*, p.92.

¹³¹ W. Shan et S. Zhang, « The treaty of Lisbon: half way toward a common investment policy », *EJIL*, vol.21, n°4, 2011, pp.1049-1073, p.1051.

¹³² *Ibidem.*

¹³³ Parmi ces accords de partenariat liant d'un côté la Communauté et les États membres et de l'autre les pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP), on relève la Convention de Yaoundé I de 1963, la Convention de Lomé de 1975 puis la Convention de Cotonou de 2000. Le nombre d'États ACP n'a fait que croître.

visent que la phase antérieure à l'investissement et ne sont qu'incitatives. La conclusion de TBI extra-communautaires est encouragée au sujet de la protection des investissements.¹³⁴

375. Quant au Traité sur la Charte de l'énergie, il s'agit d'un accord multilatéral comprenant un volet investissement, auquel la Communauté est partie et qui constitue une expression certaine de multilatéralisation.¹³⁵ Signé à Lisbonne en 1994 sur le fondement d'un acte concerté non conventionnel de 1991,¹³⁶ il est le seul accord conclu par la Communauté européenne couvrant la période postérieure à l'investissement.¹³⁷

376. Ce traité bénéficie largement aux investisseurs, car sa particularité est *ratione personae* d'étendre le bénéfice des garanties prévues non seulement aux nationaux des États parties mais aussi à leurs résidents. Ainsi, en vertu de l'article 1er du traité, le résident d'un pays partie peut réclamer le bénéfice des garanties du traité alors que son État de nationalité n'est pas partie au traité. Ce critère de résidence n'est présent que partiellement en droit communautaire. C'est le cas pour la libre circulation des capitaux. La liberté d'établissement est toutefois réservée aux nationaux des États membres.¹³⁸ La création et l'encouragement de conditions stables et transparentes, la protection des investissements – sur le modèle des accords d'investissement – et leur traitement ont été garantis par ce traité. Ajoutons qu'il a servi de nombreuses fois de fondement aux réclamations des investisseurs.¹³⁹

377. Enfin, en sus de ses efforts de libéralisation multilatérale du commerce mondial,¹⁴⁰ la Communauté a souhaité participer à la multilatéralisation du droit des investissements

¹³⁴ Au sein du chapitre 7 de l'accord de Cotonou, l'article 75 intitulé « promotion des investissements » prévoit que les parties « prennent les mesures et les dispositions propres à créer et à maintenir un climat d'investissement prévisible et sûr et négocient des accords visant à améliorer ce climat ». Il avait été constaté, en 1994, que « Si la Convention de Lomé III tente d'encourager la conclusion d'instruments bilatéraux entre pays CEE et pays ACP, c'est pour une autre raison. La protection des investissements n'est pas une matière « communautarisée », et il appartient donc aux États membres, chacun pour ce qui le concerne, de conclure des accords de protection avec les pays ACP. » Voir P. Juillard, « L'évolution des sources du droit des investissements », *loc.cit.*, p.101 et suiv.

¹³⁵ R. Babadji, « Le Traité sur la Charte européenne de l'énergie (17 décembre 1994) », *AFDI*, vol.42, 1996, pp.872-893, p.875.

¹³⁶ *Ibidem*, p.876.

¹³⁷ Décision 98/181/CE concernant la conclusion par les Communautés européennes du Traité sur la Charte de l'énergie, Conseil et Commission, 23 septembre 1997.

¹³⁸ Voir L. Azoulaï et W. Ben Hamida, « La protection des investissements par le droit primaire... », *loc.cit.*, p.73.

¹³⁹ Voir à titre d'exemple, CIRDI, *Plasma Consortium ltd c. Bulgarie*, décision sur la compétence, 8 février 2005, No. ARB/03/24.

¹⁴⁰ Pour la Commission européenne, le forum institué par l'OMC a été une occasion d'étendre son rôle d'acteur global, pour un jour accroître le contenu de politique commerciale commune. Un auteur suggère que l'extension de la politique commerciale commune aux investissements étrangers doit être rattachée aux efforts de l'OMC et de l'OCDE visant à négocier des règles multilatérales sur l'investissement. Voir M. Krajewski, « External trade law and the Constitution Treaty: Towards a federal and more democratic common commercial policy? », *loc.cit.*, p.111.

internationaux. Sur la base de sa compétence en matière de libre circulation des capitaux, elle a lancé des initiatives à partir de 1996 à Seattle,¹⁴¹ dans le cadre des négociations de l'AMI, puis de celles du cycle de Doha. Toutes se sont soldées par un échec. Une « concurrence régionale »¹⁴² est alors apparue entre la Communauté et d'autres structures régionales. En vertu de cette évolution, l'acquisition de l'exclusivité de la compétence en matière d'investissement extra-communautaire a pour objectif de procéder à une multilatéralisation d'abord régionale.

378. Ainsi les institutions communautaires ont poursuivi leur approche du droit des investissements internationaux d'alors, en concluant un grand nombre d'accords avec des pays tiers sur la base de la compétence réduite dont elles disposaient, et dans le même temps en négociant avec les États membres, lors des réformes des traités constitutifs, l'insertion de la notion d'IDE au sein du TCE. Il serait toutefois réducteur de résumer l'approche européenne à sa nature créatrice et mobilisatrice. Celle-ci comprend aussi une phase de contrôle de la conformité des TBI extra-communautaires avec le droit communautaire.

Paragraphe 2. La double intervention normative de la Communauté européenne limitée à la constatation d'éventuelles incompatibilités

379. La Communauté n'a pas attendu de bénéficier d'une compétence exclusive pour étudier le contenu des TBI extra-communautaires. Permettant de justifier l'avancée de l'approche européenne du droit matériel des investissements extra-communautaires, l'action normative des instances bruxelloises a eu pour visée de favoriser l'élimination d'éventuelles incompatibilités entre la norme internationale et la norme régionale, sous la forme du recours d'abord à la voie conventionnelle (A), puis à la voie juridictionnelle (B).

380. Le recours à la voie conventionnelle a été confié à la Commission européenne, qui a dû coordonner d'une manière anticipée la mise en compatibilité de TBI conclus notamment entre les États-Unis, d'une part, et les pays d'Europe centrale et Orientale destinés à obtenir le statut de membre de l'organisation régionale, d'autre part. Par la suite, la Cour de justice a dit pour droit que les TBI extra-communautaires conclus par les États membres étaient porteurs d'incompatibilités avec le droit communautaire.

¹⁴¹ R. Torrent, *Derecho y práctica de las relaciones exteriores...*, *op.cit.*, p.86.

¹⁴² L. Mola, « Which role for the EU in the development of international investment law? », *loc.cit.*, p.3.

A. Examen communautaire préventif des TBI extra-communautaires

381. Avant l'intégration des pays d'Europe centrale et orientale dans l'Union européenne, le recours à la voie conventionnelle constitue la première phase de l'intervention de la Communauté, dans l'attente d'une compétence exclusive. La Commission a ainsi su saisir l'opportunité d'orchestrer la clarification préventive du sort de certains TBI extra-communautaires conclus entre les États-Unis d'Amérique et les pays d'Europe centrale et orientale selon le modèle américain.

382. Étant donné que ces pays devaient devenir membres de la Communauté,¹⁴³ les futures interactions entre la norme internationale et la norme régionale étaient vectrices d'incertitudes auxquelles il convenait de mettre fin.

383. Un protocole d'accord a été signé par les États-Unis d'Amérique le 22 novembre 2003, puis le 29 novembre 2004 par le Canada.¹⁴⁴ Du côté bruxellois, il s'agissait officiellement de préserver l'acquis communautaire. Pour les États-Unis, il fallait garantir un niveau élevé de protection aux investissements réalisés sur le territoire des futurs États membres. La démarche a eu à tout le moins l'avantage de mettre en évidence des sources de tensions potentielles entre ces TBI et le droit communautaire (1), mais présente toutefois de nombreuses limites (2).

1) Incompatibilités potentielles entre les TBI extra-communautaires et le droit communautaire

384. Le protocole d'accord se présente comme suit : il contient un préambule, puis il liste sous la forme de sept paragraphes les sources possibles de tensions entre les TBI extra-communautaires et le droit communautaire. Après les observations finales, se trouvent des annexes. Celui qui a été signé par les États-Unis insiste sur plusieurs sources potentielles d'incompatibilité,¹⁴⁵

¹⁴³ Ce groupe de pays comprenait la République Tchèque, la Lettonie, la Lituanie, l'Estonie, la Pologne, la République slovaque, la Bulgarie et la Roumanie. Ils avaient conclu des TBI avec les États-Unis d'Amérique et le Canada dans la première partie de la décennie 1990, à l'exception de la Lituanie. Comme condition de signature des actes d'adhésion, un protocole d'accord était nécessaire pour éliminer les incompatibilités présentes dans les traités d'investissement. Voir en ce sens l'article 6 §10 de l'acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de ces pays et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne du 23 septembre 2003.

¹⁴⁴ Voir Commission européenne, « La Commission européenne, huit pays adhérents et les États-Unis signent un accord bilatéral d'investissement », Bruxelles, 22 septembre 2003, IP/03/1284.

¹⁴⁵ Il a été noté que « l'Union européenne, comme les États-Unis, dispose d'une politique vigoureuse en faveur de la libre circulation des capitaux et, ainsi, les conflits potentiels avec les traités bilatéraux d'investissement dans cette sphère sont largement théoriques ». Voir US Department of State, « Bilateral Investment Treaties with European Union Accession States », Communiqué de presse du 5 septembre 2003, point 6, disponible à <http://2001->

liées aux particularités de la norme internationale et de la norme régionale.¹⁴⁶ C'est le cas en premier lieu de la définition de l'investisseur appliquée à la personne morale. En droit communautaire, cette définition ne prend pas en compte le critère de la nationalité du contrôle et assimile la personne morale aux personnes physiques,¹⁴⁷ permettant à une société placée sous contrôle étranger de bénéficier de la liberté d'établissement.¹⁴⁸ L'interprétation de l'article 48 TCE devait donc être clarifiée.¹⁴⁹ Cela a été chose faite par l'annexe G du protocole d'accord, estimant que cet article n'empêche pas l'application d'un traitement différencié. Ce dernier serait applicable aux sociétés des pays tiers selon la nationalité de leur contrôle, dans la poursuite d'une politique commune ou en fonction des dispositions du traité, comme l'article 57 §2 TCE. Partant, les sociétés qui satisfont aux critères de l'article 48 TCE, mais qui sont contrôlées par des tiers, pourraient subir un traitement différent s'agissant du bénéfice de la liberté d'établissement et de circulation des capitaux, pour des raisons d'ordre, de sécurité ou de santé publics, selon l'interprétation restrictive de l'article 46 TCE.¹⁵⁰

385. Autre source potentielle d'incompatibilité, le principe de libre circulation des capitaux, visé au premier paragraphe du protocole, a fait l'objet d'une grande attention.¹⁵¹ Il a été envisagé aussi bien du point de vue des TBI que du point de vue du droit communautaire. D'une part, la libre circulation des capitaux garantie par le droit régional peut être limitée par les TBI conclus selon le modèle américain, qui contiennent une exception de sécurité. Cette exception, que l'on ne retrouve pas dans le modèle européen de TBI, vise à protéger les intérêts nationaux. Elle peut aller jusqu'au

2009.state.gov/r/pa/prs/ps/2003/23841.htm. Nous traduisons.

¹⁴⁶ Une classification des dispositions a pu être établie en trois catégories : celle d'abord des obligations incompatibles, comprenant le libre établissement, la non-discrimination dans les secteurs sensibles, le libre transfert et les *performance requirements*. Une autre catégorie est celle des dispositions qui nécessitent des précisions, comme la définition des sociétés, la portée de la clause ORIE et l'exception de sécurité nationale. Enfin, certaines dispositions sont compatibles mais la façon dont elles vont interagir avec le droit communautaire doit être appréciée. Il s'agit du traitement juste et équitable et de l'interdiction de l'expropriation sans compensation. Voir A. Radu, « Foreign investors in the EU – Which "best treatment" ... », *loc.cit.*, p.259.

¹⁴⁷ L'article 48 TCE prévoit que « *Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres* ».

¹⁴⁸ Ainsi, une société satisfaisant aux critères de l'article 48 TCE, mais qui est contrôlée par un citoyen américain, peut bénéficier de la liberté d'établissement. Les TBI américains incluent la société dans la définition de l'investissement, ce qui signifie qu'une société ayant son siège dans un État membre ne bénéficie pas de la protection du TBI en tant qu'investisseur, mais en tant qu'investissement. Voir A. Radu, « Foreign investors in the EU... », *loc.cit.*, p.245.

¹⁴⁹ L'article 58 EEC, devenu 48 TCE, avait déjà été clarifié en 1996, par une opinion du Conseil. Voir European Council, *Opinion of the legal service on the provisions of the EC Treaty applicable to investment from third countries*, 10 April 1996, CLS 6393/96, Brussels.

¹⁵⁰ Voir les points 2 et 4 de l'annexe G du protocole d'accord.

¹⁵¹ Il a été relaté à ce sujet que « les instances communautaires ont consacré un temps et des efforts que l'on pourrait considérer comme disproportionnés. S'agirait-il, tout simplement, d'affirmer une compétence ? » Voir P. Juillard, « Investissement et droit communautaire... », *loc.cit.*, p.449.

refus d'admission de l'investissement. Le protocole précise que le contenu de l'exception de sécurité doit faire l'objet d'un échange de lettres.¹⁵² D'autre part, les restrictions à la libre circulation communautaire des capitaux, introduites par le Traité de Maastricht, peuvent venir s'opposer aux effets des clauses de libre transfert des TBI.

386. Les obligations de performance contenues par le droit communautaire constituent une source de tensions additionnelle.¹⁵³ L'investisseur étranger pourrait en effet se voir imposer des contraintes relatives à l'emploi de ressources locales et à la réduction de sa capacité d'exportation, en vertu du droit communautaire. Notons que ces exigences sont prohibées par les TBI américains, l'ALENA et l'Accord sur les MIC, par le biais de l'établissement de listes exhaustives. Le protocole d'accord prévoit alors des exceptions à cette interdiction dans certains secteurs, notamment dans les domaines de l'agriculture et de l'audiovisuel. Il est également possible d'étendre ces exceptions à d'autres secteurs.¹⁵⁴

387. Enfin, rappelons que le principe de non-discrimination s'applique tant à la phase antérieure qu'à la période postérieure à l'investissement selon les TBI américains. La Communauté a souhaité protéger les avantages accordés au sein du territoire communautaire, par l'effet des clauses type « Organisation Régionale d'Intégration Économique » et par l'établissement d'exceptions au principe de non-discrimination. La clause dite ORIE est en ce sens considérée comme une exception à l'application du traitement de la nation la plus favorisée, en ce qu'elle permet d'exclure les pays tiers concernés du bénéfice des traitements préférentiels prévus par le droit communautaire.

388. Pour protéger l'acquis communautaire, le protocole d'accord tente de définir et de limiter la portée de la clause de la nation la plus favorisée contenue dans les TBI couvrant toutes les obligations des États résultant de leur adhésion à l'organisation régionale. Des dérogations au principe de non-discrimination doivent être autorisées, dans des secteurs jugés sensibles.¹⁵⁵

¹⁵² Voir le paragraphe 1 du point D du protocole d'accord.

¹⁵³ À titre d'exemple, la directive 89/552/EEC du Conseil du 3 octobre 1989, visant la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, impose par le biais de son article 4 que les États membres réservent une partie de leur temps d'antenne à des œuvres communautaires.

¹⁵⁴ Voir l'annexe C du protocole d'accord.

¹⁵⁵ Ces secteurs économiques sont ceux dans lesquels des mesures de préférences communautaires sont adoptées, comme l'audiovisuel, l'agriculture, mais aussi la pêche, les services financiers et les transports. Les secteurs constitutifs d'une exception au traitement de la nation la plus favorisée sont limités au nombre de trois : agriculture, audiovisuel et hydrocarbures. Toutefois, une clarification des exceptions au traitement de la nation la plus favorisée n'affecte pas l'application du standard du traitement national. Voir l'annexe D du protocole d'accord.

2) Limites du recours à la voie conventionnelle pour la Commission européenne

389. Même si le recours à la voie conventionnelle constitue une avancée majeure pour les parties signataires, il n'est qu'une première étape au sein du processus de gestion des interactions normatives. Soulignons le caractère non contraignant du texte tout d'abord. En ce sens, le protocole d'accord est un acte concerté non conventionnel. Il s'agit certes d'un accord de volonté des États, mais dépourvu d'effets juridiques contraignants, ce que le protocole précise.¹⁵⁶ Sa visée est d'encourager de futurs efforts par sa nature symbolique, incitative et diplomatique, efforts qui pourraient passer du statut de *soft law* à celui de *hard law* en résultat de la volonté des États.¹⁵⁷

390. En outre, le contenu du protocole d'accord est incomplet. Les concessions réciproques n'ont été obtenues que sur certains points,¹⁵⁸ laissant ainsi de nombreux points de friction éventuels hors de la portée du protocole, pour lesquels il n'est pas prévu de remède. C'est le cas des questions de concurrence et d'environnement, de la définition de la clause ORIE ou encore d'autres sources potentielles d'incompatibilité, comme le standard du traitement juste et équitable ou encore la question de l'expropriation. Les possibilités de restriction des mouvements de capitaux extra-communautaires par le Conseil ont été traitées d'une façon peu satisfaisante.¹⁵⁹

400. Enfin, il faut souligner que le protocole d'accord n'a qu'une faible portée, en premier lieu puisqu'il ne vise que les TBI conclus par les pays d'Europe centrale et orientale avec les États-Unis et le Canada.¹⁶⁰ En second lieu, les exceptions concédées par les États-Unis au traitement national et au traitement de la nation la plus favorisée n'ont vocation à s'appliquer aux investissements américains qu'après l'écoulement d'une période de dix ans.¹⁶¹ Les risques d'incompatibilité persistent donc jusqu'à l'expiration de cette période.¹⁶²

¹⁵⁶ La nature non contraignante du texte est affirmée dans les observations finales du protocole d'accord. « *This Understanding constitutes a political arrangement reflecting the Participants' intentions with regard to the matters it addresses and is not an agreement binding under international law.* » Nous soulignons.

¹⁵⁷ Les solutions proposées par l'accord pourraient éventuellement acquérir un caractère contraignant par le biais des parlements nationaux.

¹⁵⁸ L'interdiction des *performance requirements* aurait pu avoir plus d'exceptions.

¹⁵⁹ Pour un auteur, c'est un échec, car le protocole ne va pas plus loin qu'affirmer qu'il est « hautement désirable » de trouver une solution visant à réduire les incompatibilités provenant des restrictions que le Conseil peut prendre concernant la libre circulation des capitaux en provenance des États tiers. Voir paragraphe I, point C du protocole d'accord ; M. Potestà, « Bilateral Investment Treaties and the European Union. Recent developments in arbitration and before the ECJ », *The law & practice of international courts and tribunals*, vol.8, 2009, pp.225-245, p.244.

¹⁶⁰ L. Mola, « Which role for the EU in the development of international investment law? », *loc.cit.*, p. 17 note infra-paginale 80.

¹⁶¹ Voir l'annexe D du protocole d'accord.

¹⁶² P. Juillard, « Investissement et droit communautaire... », *loc.cit.*, p.447.

401. Après ce premier pas, la Commission européenne a souhaité accentuer son approche du droit des investissements internationaux, en poursuivant le processus de mise en exergue des points de tension entre les diverses normes applicables aux investissements extra-communautaires, cette fois-ci par la voie juridictionnelle. En initiant des recours en manquement contre plusieurs États membres ayant adhéré à la Communauté en 1995, l'occasion était par-là offerte à la Cour de Luxembourg d'examiner la question de la compatibilité des dispositions des TBI extra-communautaires avec le droit communautaire.

B. Examen des TBI extra-communautaires par la Cour de justice

402. Les arrêts en manquement contre la Suède, l'Autriche et la Finlande sont considérés comme la deuxième étape de la rencontre entre le droit conventionnel des investissements et le droit communautaire.¹⁶³ Peu avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la CJCE devenue CJUE a pu étudier la compatibilité des TBI extra-communautaires, conclus avant leur adhésion par les États devenus membres de la Communauté en 1995, avec le droit communautaire. La Cour s'est référée pour cela à l'article 307 TCE, qui vise le cas des traités conclus par les États membres avec des pays tiers antérieurement à leur adhésion. Précisons que l'article 307 TCE octroyait une marge de manœuvre réduite, ne permettant pas d'atteindre directement les réseaux conventionnels des États membres fondateurs de la CEE.¹⁶⁴

403. La mise en place d'un examen juridictionnel du contenu des TBI extra-communautaires pose la question de l'avenir de ces instruments conventionnels. Quel est ainsi le sort des TBI extra-communautaires conclus avant l'adhésion des États membres à la Communauté ? **(1)** Quel est celui des instruments conventionnels extra-communautaires conclus après l'adhésion des États membres ? **(2)**

¹⁶³ Voir C. Crépet-Daigremont, « Les interactions normatives dans le domaine des investissements : la remise en cause du droit international par le droit de l'Union européenne », *loc.cit.*, p.168.

¹⁶⁴ La situation des États membres fondateurs de la CEE est spécifique : ils ont conclu des accords d'investissement extra-communautaires uniquement *a posteriori* de la création de la CEE. Ces instruments conventionnels conclus postérieurement à l'adhésion des États membres sont au nombre de 838, tandis que ceux conclus avant l'adhésion sont au nombre de 569, représentant au total 1031 TBI extra-communautaires. Voir A. A. Ghouri, « Resolving incompatibilities of bilateral investment treaties of the EU Member States with the EC treaty: individual and collective options », *ELJ*, vol.16, n°6, novembre 2010, pp.806-830, p.807.

1) L'avenir des TBI extra-communautaires conclus avant l'adhésion à la Communauté européenne des États membres

404. L'incertitude demeure quant au sort des TBI extra-communautaires conclus par les États membres avant leur adhésion, car la position de la Cour a été paradoxale. Celle-ci s'est d'abord prononcée pour la première fois sur une problématique juridique relevant d'un TBI,¹⁶⁵ en proclamant à trois reprises, dans ses jugements contre la Suède, l'Autriche et la Finlande,¹⁶⁶ que ces TBI présentent un risque d'incompatibilité avec le droit communautaire. Dernièrement, il peut être considéré que la Cour a fait volte-face, s'agissant de la question de la validité d'un TBI helvético-slovaque dans le cadre de l'affaire *ATEL*.¹⁶⁷ Revenons alors sur ce qui a été vu comme une « saga ». ¹⁶⁸

405. La Commission européenne a tout d'abord initié, sur la base de l'article 226 TCE, pas moins de quatre recours en manquement, parmi lesquels ceux contre l'Autriche et de la Suède.¹⁶⁹ Ces États avaient conclu, avant leur adhésion, de nombreux TBI extra-communautaires. L'Autriche avait conclu des TBI extra-communautaires avec six États tiers et la Suède avec dix-huit États tiers.¹⁷⁰ Ces traités relevaient donc du champ d'application du principe d'observance des traités antérieurs de l'article 307 TCE.¹⁷¹

406. S'agissant des rapports entre le droit conventionnel des investissements et le droit communautaire, une seule incompatibilité avec le droit communautaire a été soulevée devant la Cour, celle relative à la clause de libre transfert. Il s'agit de celle qui a été retenue par la Cour qui a dit pour droit qu' « *en ayant omis de recourir aux moyens appropriés pour éliminer des incompatibilités relatives aux dispositions en matière de transfert de capitaux contenues dans les*

¹⁶⁵ M. Potestà, « Bilateral Investment Treaties and the European Union... », *loc.cit.*, p.238.

¹⁶⁶ CJCE, 3 mars 2009, *Commission c/ Autriche*, aff. C-205/06 ; CJCE, 3 mars 2009, *Commission c/ Suède*, aff. C-249/06 ; CJCE, 19 novembre 2009, *Commission c/ Finlande*, aff. C-118/07.

¹⁶⁷ CJCE, 15 sept. 2011, *Commission c/ République slovaque*, aff. C-264/09.

¹⁶⁸ Voir Chronique JADE, « Accords bilatéraux d'investissement antérieurs vs droit de l'UE, la saga continue », disponible sur <http://jade.u-bordeaux4.fr/?q=node/57>

¹⁶⁹ L'action de la Commission européenne a visé le Danemark, la Finlande, la Suède et l'Autriche. Seul le cas de l'Autriche et de la Suède retiendra notre attention, car le Danemark a dénoncé le TBI en question et en a négocié un nouveau. Pour la Finlande, un arrêt de la Cour a été rendu *a posteriori*, dont la portée ne fait que reprendre celle des arrêts en manquement contre l'Autriche et la Suède. Voir M. Burgstaller, « The future of bilateral investment treaties of EU member States », in M. Bungenberg *et al.* (eds), *European yearbook of international economic law, op.cit.*, pp.55-78, p.59.

¹⁷⁰ Voir les conclusions de l'avocat général Maduro du 10 juillet 2008, notes infra-paginales n°2 et 3.

¹⁷¹ La Cour a défini très tôt le §1 comme une disposition d'application générale, visant un accord international capable d'affecter le TCE. Ainsi, on déduit l'applicabilité de l'article 307 §1 du TCE aux TBI extra-communautaires. Voir CJCE, 14 octobre 1980, *Burgoa*, aff. C-812/79, points 6 et 8.

accords d'investissement [...] la République d'Autriche a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 307, deuxième alinéa, CE ». ¹⁷² Cela fait dire à un auteur que les autres incompatibilités étudiées par la doctrine ne sont pas de premier ordre, car « la Commission n'aurait certainement pas hésité à les soulever si elles avaient pu constituer des moyens sérieux pour remettre en cause les TBI existants ». ¹⁷³

407. Revenons à cette clause de libre transfert. Les traités d'investissement contenaient tous une clause garantissant aux investisseurs des États concernés le libre transfert en monnaie librement convertible des paiements en rapport avec un investissement, sans retard indu. ¹⁷⁴ Rappelons que les réformes introduites par le Traité de Maastricht autorisent désormais des restrictions à la circulation des capitaux provenant de l'étranger. ¹⁷⁵ Ainsi, ces clauses qui garantissent un transfert libre des capitaux peuvent-elles faire échec à l'application de certaines dispositions du Traité CE ? Autrement dit, cette clause de libre transfert est-elle contraire au TCE, en ce qu'elle s'oppose à ce que le Conseil prenne des mesures de sécurité dans le cadre de la politique extérieure et de sécurité commune ? Le caractère inconditionnel de la clause de libre transfert est au cœur de cette problématique juridique.

408. Pour la Commission européenne, cette clause était non seulement constitutive d'un obstacle aux possibles mesures de gel des avoirs, mais aussi d'un conflit d'obligations pour les États membres. ¹⁷⁶ La procédure prévue au §2 de l'article 307 TCE devait être déclenchée, à savoir l'obligation d'éliminer les incompatibilités impliquant soit une renégociation du traité pour le modifier, soit sa dénonciation. Puisque ni la Suède ni l'Autriche n'avaient agi et pris les « mesures appropriées », la Commission a lancé une procédure en manquement.

409. L'Autriche et la Suède ont bénéficié de l'appui de quatre États membres, à savoir

¹⁷² CJCE, 3 mars 2009, *Commission c/ Autriche*, précité, point 45.

¹⁷³ Voir S. El Boudouhi, « L'avenir des traités bilatéraux d'investissement... », *loc.cit.*, p.88.

¹⁷⁴ Voir CJCE, *Commission c/ Autriche*, point 3.

¹⁷⁵ Avec le Traité de Maastricht, le Conseil a obtenu le pouvoir de prendre des mesures restrictives en matière de libre circulation des capitaux, selon les articles 57 §2, 59 et 60 du TCE. Le Conseil n'a utilisé que rarement ces pouvoirs, s'agissant de l'article 60 §1 TCE. En 2009, la Communauté n'avait pas encore fait usage de l'article 57 §2 ou de l'article 59 TCE. Des sanctions ont été adoptées contre la Côte d'Ivoire, la Serbie et le Monténégro. Voir le §11 et la note infra-paginale n°4 des conclusions de l'avocat général Maduro du 10 juillet 2008.

¹⁷⁶ Si un État membre devait restreindre les flux de capitaux avec un État tiers, il serait en violation d'une obligation internationale imposée par le TBI. S'il ne restreignait pas les flux, il serait alors en violation du droit communautaire. La restriction que permet le droit communautaire s'oppose donc à la clause du TBI qui n'en contient pas. Voir CJCE, *Commission c/ Autriche*, point 4.

l'Allemagne, la Finlande, la Hongrie et la Lituanie.¹⁷⁷ Ils ont affirmé que le Conseil n'avait pas encore fait usage du pouvoir de prendre des mesures restrictives sur le fondement des articles 57 §2 et 59 TCE et que l'incompatibilité était donc hypothétique.¹⁷⁸ Elle pouvait sinon être résolue de façon préalable, en vertu du droit international public et de son principe *rebus sic standibus*.¹⁷⁹ Selon le principe invoqué par l'Autriche et la Suède, un traité devient inapplicable à cause d'un changement fondamental de circonstances. Toutefois, comme l'a noté l'avocat général, l'application du principe *rebus sic standibus* est très limitée.¹⁸⁰

410. En s'appuyant sur le raisonnement de l'avocat général,¹⁸¹ la Cour a suivi la position de la Commission européenne. Elle a exigé une action *ex ante* des États membres dans la prise en compte d'éventuelles incompatibilités,¹⁸² en rejetant les possibilités de recours aux principes de droit international.¹⁸³ Elle a déclaré que l'Autriche et la Suède avaient effectivement violé l'article 307 §2 du TCE, en disant pour droit que les clauses de libre transfert contenues dans ces TBI extra-communautaires étaient incompatibles avec le TCE.¹⁸⁴ Cette solution a été confirmée *a posteriori* s'agissant de la Finlande.¹⁸⁵ Pour le droit matériel des investissements extra-communautaires, ces trois jugements marquent le départ d'un futur placé sous vigilance communautaire.

411. La capacité des États membres à agir comme les sujets souverains de droit international qu'ils sont encore apparaît fortement réduite. On ne peut s'empêcher de penser à la compétence communautaire exclusive en matière d'investissement extra-communautaire accordée par le Traité de Lisbonne. L'obligation d'éliminer une incompatibilité hypothétique vise donc à « garantir l'exercice futur de la compétence de l'Union » et ainsi à « dépasser le simple conflit de normes ».¹⁸⁶

¹⁷⁷ Voir CJCE, *Commission c/ Autriche*, points 19-23.

¹⁷⁸ *Ibid.*, point 19.

¹⁷⁹ *Ibid.*, point 61.

¹⁸⁰ Voir le point 61 des conclusions de l'avocat général Maduro ; article 62 de Vienne sur le droit des traités de 1969.

¹⁸¹ L'avocat général avait pris la précaution de faire un détour par l'article 10 TCE, en dressant une comparaison du cas d'espèce avec l'obligation des États membres de transposer une directive, ces derniers devant s'abstenir de prendre des mesures qui compromettraient la transposition. Voir le point 42 de ses conclusions.

¹⁸² La Cour a déclaré que « pour assurer l'effet utile desdites dispositions, il est nécessaire que les mesures restreignant la libre circulation des capitaux puissent être, dans le cas où elles seraient adoptées par le Conseil, immédiatement appliquées à l'égard des États qu'elles concernent et qui peuvent être certains des États ayant signé l'un des accords en cause avec la République d'Autriche ». Voir CJCE, *Commission c/ République d'Autriche*, point 36.

¹⁸³ Les possibilités de renégociation des conventions, de suspension ou de dénonciation ont été jugées comme « trop incertaines » pour garantir l'effet utile des mesures éventuellement prises par le Conseil au titre des dispositions du TCE. *Ibidem*, point 40.

¹⁸⁴ CJCE, *Commission c/ Autriche*, point 45.

¹⁸⁵ En l'espèce, une clause garantissait la protection des investissements dans les limites autorisées par la législation de la partie contractante. La Finlande a soutenu que les obligations communautaires faisaient partie de son droit interne, mais la Cour a considéré cette clause comme « trop incertaine » et qu'elle pouvait restreindre les capacités d'action du Conseil. Voir CJCE, 19 novembre 2009, *Commission c/ Finlande*, aff. C-118/07, points 5 et 42.

¹⁸⁶ E. Neframi, *L'action extérieure de l'Union européenne...*, *op.cit.*, p.136.

Pour « répondre à une attente plus immédiate des autorités communautaires », ¹⁸⁷ le raisonnement a ainsi dû ne pas s'attarder sur certains points qui méritent cependant d'être relevés.

412. Il peut être soutenu en ce sens que le recours à une interprétation fondée sur une incompatibilité hypothétique s'oppose à la lecture de l'article 307 §2 TCE, ¹⁸⁸ qui dispose : « *Dans la mesure où ces conventions ne sont pas compatibles avec le présent traité, le ou les États membres en cause recourent à tous les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités constatées* » et qui ne fait pas expressément référence à ce type d'incompatibilités. De plus, la Cour a appliqué une même conclusion, pour des clauses de libre transfert au contenu pourtant non similaire. ¹⁸⁹ L'extension illimitée de la portée de l'article 307 TCE est aussi contestable, car elle reste incertaine. ¹⁹⁰ Par ailleurs, cette nouvelle obligation pour les États membres peut être vue comme « disproportionnée », ¹⁹¹ en résultat d'un rejet injustifié des méthodes prévues par le droit international. ¹⁹² Enfin, un manque de cohérence peut être constaté, puisque le Traité sur la Charte de l'énergie contient la même clause de libre transfert, traité auquel la Communauté est pourtant partie. ¹⁹³

413. L'action que doivent désormais entreprendre l'Autriche et la Suède, en vertu de l'article 307 §2 TCE, n'est guère plus évidente. Celle-ci peut en théorie aller des renégociations jusqu'à la dénonciation des traités incompatibles, en *ultima ratio*. ¹⁹⁴ La Cour n'a pas exigé la mise en oeuvre de ce dernier point, ¹⁹⁵ se contentant de requérir l'élimination des incompatibilités, ¹⁹⁶ par le biais de

¹⁸⁷ B. Poulain, « Développements récents du droit communautaire des investissements internationaux », *RGDIP*, n°4, 2009, pp.873-895, p.875.

¹⁸⁸ P. Juillard, « Investissement et droit communautaire... », *loc.cit.*, p. 455.

¹⁸⁹ Un paradoxe est qu'une même conclusion est atteinte, alors que la rédaction des clauses de libre transfert des multiples TBI extra-communautaires conclus par l'Autriche et la Suède variait. Voir M. Potestà, « Bilateral Investment Treaties and the European Union. Recent developments in arbitration and before the ECJ », *loc.cit.*, p.242.

¹⁹⁰ En résultat, la portée de l'article 307 TCE se trouve grandement élargie et devient même nouvelle pour son §2. Voir E. Neframi, *L'action extérieure de l'Union européenne...*, *op.cit.*, p.135.

¹⁹¹ La Cour n'a pas justifié pourquoi la Suède et l'Autriche ne pouvaient pas suspendre l'application de leur TBI par l'usage de la *clausula rebus sic stantibus* de l'article 62 de Vienne. Voir N. Lavranos, « New developments in the interaction between international investment law and EU law », *Law and practice of international courts and tribunals*, n°9, 2010, pp. 409-441, p.422.

¹⁹² Que dire du laps de temps entre la prise de décision de gel des avoirs et sa mise en action ? Pouvait-il laisser le temps de renégocier le TBI ? Voir M. Potestà, « Bilateral Investment Treaties and the European Union. Recent developments in arbitration and before the ECJ », *loc.cit.*, p.241.

¹⁹³ S. El Boudouhi, « L'avenir des traités bilatéraux d'investissement... », *loc.cit.*, p.92.

¹⁹⁴ L'incertitude est liée à l'expression « *toutes les mesures appropriées* » de cet article. Dans l'arrêt *Commission c/ Portugal*, la Commission avait soutenu que l'article 307 §2, pour assurer la primauté du droit communautaire, imposait aux États membres une obligation de résultat spécifique qui pouvait inclure la dénonciation de l'accord, en dernière mesure. Voir CJCE, 21 janvier 1999, *Commission c/ Belgique*, aff. C-347/97, point 42 ; CJCE, 4 juillet 2000, *Commission c/ Portugal*, aff. C-84/98, point 49.

¹⁹⁵ La dénonciation des TBI extra-communautaires aurait eu des effets négatifs sur les investisseurs communautaires.

l'assistance mutuelle entre États membres.¹⁹⁷ Tout porte à croire que le cas de l'Autriche et de la Suède a été au service de la progression de l'approche européenne du droit des investissements internationaux, pour des raisons de stratégie.¹⁹⁸ Il s'agit également d'un avertissement lancé aux États membres fondateurs.¹⁹⁹

414. Peu après, la Cour s'est à nouveau prononcée sur la validité des TBI extra-communautaires, pour se contredire. Lors d'une affaire opposant une société suisse à la Slovaquie, la personne privée a invoqué le TBI helvético-slovaque, conclu avant l'adhésion de l'État membre. Un contrat d'investissement avait été passé entre la société suisse *ATEL* et le gestionnaire du réseau de transport slovaque qui a concédé à la société suisse, en contrepartie de son financement d'une ligne de transport d'électricité, un accès prioritaire pour une période de seize années au réseau. Pour la Commission européenne, ce contrat violait la directive 2003/54 garantissant un accès non-discriminatoire aux réseaux de transport d'électricité.²⁰⁰

415. La République slovaque a cherché la protection du TBI conclu entre la Suisse et la République slovaque en 1990, en soutenant que la concession était non un contrat d'accès préférentiel mais un investissement et que la terminaison de ce contrat entraînait le versement d'une indemnité pour cause d'expropriation indirecte.²⁰¹ La question était de savoir si le traitement préférentiel accordé à la société suisse *ATEL*, non conforme à la directive, pouvait être justifié en vertu du TBI. La Commission a soutenu, alors que ce TBI contenait une clause de libre transfert inconditionnelle similaire à celles des TBI conclus par l'Autriche et la Suède,²⁰² que l'article 307 §1 TCE n'avait pas vocation à s'appliquer en l'espèce.²⁰³ La Cour acquiesça cette position, en faisant prévaloir les effets du TBI sur le droit communautaire,²⁰⁴ soit exactement l'opposé de sa décision

Elle aurait tout de même enclenché la mise en action des clauses de survie. Voir M. Potestà, « Bilateral Investment Treaties and the European Union... », *loc.cit.*, p.243.

¹⁹⁶ Les renégociations devront donc éliminer les clauses de libre transfert ou insérer une clause ORIE. La renégociation des accords est probable. Voir S. El Boudouhi, « L'avenir des traités bilatéraux d'investissement... », *loc.cit.*, p.93.

¹⁹⁷ CJCE, *Commission c/ Autriche*, point 44.

¹⁹⁸ Et les critiques d'ajouter qu'étrangement, il n'y a pas eu de recours en manquement contre d'autres États qui avaient conclus des TBI similaires. Voir N. Lavranos, « New developments in the interaction between international investment law and EU law », *loc.cit.*, p.420.

¹⁹⁹ P. Juillard, « Investissement et droit communautaire... », *loc.cit.*, p.456.

²⁰⁰ CJCE, 15 sept. 2011, *Commission c/ République slovaque*, précité, point 16.

²⁰¹ *Ibidem*, point 21.

²⁰² Voir l'article 5 de l'accord entre la Confédération suisse et la République fédérative tchèque et slovaque concernant la promotion et la protection réciproques des investissements, conclu le 5 octobre 1990.

²⁰³ Pour elle, il n'existe « aucune incompatibilité entre l'accord concernant la promotion et la protection réciproques des investissements et ce droit [communautaire] ». CJCE, 15 oct. 2011, *Commission c/ Slovaquie*, point 18.

²⁰⁴ La Cour a conclu en disant pour droit que, pour la Slovaquie, se conformer au droit communautaire revenait à violer les obligations du TBI. « Force est de constater que l'accès préférentiel accordé à *ATEL* peut être considéré comme un investissement protégé par l'accord concernant la promotion et la protection réciproques des investissements, et

antérieure.

416. Cette « saga » relative à la compatibilité des TBI extra-communautaire avec l'ordre juridique communautaire peut donc laisser perplexe. Au vu de ce dernier arrêt, il est possible de retenir la compatibilité de ces accords, à tout le moins lorsqu'il s'agit d'investissements réalisés dans le secteur sensible de l'énergie pour lequel la Cour est plus sensible à la souveraineté des États membres.²⁰⁵ Analysons enfin le sort des TBI extra-communautaires conclus après l'adhésion des États, ceux qui sont numériquement les plus nombreux. Les principes qui se dégagent des arrêts en manquement contre l'Autriche et la Suède peuvent-ils s'appliquer à cette catégorie de TBI ?

2) L'avenir des TBI extra-communautaires conclus après l'adhésion à la Communauté européenne des États membres

417. Si la surveillance communautaire vise les TBI extra-communautaires conclus avant l'adhésion des États, il ne fait aucun doute que la Commission européenne souhaite étendre son examen correctif aux TBI extra-communautaires conclus après les processus d'adhésion. Toutefois, la lettre de l'article 307 TCE ne lui donne pas une telle faculté.²⁰⁶ Alors que la compatibilité de cette dernière catégorie de TBI est stratégique,²⁰⁷ il était impossible juridiquement et matériellement, pour la Commission, d'user de la voie du recours en manquement contre les États membres restants. Le Traité de Lisbonne et la nouvelle compétence qu'il prévoit doivent permettre par la suite d'atteindre ces instruments conventionnels.

418. En attendant, il a été remarqué que ces TBI contiennent la même clause inconditionnelle de transfert, qu'ils ont un effet similaire aux TBI conclus avant l'adhésion et qu'ils peuvent être considérés comme incompatibles avec le droit communautaire.²⁰⁸ Il est donc évident,

selon l'article 307, premier alinéa, CE, il ne peut pas être affecté par les dispositions du traité CE. » La portée de cet arrêt est considérée, au vu de la construction de la politique commune d'investissement, comme un précédent problématique. Voir CJCE, *ibidem*, point 51 ; G.A. Bermann, « Navigating EU law and the law of international arbitration », *Arbitration international*, vol.28, n°3, 2012, pp.397-445, note infra-paginale 163, p.437.

²⁰⁵ F.J. Pascual Vives, « Los acuerdos sobre promoción y protección recíproca de las inversiones extranjeras y el derecho de la Unión Europea », *REDE*, n°40, 2011, pp.441-489, p.454.

²⁰⁶ La Commission n'a pas de base légale suffisante pour viser le cas des TBI extra-communautaires des États fondateurs de la Communauté, l'article 307 TCE ne s'appliquant pas aux TBI extra-communautaires conclus après l'adhésion des États. Voir CJCE, 27 février 1962, *Commission c/ République d'Italie*, aff. C-10/61.

²⁰⁷ La question doit être posée car « le véritable problème est celui des réseaux bilatéraux qui ont été construits par les États membres d'origine – Allemagne et France – postérieurement à la date d'entrée en vigueur du traité de Rome ». Voir P. Juillard, « Investissement et droit communautaire... », *loc.cit.*, p.456.

²⁰⁸ Cela pose un problème de discrimination, que la Cour de Luxembourg a rejeté en soutenant que « la mise en œuvre du droit communautaire par les États membres ne peut être soumise à une condition de réciprocité. » Voir CJCE,

du point de vue bruxellois, que ces instruments nécessitent certains amendements, sur le modèle de l'article 307 §2 TCE.²⁰⁹ À l'exception de l'action spontanée des États, qui préfèrent pour certains exprimer leur désaccord quant à l'édification d'une politique commune d'investissement, les moyens d'action de la Commission européenne sont donc limités.

419. À ce propos, la Cour a tenté de démontrer la possible extension de la portée de l'article 307 TCE. Elle a soutenu que ce qu'elle avait dit pour droit pour l'Autriche et la Suède n'était pas limité à ces États.²¹⁰ Il a aussi été suggéré de s'en remettre au devoir de coopération loyale,²¹¹ voire d'étendre la portée de l'article 307 aux TBI postérieurs à l'adhésion. Pour cela, il faudrait que cet article ne retienne plus la date d'adhésion des États, mais l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne comme référentiel déclenchant le principe d'observance des accords antérieurs. Ainsi, l'ensemble des TBI extra-communautaires postérieurs deviendrait antérieurs à « l'adhésion », autorisant ainsi leur amendement.²¹² S'il est possible de suggérer cette possibilité, dans les faits elle n'apparaît pas plausible et il convient donc de l'écarter.

Commission c/ Finlande, point 48.

²⁰⁹ Ce contrôle de compatibilité des TBI extra-communautaires conclus après l'adhésion des États membres a été organisé par le règlement N°1219/2012, à la suite de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.

²¹⁰ La cour a pris soin de déclarer que « Les incompatibilités avec le traité auxquelles conduisent les accords d'investissement avec des États tiers et qui s'opposent à l'application des restrictions aux mouvements de capitaux et aux paiements que peut adopter le Conseil en vertu des articles 57, paragraphe 2, CE, 59 CE et 60, paragraphe 1, CE ne se limitent pas à l'État membre défendeur dans la présente affaire ». La République tchèque a souhaité en 2008 renégocier ses TBI extra-communautaires pour se mettre en conformité avec l'article 307 TCE. Voir le point 43 de l'arrêt *Commission c/ Autriche* ; UNCTAD, *Recent developments in international investment agreements*, (2008-June 2009), IIA monitor n°3, United Nations, New York and Geneva, 2009, p.5.

²¹¹ L'article 10 TCE avait été pris en compte par l'avocat général dans l'arrêt *Commission c/ Suède*, mais « il n'est pas certain qu'elle [la CJCE] aurait pu aller jusqu'à faire découler du seul article 10 TCE une obligation de résultat permettant de rendre incompatibles avec le droit communautaire des TBI postérieurs à l'adhésion à la Communauté ». Voir S. El Boudouhi, « L'avenir des traités bilatéraux d'investissement... », *loc.cit.*, p.92.

²¹² L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne serait à considérer comme une modification essentielle des traités, en raison de l'apparition de la nouvelle compétence en matière d'IDE, pour permettre à cet article de déployer ses effets. Il a donc été soutenu que la portée de l'arrêt *Commission c/ Autriche et Suède* devrait être appliquée à tous les TBI extra-européens conclus avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Voir J. Ceysens « Towards a common foreign investment policy? Foreign investment in the European Constitution », *Legal Issues of Economic Integration*, vol.32, n°3, 2005, pp.259-291, p.288 ; N. Lavranos, « Member States' bilateral investment treaties (BITs): Lost in transition », in N. Lavranos, R. Kok *et al.* (eds.), *Hague Yearbook of International Law 2011*, Koninklijke Brill, 2012, pp.281-311, p.292.

Conclusion du chapitre 1

420. De cette analyse, il ressort que, durant les prémices du projet institutionnalisé et par la suite, l'Union européenne est restée en marge du phénomène de protection des investissements étrangers par voie conventionnelle tel qu'initié par les États membres. Bien que disposant d'une compétence limitée, les institutions ont tout de même établi un régime applicable aux investissements circulant au sein du marché commun. Vis-à-vis des pays tiers, la Commission européenne a développé une pratique conventionnelle dont le contenu est relatif à la période préalable à l'investissement.

421. Afin de remédier à ce constat, la Commission européenne a mis en place une approche du droit matériel des investissements internationaux, devant lui permettre d'obtenir la capacité conventionnelle des États membres et donc de conclure de futurs accords d'investissement. Elle a aussi souhaité mettre en évidence les incompatibilités entre les accords existants et le droit régional, peu avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne qui octroie à l'Union européenne une nouvelle compétence et active la mise en compatibilité des réseaux conventionnels postérieurs à l'adhésion des États membres.

422. Mais auparavant, intéressons-nous au thème de la protection des investissements intra-communautaires, qui met en interaction le droit international conventionnel avec le droit régional sous la forme d'une superposition normative. Voyons comment la Commission européenne considère cette problématique additionnelle et si cette dernière peut remettre en cause le projet de politique externe d'investissement.

Chapitre 2. Droit international matériel des investissements intra-communautaires et droit communautaire

423. Les relations entre le droit international matériel des investissements extra-communautaires et le droit communautaire sont devenues hautement contentieuses, lorsque récemment le premier s'est trouvé applicable aux investissements intra-communautaires. Ce phénomène est le résultat de l'intégration à la Communauté des pays d'Europe centrale et orientale faisant à la suite de la chute du mur de Berlin. Dans le prolongement des accords d'association conclus par la Communauté avec ces pays, la quasi-totalité des États membres avaient également conclu avec eux des TBI extra-communautaires, participant de la sécurisation du phénomène de « ruée vers l'Est » des entreprises européennes.²¹³

424. Dès l'adhésion de ces pays à la Communauté,²¹⁴ ces TBI sont devenus intra-communautaires et appellent à réfléchir sur leurs rapports avec le droit communautaire. Il faut souligner que l'existence de deux précédents TBI intra-communautaires, en conséquence de l'adhésion de la Grèce et du Portugal à l'organisation régionale, n'a été repérée que récemment. Il s'agit du TBI entre l'Allemagne et la Grèce, signé le 27 mars 1961, et celui entre l'Allemagne et le Portugal, signé le 16 septembre 1980. Le TBI Allemagne-Grèce a récemment été au centre des attentions, en conséquence de la crise de la dette grecque.²¹⁵

425. Le cadre intra-communautaire présente donc les traits d'une superposition normative, composée de la norme internationale et de la norme régionale, l'ensemble étant possiblement applicable à l'investissement intra-communautaire (**Section 1**). Face à ce constat, il sera par la suite tenté de discerner les principes applicables à prise en compte de cette superposition normative (**Section 2**).

Section 1. L'émergence d'une superposition normative

426. Les TBI intra-communautaires sont des traités d'investissement conclus *ab initio* entre des États membres de la Communauté et des pays tiers voisins. Ces derniers ayant acquis à une date

²¹³ J. Touscoz, « La "ruée vers l'Est". De quelques problèmes juridiques soulevés par les opérations de commerce et d'investissement réalisées par les entreprises occidentales dans les pays d'Europe centrale et orientale », *JDI*, n°1, 1991, pp.27-55.

²¹⁴ L'adhésion concerne d'abord en 2004 Chypre, l'Estonie, la Hongrie, la Pologne, la République tchèque, la Slovaquie, la Lettonie, la Lituanie, Malte et la Slovaquie, puis en 2007, la Roumanie et la Bulgarie et enfin, en 2013, la Croatie.

²¹⁵ Voir J. Wilson & G. Wiesmann, « Germans seek lawsuits over Greek debt swap », *Financial times*, 12 mars 2008.

ultérieure la qualité de membre, ces traités lient *in fine* deux États membres.²¹⁶ Identifiés par la Commission européenne dès 1998,²¹⁷ leur présence au sein du système juridique régional est vectrice de nombreuses interrogations.

427. Signalons que les investissements intra-communautaires constituent un domaine partagé de compétence.²¹⁸ Désormais, ils sont en théorie régis par une *lex multiplex*, composée du droit communautaire auquel se superposent les TBI. La situation relève alors d'un cas de superposition normative.

428. Encore faut-il pour cela que les TBI intra-communautaires soient applicables. La question est fortement controversée et a donné lieu à un débat. Dans le cadre d'une analyse fondée sur la norme internationale, la norme régionale et sur la jurisprudence arbitrale,²¹⁹ il conviendra de s'intéresser à la question de l'applicabilité des TBI intra-communautaires au sein du système juridique communautaire (**Paragraphe 1**), puis à celle de l'application de ces instruments conventionnels (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. L'applicabilité des TBI intra-communautaires

429. Parce que l'Europe centrale et orientale reste l'une des destinations privilégiées des investisseurs communautaires,²²⁰ la question de l'applicabilité des TBI intra-communautaires est de la plus haute importance. Elle est en outre spécifique, en ce qu'elle ne relève plus uniquement d'une étude préalable classique de la satisfaction des critères *ratione materiae*, *ratione personae* et *ratione*

²¹⁶ Avant l'adhésion de la Croatie, environ 191 TBI intra-communautaires ont été décomptés, puis 180 suite aux procédures de dénonciation initiées par certains États membres. L'adhésion de la Croatie, le 1er juillet 2013, a abouti à l'existence de peu ou prou 200 TBI intra-communautaires. Qu'il s'agisse de la Turquie, de la Macédoine, de l'Islande, du Monténégro ou encore de la Serbie, les pays présentés comme officiellement candidats ont conclu des TBI extra-communautaires avec les États membres. Ainsi, c'est en théorie plus d'une soixantaine de TBI intra-communautaires en devenir qui seraient possiblement ajoutés, en fonction de leur date de conclusion et de l'adhésion des États candidats. Voir International Law Association committee on the international law on foreign investment, « Final report », in International law association, *Report of the seventy-third conference*, Rio de Janeiro, 2008, London, International law association, p.7 ; E. Gaillard, in « Table ronde, L'arbitrage international et le droit de l'Union européenne : un dialogue constructif ou une collision inévitable ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°5, septembre-octobre 2013, pp.9-19, p.16.

²¹⁷ Voir la lettre en date du 13 janvier 2006 de M. Schaub de la DG marché intérieur adressée au Ministre des finances tchèque, reprise dans la sentence *Eastern Sugar*, §119. Il y est dit que la Commission européenne avait dès 1998 des inquiétudes aux sujets des TBI conclus entre les États membres et les pays tiers candidats.

²¹⁸ Dans le cadre intra-communautaire, la régulation de la matière de l'investissement étranger passe de la politique commerciale commune à celle du marché intérieur.

²¹⁹ A. A. Ghouri, « Resolving incompatibilities of bilateral investment treaties... », *loc.cit.*, p.826.

²²⁰ S. Alexandrov, M. Carlson et J. Robbins, « The future of investment treaty protection in Eastern Europe », *The European and middle eastern arbitration review*, 2009, p.1.

temporis. En l'espèce, l'analyse suppose une ouverture aux considérations contextuelles et politiques.²²¹ L'applicabilité dépend alors de la qualification donnée à cette superposition normative théorique : s'agit-il une redondance ou d'une congruence normative ?

430. L'avenir des TBI intra-communautaires au sein du système juridique communautaire est au cœur d'un vif débat. Exposons les termes de ce dernier, en distinguant les arguments en défaveur de l'applicabilité des TBI intra-communautaires, **(A)** puis ceux en faveur d'une telle applicabilité **(B)**.

A. Arguments en défaveur de l'applicabilité des TBI intra-communautaires

431. À cette volonté des investisseurs communautaires, s'oppose la résistance des États membres hôtes de leurs investissements. Certains ont été attirés à l'arbitrage et ont argué de l'inapplicabilité des TBI, en conséquence de la péremption de ces derniers par effet de leur adhésion à la Communauté et de la prévalence du droit communautaire. En conséquence, pour ces États membres, la résolution d'un différend relatif à un investissement intra-communautaire ne relève pas de la compétence des tribunaux arbitraux.

432. Cet argumentaire des États membres d'Europe centrale et orientale, en position défenderesse aux instances arbitrales, **(1)** a trouvé l'appui de la Commission européenne, qui a souhaité intervenir durant les procédures. En tant qu'*amicus curiae*, la Commission européenne a confirmé la position des nouveaux États membres et a tenté de convaincre les arbitres de l'inapplicabilité et de l'invalidité des TBI intra-communautaires **(2)**. Par la suite, la doctrine minoritaire a cherché à étayer ce point de vue **(3)**. Enfin, la future position de la Cour de Justice à propos de la validité des TBI intra-communautaires doit faire l'objet d'une réflexion **(4)**.

1) Les États hôtes de l'investissement

433. Soulignons que, pour leur argumentaire, les États membres défenseurs ont usé de bases légales et de théories multiples, en les interprétant de façon à ce qu'elles les libèrent de l'application des TBI. En droit international tout d'abord, ils ont notamment invoqué l'article 59 de la Convention

²²¹ Un auteur note que la réponse à la question de l'applicabilité « dépend certainement autant des points de vue, eurosceptiques ou euro-optimistes, que d'un raisonnement purement juridique. » Voir B. Poulain, « Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union », *RGDIP*, n°4, 2007, pp.803-828, p.808.

de Vienne sur le droit des traités et sa théorie de l'extinction implicite du traité antérieur, en l'espèce les TBI.²²² Cet article précise qu' « Un traité est considéré comme ayant pris fin lorsque toute les parties à ce traité concluent ultérieurement un traité portant sur la même matière et :

a) S'il ressort du traité postérieur ou s'il est par ailleurs établi que selon l'intention des parties la matière doit être régie par ce traité ; ou

b) Si les dispositions du traité postérieur sont incompatibles avec celles du traité antérieur à tel point qu'il est impossible d'appliquer les deux traités en même temps ».

434. Par une satisfaction douteuse des critères imposés par cet article et sur laquelle nous reviendrons, les TBI seraient terminés implicitement, puisque les mêmes parties auraient conclu, sur une même matière,²²³ un autre traité postérieurement, à savoir le TCE. Nous expliciterons plus en détail cette thèse par la suite et pourquoi elle a été rejetée par les tribunaux arbitraux.

435. Au cas où les arbitres ne seraient pas convaincus, ils se sont ensuite tournés vers l'invocation du droit communautaire, plus précisément vers sa primauté vis-à-vis des TBI. Cette primauté rendrait nécessaire la dénonciation de ces traités internationaux conclus entre États membres. En outre, ils ont également fait référence au principe de confiance mutuelle,²²⁴ mais aussi au risque de discrimination entre les investisseurs communautaires impliqué par la compétence des tribunaux arbitraux fondée sur ces traités.²²⁵ Nous y reviendrons.

436. Cette argumentation, exprimée par quelques États membres, pourrait être adoptée par d'autres, qui auraient en commun leur positionnement géographique et leur nature importatrice de capitaux. Ainsi, la possible condamnation au paiement d'une indemnité de compensation prononcée par les tribunaux arbitraux est la principale raison à leur rejet de l'applicabilité des TBI. La plupart de ces États a d'ailleurs suivi les recommandations de la Commission européenne en choisissant, dans un contexte excluant le renouvellement, de mettre fin à leur TBI, comme c'est le cas de l'Irlande et de l'Italie en 2012 et en 2013.²²⁶ La République tchèque a souhaité s'engager dans l'extinction par consentement mutuel de ses vingt-trois TBI intra-communautaires.²²⁷ D'autres ont

²²² Il s'agit de la position défendue par la République tchèque et la République slovaque. Voir le §25 de la sentence *Eastern sugar* et le §93 de la sentence *Eureko*.

²²³ CNUDCI, *Eastern sugar BV c. République tchèque*, §101.

²²⁴ *Ibidem*, §107.

²²⁵ *Ibid.*, §100.

²²⁶ Voir le communiqué de presse de la Commission européenne, « La Commission demande aux États membres de mettre fin à leurs accords bilatéraux d'investissement intra-UE », Bruxelles, le 18 juin 2015.

²²⁷ Voir les §127 de la sentence *Eastern sugar*, §82 et §124 de la sentence *Eureko* ; UNCTAD, *Recent developments in*

opté pour la renégociation afin d'éliminer la clause de survie, avant de finalement dénoncer le traité.²²⁸

2) La Commission européenne

437. Pour soutenir la position des États défendeurs, la Commission européenne a présenté aux tribunaux arbitraux des demandes de participation aux instances arbitrales en tant qu'*amicus curiae*, pour porter la voix de l'Union européenne devant des juges non spécialistes du droit communautaire. Ses interventions ont tenté de démontrer que ces TBI constituaient une menace externe à la cohérence de l'ordre juridique communautaire et qu'ils étaient donc indésirables.²²⁹

438. Pour les écarter du territoire régional, elle a eu recours au principe de primauté inconditionnelle du droit communautaire, déclenchée par l'adhésion à l'Union européenne des nouveaux États membres.²³⁰ Elle a également qualifié ces traités d'« anomalie »²³¹ au sein du système communautaire et a aussi mis en exergue les risques d'incompatibilités avec le droit communautaire, eu égard notamment au principe d'égalité de traitement mis à mal par l'accès non généralisé à l'arbitrage, sur lequel nous reviendrons.

439. Retenons alors que les arguments de la Commission européenne s'inscrivent largement dans le prolongement de ceux défendus par les États membres hôtes de l'investissement.²³² Il convient également de noter une nuance dans son raisonnement, selon laquelle les TBI intra-communautaires sont applicables sauf s'il existe une incompatibilité entre la norme internationale et la norme régionale.²³³

440. Alors que la création d'une politique communautaire d'investissement est appelée à s'officialiser lors de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la Commission européenne craint que

international investment agreements (2008- June 2009), loc.cit., p.5.

²²⁸ E. Gaillard, in « Table ronde, L'arbitrage international et le droit de l'Union européenne : un dialogue constructif ou une collision inévitable ? », loc.cit., p.17.

²²⁹ Voir C. von Krause, « The European Commission's opposition to intra-EU BITs and its impact on investment arbitration », *Kluwer Arbitration Blog*, 20 septembre 2010.

²³⁰ Voir §119 de la sentence arbitrale *Eastern sugar*.

²³¹ *Ibidem*, §126 et le §117 de la sentence arbitrale *Eureko*. Un auteur parle d'« anachronisme ». Voir J. Díez-Hochleitner, « El incierto futuro de los acuerdos bilaterales... », loc.cit., p.42.

²³² La Commission a notamment soutenu, *ibidem*, « qu'après l'adhésion, le TBI n'est plus applicable aux domaines qui relèvent de la compétence de la Communauté » et que « seuls la représentation diplomatique, l'expropriation et la promotion des investissements ne seraient pas de la compétence des institutions communautaires ». Nous traduisons.

²³³ Voir §180 de la sentence *Eureko*.

la présence de ces TBI discrédite l'efficacité de ce projet. C'est pourquoi elle a demandé à certains États membres de dénoncer ces traités et a donc engagé le 18 juin 2015 des procédures d'infraction contre eux.²³⁴ À ce propos, la base légale de l'action en manquement ne peut être que le principe de suprématie du droit communautaire tel que dégagé par la Cour. En effet, notons que l'article 307 §2 TCE, imposant une obligation d'élimination des incompatibilités contenues par les traités extra-communautaires, n'est d'aucun secours pour les traités intra-communautaires, puisqu'une telle obligation n'existe pas au regard de ces traités conclus entre deux États membres.²³⁵ S'agissant des autres États membres, un dialogue administratif a été engagé et une réunion en octobre 2015 doit conduire à éliminer de façon coordonnée l'ensemble des TBI intra-communautaires pour les 26 États membres concernés.²³⁶

3) La doctrine minoritaire

441. Dans le prolongement de la position partagée par les États hôtes et la Commission, quelques auteurs ont initié une réflexion doctrinale sur l'obsolescence de ces TBI. Celle-ci proviendrait selon eux de l'existence d'un droit communautaire des investissements.²³⁷ Leur propos a pour fondement la forte valeur « conjoncturelle »²³⁸ du droit des investissements internationaux, qui n'aurait plus lieu d'être au sein du projet européen construit entre des États ne présentant pas un écart de développement qui justifierait un besoin de protection des investisseurs par crainte du déni de justice.²³⁹

442. Dans cette logique, ils mettent en exergue le fait que les États membres forment « une communauté de droit »,²⁴⁰ à savoir un espace juridique stable et prévisible,²⁴¹ au sein duquel le risque du déni de justice n'a plus lieu d'être. Partant, le droit des investissements internationaux « ne serait [...] plus pertinent dans le cadre d'intégrations économiques qui présupposent une solidarité et

²³⁴ Voir le communiqué de presse de la Commission européenne, « La Commission demande aux États membres de mettre fin à leurs accords bilatéraux d'investissement intra-UE », Bruxelles, le 18 juin 2015.

²³⁵ Voir J. Dutheil de la Rochère, « Quel rôle pour la Cour de Justice ? », *loc.cit.*, p.38.

²³⁶ Communiqué de presse de la Commission européenne, « La Commission demande aux États membres... », *loc.cit.*

²³⁷ Voir B. Poulain, « Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux... », *loc.cit.* ; B. Poulain, « Développements récents du droit communautaire des investissements internationaux », *loc.cit.* ; B. Poulain, « L'investissement international : définition ou définitions ? », *loc.cit.* ; B. Poulain et M. Raux, « Actualité du droit européen des investissements internationaux », *RGDIP*, n°1, 2011, pp.113-140 ; E. Teynier, « L'applicabilité des traités bilatéraux sur les investissements entre États membres de l'Union européenne », *loc.cit.*

²³⁸ B. Poulain, « L'investissement international : définition ou définitions ? », *loc.cit.*, p.143.

²³⁹ J. Díez-Hochleitner, « El incierto futuro de los acuerdos bilaterales... », *loc.cit.*, p.42 et suiv.

²⁴⁰ CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c/ Parlement européen*, aff. C-294/83, point 23.

²⁴¹ Dans cet espace, le citoyen communautaire « a le droit à l'assurance que, où qu'il se rende pour gagner sa vie dans la communauté, il sera traité selon un code commun de valeurs fondamentales ». Voir le point 49 des conclusions de l'avocat général Jacobs, à propos de CJCE, 30 mars 1993, *Ch. Konstantinidis*, aff. C-168/91.

une confiance mutuelle suffisantes entre ses membres. »²⁴² Un des indices d'une désuète redondance normative serait le fait que les États membres fondateurs n'ont ressenti à aucun moment le besoin de conclure des TBI entre eux.²⁴³

443. En second lieu, les auteurs soulignent que les TBI intra-communautaires auraient été jugés, par les États membres fondateurs, incompatibles avec le droit communautaire.²⁴⁴ Ce dernier serait aussi considéré comme plus favorable aux investisseurs.²⁴⁵ Sur la question de la compatibilité, ils notent que la France et l'Allemagne ont conclu entre eux, en 1956, une convention d'établissement et de navigation. Dans cette convention, il a été précisé qu'elle n'était pas applicable à l'extraction, au traitement et à la distribution du charbon, domaine relevant du Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier.²⁴⁶ La raison à cela est que bilatéralisme serait une menace pour l'application uniforme du droit communautaire. Pour cela, le bénéfice de celui-ci est limité au territoire communautaire, puisqu'il était prévu de ne pas en étendre les avantages aux pays tiers grâce à la clause d'intégration économique régionale.²⁴⁷

444. Enfin, la doctrine considère que les TBI s'inscrivent en complément des traités d'association conclus entre les pays d'Europe centrale et orientale et la Communauté et que, comme ces derniers, leur validité prend fin lors du processus d'adhésion portant conclusion des traités fondateurs.²⁴⁸ Ainsi, « on peut soutenir qu'une fois constatée une commune appartenance à l'Union européenne des États concernés, ceux-ci ont nécessairement considéré que les instruments, dont les TBI, qui ont représenté une étape intermédiaire menant vers l'intégration n'avaient plus vocation à s'appliquer ». ²⁴⁹

4) La future décision de la Cour de justice

445. Nous l'avons dit dès l'introduction, la Cour de justice devrait se prononcer sur la

²⁴² B. Poulain, « L'investissement international : définition ou définitions ? », *loc.cit.*, p.144.

²⁴³ Pour eux, l'absence de conclusion de TBI entre les quinze premiers États membres révèle que, lors de l'adhésion des nouveaux États membres, les TBI intra-communautaires ont perdu leur raison d'être. Voir B. Poulain, « Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux... », *loc.cit.*, p.814.

²⁴⁴ E. Teynier, « L'applicabilité des traités bilatéraux sur les investissements... », *loc.cit.*, p.690 ; B. Poulain, « L'investissement international : définition ou définitions ? », *loc.cit.*, p.146.

²⁴⁵ B. Poulain, « Développements récents du droit communautaire des investissements internationaux », *loc.cit.*, p.895.

²⁴⁶ Voir le §99 de la sentence arbitrale *Eastern sugar* ; E. Teynier, « L'applicabilité des traités bilatéraux sur les investissements... », *loc.cit.*, p.690.

²⁴⁷ E. Teynier, « L'applicabilité des traités bilatéraux sur les investissements... », *loc.cit.*, p.694.

²⁴⁸ Voir B. Poulain, « Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux... », *loc.cit.*, p.805.

²⁴⁹ E. Teynier, « L'applicabilité des traités bilatéraux sur les investissements... », *loc.cit.*, p.694.

validité des TBI intra-communautaires conclu par l'Autriche, les Pays-Bas, la Roumanie, la Slovaquie et la Suède. Ce que nous savons pour l'instant de la procédure, c'est que des lettres de mise en demeure leur ont été adressées le 18 juin 2015 et qu'ils ont eu deux mois pour répondre.²⁵⁰ Par ailleurs, le *Bundesgerichtshof* allemand a présenté à la Cour une demande de décision préjudicielle le 23 mai 2016, dans le cadre du conflit opposant la République slovaque à la société *Eureko* renommée *Achmea*. La Cour allemande souhaite ainsi savoir si l'arbitrage fondé sur un accord interne à l'Union est en conformité avec le droit européen.²⁵¹

446. Après avoir étudié la compatibilité des TBI extra-communautaires avec le droit communautaire, il était donc logique que la Cour de Luxembourg ait à se prononcer sur la validité des TBI intra-communautaires.²⁵² La doctrine avait d'ailleurs suggéré auparavant que l'initiative pouvait provenir de la Commission européenne, ou d'un juge national, probablement tchèque, allemand ou polonais, sous la forme d'une question préjudicielle.²⁵³ Reste à savoir ce que la Cour de justice pourrait dire pour droit, en considérant que les cinq États membres ne mettent pas fin à leurs TBI durant les négociations engagées avec la Commission européenne.

447. C'est en se référant à la jurisprudence antérieure de la Cour de Luxembourg, concernant le sort des traités conclus entre États membres, que l'on peut anticiper que la Cour suivra probablement l'opinion de la Commission européenne.

448. À maintes reprises, la Cour a affirmé, compte tenu du silence des traités bilatéraux conclus entre deux États membres et en vertu d'une lecture déductive de l'article 307 §1 TCE, que le principe *pacta sunt servanda* applicable aux traités extra-communautaires était remplacé pour les traités intra-communautaires par le principe de primauté du droit communautaire. Les TBI ne sauraient donc porter atteinte à ce principe.²⁵⁴ De nombreuses décisions de la Cour de justice ont usé de ce raisonnement, proclamant toutes *in abstracto* la supériorité du droit régional sur le droit bilatéral.

²⁵⁰ Communiqué de presse de la Commission européenne, « La Commission demande aux États membres... », *loc.cit.*

²⁵¹ Voir la demande de décision préjudicielle présentée par le Bundesgerichtshof (Allemagne) le 23 mai 2016 - République slovaque/Achmea BV, aff. C-284/16.

²⁵² L. E. Peterson, « Will the ECJ look at intra-EU bilateral investment treaties next? », *Kluwer Arbitration Blog*, 6 march 2009.

²⁵³ Voir D. Vis-Dunbar, « Czech Republic quietly pursues challenge to jurisdictional ruling in Prague court », *Investment Treaty News*, January 17, 2008 ; L. E. Peterson, « German courts asked to overturn finding of jurisdiction by arbitral tribunal in intra-EU investment dispute » *IAReporter*, 13 January 2011.

²⁵⁴ CJCE, 6 avril 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c/ Commission des Communautés européennes*, aff. jointes C-241/91 P et C-242/92 P, point 73.

449. La Cour de Luxembourg devrait donc affirmer une fois de plus la prévalence générale du droit communautaire et imposer aux Etats membres qu'ils mettent fin aux accords. Sa marge de manœuvre directe vis-à-vis des TBI intra-communautaires est toutefois minime et un auteur des plus autorisés dans la matière n'hésite pas à soutenir que la position de la Cour reste difficile à anticiper.²⁵⁵

450. Même sans exiger la dénonciation des TBI, la Cour pourrait enjoindre aux juges nationaux, en cas d'incident d'instance, d'annuler une sentence arbitrale ou de refuser sa reconnaissance et son *exequatur*, car la sentence a été prononcée sur le fondement d'un TBI intra-communautaire.²⁵⁶ La Cour pourrait aussi opter pour une formule floue voire, comme le suggère un auteur, innover, en considérant que son affirmation de la supériorité du droit communautaire ne tient plus.²⁵⁷ Attendons alors la lecture de la future décision.

B. Arguments en faveur de l'applicabilité des TBI intra-communautaires

451. Les investisseurs communautaires ont donné l'opportunité aux tribunaux arbitraux de se prononcer sur la compatibilité des TBI intra-communautaires avec le droit communautaire. D'autres acteurs se sont exprimés en faveur de l'applicabilité, qu'il s'agisse d'abord de certains États parmi les membres fondateurs du projet européen (1), puis des tribunaux arbitraux qui se sont déclarés, à maintes reprises, compétents sur le fondement des TBI intra-communautaires (2).

452. Enfin, à la suite de la publication de plusieurs sentences arbitrales ayant retenu l'applicabilité de ces TBI, la doctrine s'est emparée du thème et la majorité de ses membres a exprimé une position similaire (3). Parcourons les arguments de ces divers acteurs, en constatant qu'ils soutiennent, chacun à leur façon, l'absence d'effet de l'adhésion des pays d'Europe centrale et orientale à la Communauté et du droit communautaire sur l'applicabilité des TBI intra-communautaires.

²⁵⁵ G.A. Bermann, « Navigating EU law and the law of international arbitration », *loc.cit.*, p.438.

²⁵⁶ Voir CIRDI, *Ioan Micula, Viorel Micula c. Roumanie*, 11 décembre 2013, Décision finale, N°ARB/05/20, §334 et suiv.

²⁵⁷ Remarquons que l'Union européenne souhaitant devenir acteur du droit des investissements internationaux, elle ne peut plus se fonder à l'avenir sur son principe de primauté du droit communautaire. Voir G.A. Bermann, « Navigating EU law and the law of international arbitration », *loc.cit.*, p.438 et suiv.

1) Les investisseurs communautaires et leur État d'origine

453. Les États membres sont divisés sur la question de l'applicabilité des TBI intra-communautaires, en fonction de leur position d'exportateur ou d'importateur de capitaux. L'intérêt stratégique des États d'origine des investisseurs communautaires est que l'application des TBI soit maintenue, de sorte que les investissements concernés continuent à bénéficier d'une protection qu'ils estiment nécessaire. De même, le statut traditionnel d'État d'origine des investissements qu'ont ces États ne les place traditionnellement pas en position de partie défenderesse devant les tribunaux arbitraux, ce qui les conduirait à devoir éventuellement répondre de leurs actes devant un tribunal arbitral et assumer les conséquences financières.

454. L'ensemble des « anciens » États membres ne souhaite donc pas suivre la position de la Commission européenne. Notons en ce sens que l'élimination des TBI intra-communautaires n'a pas été engagée par les anciens États membres, à l'exception de l'Italie, qui a également annoncé vouloir se retirer du Traité sur la Charte de l'énergie à la fin de l'année. La note envoyée par la Commission européenne au Comité économique et financier, en date du 6 novembre 2006, dans laquelle elle soutient l'application du principe de suprématie du droit communautaire sur les TBI intra-communautaires, ne semble pas avoir eu d'effet sur les États membres fondateurs.²⁵⁸ L'on comprend alors pourquoi la Commission européenne a initié des recours en manquement contre des États membres qui ne sont pas fondateurs du projet européen, à l'exception des Pays-Bas.

455. Une raison à ce refus des États membres fondateurs pourrait être que, pour eux, admettre que le droit communautaire remplace leur TBI dans l'ordre juridique communautaire revient à acquiescer de manière tacite le transfert de compétence devant permettre à l'Union européenne de conclure les futurs traités d'investissement. À la fois membres d'une organisation supranationale et gardiens de leur propre souveraineté, ces États ne souhaitent pas être dessaisis de leur compétence en la matière et défendent donc l'applicabilité de ces TBI devant les tribunaux arbitraux.²⁵⁹

456. Leur argumentation est fondée sur un rejet de la prééminence du droit communautaire

²⁵⁸ Voir L.E. Peterson, « Details surface of jurisdictional holdings in *Binder v. Czech Republic...* » *IAReporter*, vol.2, n°4, February 28th 2009, p.5; Council of the European Union, *2008 Annual EFC Report to the Commission and the Council on the movement of capital and the freedom of payments*, 21 November 2008, §17.

²⁵⁹ Les Pays-Bas ont présenté aux arbitres des arguments en faveur de l'applicabilité des TBI intra-communautaires. Voir CPA/CNUDCI, *Eureko BV c. Slovaquie*, aff. n°2008-13, sentence sur la compétence, l'arbitrabilité et la suspension, 26 octobre 2010, §155-166.

telle que dégagée par la Cour, pour se focaliser sur le respect que la Communauté doit accorder au droit international.²⁶⁰ Il a été par exemple soutenu par les Pays-Bas dans l'affaire *Eureka* que les conditions de l'article 54 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui régit leur extinction, n'étaient pas satisfaites.²⁶¹ Le « *consentement de toutes les parties, après consultation des autres États contractants* » prévu par cet article faisait défaut, selon les Pays-Bas.

457. Retenons également que la position des États membres a été entendue par le Conseil de l'Union européenne, qui a reconnu la volonté de certains de ces États de conserver leurs TBI. Des auteurs ont constaté que le Comité économique et financier a changé d'opinion quant à la validité des TBI intra-communautaires au sein de l'ordre juridique communautaire. Il avait en effet suivi la position de la Commission européenne en 2006 et 2007, en considérant les TBI intra-communautaires comme une menace. Cependant, il a par la suite reconnu que les États membres préfèrent maintenir les accords existants.²⁶² Ajoutons que les États fondateurs ne sont pas visés par les recours en manquement initiés le 18 juin 2015, à l'exception des Pays-Bas. Pour eux, un dialogue administratif a été engagé via la procédure EU-Pilot pour demander des « éclaircissements ».²⁶³ Il n'est en aucun cas évident que le processus aboutisse dans le sens prôné par la Commission européenne.

458. Enfin, le discours de la Commission européenne est remis en cause par l'effet des clauses de survie, qui permettent de poursuivre l'application du traité en cas de dénonciation unilatérale. Des auteurs soutiennent toutefois que l'extinction des TBI intra-communautaires du fait de la conclusion ultérieure d'un traité d'adhésion ne correspond pas à l'hypothèse de dénonciation unilatérale d'un TBI par l'un des deux États parties. Ainsi, l'application du mécanisme de survie aurait un caractère « moins impératif ».²⁶⁴

²⁶⁰ Les Pays-Bas ont cité la jurisprudence de la Cour relative à l'extinction et à la suspension des traités. Pour eux, en vertu de cette jurisprudence, les TBI intra-communautaires ne peuvent s'éteindre que par la voie de la consultation. Ceci suppose en l'espèce une notification préalable, d'au moins six mois, de la volonté de la République slovaque en ce sens. Les Pays-Bas ont affirmé n'avoir reçu aucune notification de la sorte provenant de la République slovaque. Voir CPA/CNUDCI, *Eureka B.V. c. Slovaquie*, §157-158 et note infra-paginale n°139.

²⁶¹ *Ibidem*, §160.

²⁶² Voir Council of the European Union, 2007 *EFC Report to the Commission and the Council on the movement of capital and the freedom of payments*, 8 January 2008, §16-18; W. Shan & S. Zhang, « The treaty of Lisbon: half way toward a common investment policy », *loc.cit.*, p.1055.

²⁶³ Communiqué de presse de la Commission européenne, « La Commission demande aux États membres... », *loc.cit.*

²⁶⁴ Voir E. Teynier, « L'applicabilité des traités bilatéraux sur les investissements entre États membres de l'Union européenne », *Gaz. Pal.*, n°1, recueil mars-avril 2008, pp.690-697, p.695 ; B. Poulain, « Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union », *loc. cit.*, p.817.

459. Notons que le 7 avril 2016, dans le cadre d'un document interne, la France, l'Autriche, les Pays-Bas, l'Allemagne et la Finlande ont proposé de conclure un traité d'investissement entre les États membres qui pourrait remplacer les accords actuels, alors même que la Cour de justice devrait bientôt de prononcer sur la validité des accords intra-communautaires et exiger leur extinction.²⁶⁵

2) Les tribunaux arbitraux

460. Les prétentions des investisseurs, soutenues par leurs États d'origine, ont été examinées par les tribunaux arbitraux qui ont dû statuer à plusieurs reprises sur leur compétence possiblement fondée sur les TBI intra-communautaires, nécessitant de résoudre la question de l'applicabilité de ces traités. Les divers tribunaux arbitraux ont répondu par la positive, dans un raisonnement placé sous le sceau de l'autonomie vis-à-vis du contexte communautaire. Pour les arbitres, ni l'adhésion des pays d'Europe centrale et orientale à la Communauté ni l'existence du droit communautaire ne portent atteinte à la validité de ces traités.

461. La sentence arbitrale partielle *Eastern sugar* est en ce sens considérée comme la première sentence résolvant la question de l'applicabilité de ces TBI.²⁶⁶ Le différend opposait en l'espèce une entreprise commune, de nationalité néerlandaise, à la République tchèque, pour des faits litigieux qui s'étaient déroulés lors de la période antérieure à l'adhésion de l'État hôte. L'entreprise estimait avoir été discriminée par trois décrets émis par la République tchèque et s'est fondée sur le TBI conclu entre la République tchèque et slovaque et les Pays-Bas, en 1991, pour soutenir que le système de quotas équivalait à une violation du traitement juste et équitable.

462. N'ayant pas été convaincu par les allégations de la partie défenderesse,²⁶⁷ le tribunal arbitral a considéré que le phénomène d'adhésion à l'organisation régionale n'avait pas converti – ni même remplacé²⁶⁸ – le TBI République tchèque - Pays-Bas en un traité invalide. Ce point de vue a été justifié par des éléments de fait,²⁶⁹ mais aussi par l'effet des clauses de survie, à supposer à tort

²⁶⁵ Council of the European Union, Trade Policy Committee, *Intra-EU investment treaties, Non-paper from Austria, Finland, France, Germany, and the Netherlands*, 7 Avril 2016.

²⁶⁶ Voir CNUDCI, *Eastern Sugar BV c. République tchèque*, SCC affaire No. 088/2004, sentence du 27 mars 2007.

²⁶⁷ Nous verrons que la République tchèque a notamment invoqué le mécanisme d'extinction implicite du TBI, en vertu de l'article 59 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

²⁶⁸ Les arbitres ont conclu que le droit communautaire « n'a pas automatiquement remplacé le TBI en conséquence de l'adhésion de la République tchèque à l'Union européenne. Il s'ensuit que le TBI, y compris sa clause d'arbitrage, reste en vigueur. » Voir le §172 de la sentence *Eastern sugar*. Nous traduisons.

²⁶⁹ Le tribunal a constaté que la Commission européenne n'avait pas entamé de recours en manquement contre la République tchèque ou contre les Pays-Bas, pour absence de dénonciation des TBI intra-communautaires. Cette inaction signifie alors que ces TBI ne présentent pas d'incompatibilité avec le droit communautaire. Il ne résultait

que cette adhésion ait emporté l'extinction de ces traités.²⁷⁰

463. La portée de la sentence *Eastern sugar* a été amplement suivie, dans l'affaire *Binder* non publiée et dans l'affaire *Eureko*,²⁷¹ mais aussi dans l'affaire *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius*.²⁷² Récemment, un tribunal allemand, saisi d'un recours en annulation contre la sentence arbitrale *Eureko*, a réaffirmé l'applicabilité des TBI intra-communautaires.²⁷³

464. Ce qui ressort du raisonnement tenu par les arbitres dans ces sentences arbitrales, c'est que la position des investisseurs communautaires a été entérinée en faisant prévaloir la force obligatoire des traités,²⁷⁴ à savoir en l'espèce le respect de l'autonomie de la volonté des États parties telle qu'exprimée au jour de signature des TBI. Leur raisonnement a ainsi mis l'accent sur la nature d'abord extra-communautaire de ces traités, catégorie conventionnelle sur laquelle il a été soutenu que le droit communautaire ne pouvait pas avoir d'impact au plan international,²⁷⁵ pas plus qu'un éventuel manquement d'État déclaré par la Cour de Luxembourg.²⁷⁶

465. Il convient de conclure que, face au silence général des traités fondateurs, les tribunaux arbitraux ont considéré que, par la signature des TBI, les parties contractantes avaient exprimé leur intention d'appliquer ces traités devenus par la suite intra-communautaires. Cette intention doit prévaloir sur l'intégration des États dans l'Union européenne. Il semble que, contrairement au mécanisme d'adhésion à la Communauté, seule la volonté des États puisse mettre fin à ces TBI, choix qui ne relève certainement pas d'un acte implicite.

pas non plus, en l'espèce, de l'attitude des deux États une volonté de dénoncer le TBI. Et les arbitres d'ajouter que ni la République tchèque ni un autre État membre n'avaient rempli le formulaire de la Commission européenne, afin de dénoncer un manquement d'État. Par ailleurs, il a été remarqué que les accords d'adhésion des pays d'Europe centrale et orientale à la Communauté restent silencieux quant à l'applicabilité de ces TBI. Voir les §121-122 et 143-147 de la sentence *Eastern sugar*, repris au §83-99 de la sentence *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius*.

²⁷⁰ Voir le §174 de la sentence *Eastern sugar*.

²⁷¹ Voir CNUDCI, *RJ Binder c. République tchèque*, 6 juin 2007, sentence sur la compétence, non publiée ; *IAReporter*, 28 février 2009, vol 2 n° 4, pp.3-6 ; CPA/CNUDCI, *Eureko BV c. Slovaquie*, aff. n° 2008-13, sentence sur la compétence, l'arbitrabilité et la suspension, 26 octobre 2010 ;

²⁷² CNUDCI, *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius c. République slovaque*, décision sur la compétence, 30 avril 2010, §83-99.

²⁷³ S. Wilske & C. Krapfl, « Higher regional Court of Frankfurt confirms validity of arbitration clause in dispute between investor and EU Member State », *Practical law*, 31 May 2012.

²⁷⁴ C'est une des raisons pour lesquelles les TBI extra-communautaires ont été conclus, car il est impossible de modifier de façon unilatérale un traité, contrairement aux droits internes. Selon l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui a codifié le principe, « *tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi* ». Le raisonnement tenu par les arbitres pour affirmer l'applicabilité des TBI intra-communautaires s'est fondé sur le respect du principe *pacta sunt servanda*.

²⁷⁵ R. Volterra, « Le point de vue des États tiers », in C. Kessedjian et C. Leben (dir), *Le droit européen et l'investissement*, op.cit., pp.41-49.

²⁷⁶ F.J. Pascual Vives, « Los acuerdos sobre promoción y protección recíproca... », loc.cit., p.459.

466. Plus récemment, les tribunaux arbitraux sont allés au-delà de la simple question de l'applicabilité des traités d'investissement conclus entre États membres pour aller sur le terrain de l'articulation des normes. Dans l'affaire *Micula*, qui portait sur des faits imputables à la Roumanie qui s'étaient déroulés avant l'adhésion du pays à l'Union, les arbitres n'ont pas discuté la validité du TBI Suède-Roumanie mais ont dû envisager sa confrontation avec le droit de l'Union européenne.²⁷⁷ Quant à l'affaire *Electrabel* opposant une société belge à la Hongrie, les arbitres ont rejeté l'ensemble des exceptions d'incompétence soulevée par l'investisseur.²⁷⁸ Ils ont par la suite, pour la première fois, affirmé la primauté du droit régional sur le Traité sur la Charte de l'énergie, qui servait de fondement à la demande de l'investisseur.²⁷⁹ Nous reviendrons par la suite sur ces affaires et leur portée.

3) La doctrine majoritaire

467. Enfin, l'applicabilité des TBI intra-communautaires a été confirmée par la majorité de la doctrine,²⁸⁰ qui s'est en outre intéressée à la question – soulevée par la Commission européenne – de la compatibilité de ces traités avec le droit communautaire. Rappelons la position de la Commission européenne, qui a défendu l'application du principe de suprématie du droit communautaire pour écarter les conflits de systèmes et estimé que la matière de l'investissement intra-communautaire devait être uniquement régie par le droit communautaire.

468. La doctrine majoritaire a réfuté ces arguments.²⁸¹ Sur la question des risques de conflits de normes emportant l'invalidité des TBI, elle les a largement relativisés. Elle constate, s'agissant des dispositions matérielles des deux *corpus* normatifs applicables aux investissements intra-

²⁷⁷ CIRDI, *Ioan Micula, Viorel Micula c. Roumanie*, 24 septembre 2008, No. ARB/05/20 ; CIRDI, *Ioan Micula, Viorel Micula c. Roumanie*, 11 décembre 2013, décision finale, N°ARB/05/20, *Rev. arb.*, 2014.39, note S. Lemaire.

²⁷⁸ CIRDI, *Electrabel SA c. Hongrie*, 30 novembre 2012, aff. No. ARB/07/19, décision sur la compétence, l'arbitrabilité et la suspension, *Rev. arb.*, 2013.487, note M. Laazouzi.

²⁷⁹ *Ibidem*.

²⁸⁰ Voir C. Leben, « Introduction », *loc.cit.*, p.22 ; M. Burgstaller, « The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States », *loc.cit.*, p.76 ; M. Burgstaller, « European law and investment treaties », *Journal of international arbitration*, vol.26, n°2, 2009, pp.181-216, p.213 ; C. Söderlund, « Intra-EU BIT investment protection and the EC treaty », *Journal of International Arbitration*, vol.24, n°5, 2007, pp.455-468, p.457 ; T. Eilmansberger, « Bilateral investment treaties and EU law », *loc.cit.*, p.400 et suiv. ; H. Wehland, « Intra-EU investment agreements and arbitration : is European community law an obstacle ? », *ICLQ*, vol.58, April 2009, pp.297-320, p.319 ; W. Shan & S. Zhang, « The treaty of Lisbon : half way toward a common investment policy », *loc.cit.*, p.1057 ; N. Lavranos, « New developments in the interaction between international investment law and EU law », *loc.cit.*, p.435. Pour une position plus nuancée sur la question, voir un auteur qui estime raisonnable, bien que ces TBI ne soient pas *a priori* incompatibles avec le droit communautaire, que les États s'engagent d'un commun accord sur la voie de leur extinction. Voir J. Díez-Hochleitner, « El incierto futuro de los acuerdos bilaterales sobre protección de inversiones celebrados por los Estados Miembros de la Unión Europea », *REDE*, n°33, 2010, pp.5-43, p.42 et suiv.

²⁸¹ Voir C. Söderlund, « Intra-EU BIT investment protection and the EC treaty », *loc.cit.*, p.461.

communautaires, que celles-ci s'inscrivent dans la complémentarité.²⁸² Elle ne retient pas non plus la théorie de l'extinction explicite qui aurait pu mettre fin aux risques de conflits. En théorie jusqu'à leur extinction naturelle, les TBI intra-communautaires sont applicables, car leurs effets n'ont pas été modifiés par l'adhésion des États à la Communauté.²⁸³

469. Quant à savoir si l'investissement intra-communautaire est uniquement régi par le droit communautaire, la doctrine majoritaire retient que cette forme d'investissement peut être à la fois régulée par les TBI et par le droit communautaire. À ce propos, elle voit dans le Traité sur la Charte de l'énergie une illustration de ce propos. Cet instrument conventionnel démontre qu'une protection forte et plurale des investissements dans les relations intra-communautaires n'est pas une extravagance juridique. Elle est ainsi d'avis que la Charte s'applique aussi dans cette catégorie de relations.²⁸⁴

470. Au-delà de sa validation de la portée des sentences arbitrales, l'intervention de la doctrine a aussi eu pour effet de remettre en cause la volonté de la Commission européenne et le recours au principe de primauté du droit communautaire. La doctrine a même pu aller plus loin, en invitant les États membres fondateurs à réagir, face à la progression de l'approche européenne du droit des investissements internationaux.²⁸⁵

471. De cette énumération d'arguments, il faut observer que les tribunaux arbitraux ont pu se déclarer compétents et appliquer les TBI intra-communautaires. Ceci confirme que l'idée de congruence l'a emporté sur la théorie de la redondance normative. L'applicabilité des TBI doit être retenue, attestant l'existence d'une superposition normative.²⁸⁶ De celle-ci peuvent naître des tensions, voire des incompatibilités, mises en exergue lors de l'articulation du droit matériel des investissements internationaux avec le droit communautaire.

²⁸² T. Eilmansberger, « Bilateral investment treaties and EU law », *loc.cit.*, p.407 ; J. Díez-Hochleitner, « El incierto futuro de los acuerdos bilaterales... », *loc.cit.*, p.38.

²⁸³ T. Eilmansberger, « Bilateral investment treaties and EU law », *loc.cit.*, p.401.

²⁸⁴ A. Dimopoulos, « The validity and applicability of international investment agreements between EU Member States under EU and international law », *CMLR*, vol.48, n°1, 2011, pp.63-93, p.69 et suiv. ; A. Dimopoulos, *EU foreign investment law*, Oxford University Press, 2011, p.329; J. Kleinheisterkamp, « Investment protection and EU law : the intra and extra-EU dimension of the Energy charter treaty », *Journal of international economic law*, vol.15, n°1, 2012, pp.85-109.

²⁸⁵ « On ne peut qu'espérer que les États, dont les économies ont tout à perdre avec cette approche dogmatique, réagissent avec la plus grande fermeté ». Voir E. Gaillard, « Menaces sur la protection des investissements en Europe », in *Option Droit et Affaires*, 11 mai 2011, p.8.

²⁸⁶ La « superposition normative » est une expression appartenant au vocabulaire de la mondialisation juridique. Elle a été utilisée pour décrire les conséquences de l'applicabilité des TBI intra-communautaires, relevant selon un auteur d'un cas de superposition normative partielle. Voir F.J. Pascual Vives, « Los acuerdos sobre promoción y protección recíproca... », *loc.cit.*, p.456.

Paragraphe 2. L'application des TBI intra-communautaires

472. Au-delà des débats doctrinaux, les TBI intra-communautaires ont été appliqués par des tribunaux arbitraux. Le rapprochement patent de ces textes et du droit communautaire laisse alors envisager des possibilités d'interactions. Nous verrons d'abord comment les arbitres ont procédé à la détermination du droit applicable devant conduire à la résolution des différends **(A)**.

473. Tandis que l'étude des possibles incompatibilités a été initiée en s'intéressant au contenu du protocole d'accord signé par les États-Unis, il conviendra de la poursuivre en soulignant ici les éventuels points de tensions liés aux spécificités du droit communautaire. N'oublions pas en ce sens que devant les arbitres, les États membres défendeurs n'ont pas manqué d'invoquer ce droit, qui serait une source potentielle de frictions avec les standards de traitement contenus dans les TBI **(B)**.

A. La détermination du droit applicable par les arbitres

474. Une fois leur compétence déclarée, les tribunaux arbitraux doivent déterminer le droit applicable au fond, sur la base du TBI intra-communautaire qui fonde leur compétence. La nature du droit désigné comme applicable reste donc à préciser. Peut-il s'agir du droit communautaire ? **(1)**

475. Avant de se demander s'il est de leur devoir, par analogie au rôle des juges nationaux des États membres, d'appliquer le droit communautaire à la résolution du litige, voyons en premier lieu s'il est du pouvoir des tribunaux arbitraux intra-communautaires d'appliquer les dispositions pertinentes de droit communautaire, ce alors que ce droit ne fait pas partie du droit habituellement applicable au fond par les arbitres **(2)**.

1) La désignation du droit communautaire

476. Passée la question de la compétence, les tribunaux arbitraux doivent s'interroger sur le droit applicable au fond qu'il leur revient de désigner,²⁸⁷ selon une méthode usuelle fondée sur la recherche de la volonté des parties exprimée au travers des textes qui fondent leur compétence. Ils se réfèrent en général au règlement d'arbitrage gouvernant la procédure arbitrale et aux dispositions

²⁸⁷ M. Audit, « Le droit applicable en matière d'arbitrage fondé sur un traité de protection des investissements », in J.-S. Bergé, M. Forteau, M.-L. Niboyet et J.-M. Thouvenin (dirs), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales*, op. cit., pp.65-81.

du TBI relatives au droit applicable.²⁸⁸ À la lecture *ad litteram* de ces textes permettant la désignation du droit habituellement applicable au fond, il ressort que le droit communautaire est en apparence absent.

477. En effet, qu'il s'agisse de l'article 42 de la Convention de Washington ou de l'article 33 du règlement de la CNUDCI,²⁸⁹ il est renvoyé en premier lieu aux règles de droit désignées par les parties. Ce choix est reflété au sein du contenu des TBI intra-communautaires. Ceux-ci contiennent peu ou prou la même clause générique de droit applicable au fond,²⁹⁰ qui égrène, d'une façon non exhaustive, que le tribunal arbitral doit statuer en prenant en compte les dispositions notamment du TBI, du droit interne de l'État hôte des investissements, de tout autre accord conclu entre les parties ou encore les principes généraux de droit international.²⁹¹

478. Il n'est donc pas fait mention du droit communautaire au sein de ces dispositions. Rappelons pour comprendre que l'arbitre international est le spécialiste du droit des investissements internationaux et qu'il est choisi par les parties au litige en fonction de ses compétences. Sa fonction originelle est, via l'interprétation des standards de droit international inscrits dans les TBI, de constater leur violation éventuelle par l'État hôte. Le droit communautaire n'est donc pas naturellement désigné comme droit applicable au fond, puisque les litiges n'ont pas été *ab initio* destiné à avoir des liens étroits avec le droit communautaire.

479. Ainsi, il est nécessaire de le désigner en vertu d'une démarche spécifique. Les tribunaux arbitraux ont déjà une nette tendance à se référer, par une interprétation ambitieuse des clauses de droit applicable des TBI restées très générales, au droit international. Après quelques hésitations,²⁹²

²⁸⁸ Ainsi, le tribunal arbitral dans l'affaire *Eastern sugar* s'est référé à l'article 33 du règlement de la CNUDCI, puis aux articles 8 §6 et 9 du TBI conclu entre la République tchèque et les Pays-Bas. Voir les §191-193 de la sentence arbitrale *Eastern sugar*, le §287 de la sentence *Eureko* et les §54-57 de la sentence *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius*.

²⁸⁹ L'article 42 de la Convention de Washington prévoit que « [l]e Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière. » L'article 33 §1 du règlement de la CNUDCI, dans sa version de 1976, prévoit que « Le tribunal arbitral applique la loi désignée par les parties comme étant la loi applicable au fond du litige. A défaut d'une telle indication par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce ». Voir le §191 de la sentence *Eastern sugar*.

²⁹⁰ Les clauses de droit applicable des TBI nécessitent souvent une interprétation complémentaire. Celle-ci peut être faite par les États parties et vise à encadrer la liberté d'interprétation des tribunaux arbitraux. Voir les §194-195 de la sentence *Eastern sugar*.

²⁹¹ Voir le §287 de la sentence arbitrale *Eureko* et le §57 de la sentence *Eastern sugar*.

²⁹² Le « ainsi que » de l'article 42 a fait naître des divergences quant aux possibilités d'application du droit international. Voir E. Gaillard & Y. Banifatemi, « The meaning of "and" in Article 42 (1), Second sentence, of the Washington Convention: The role of international law in the ICSID choice of law process », *ICSID review – FILJ*, vol.18, n°2,

le recours d'usage à l'application du droit national de l'État hôte, cantonnant le droit international à rôle correcteur, a pu être dépassé pour considérer le droit international comme unique droit applicable au fond.²⁹³ Ajoutons que le droit communautaire est intégré aux droits des États membres hôtes et qu'il peut donc aussi relever de cette catégorie de droit applicable au fond.

2) L'application du droit communautaire

480. Alors que les problématiques liées à l'application du droit communautaire étaient un temps situées hors du champ des compétences des tribunaux arbitraux, la dynamique de mondialisation juridique implique que les arbitres se rapprochent de divers droits qui leur étaient auparavant étrangers. Cela étant, il semble pertinent de retenir que l'interprétation – voire l'application²⁹⁴ – du droit communautaire invoqué par les parties défenderesses relève du pouvoir des arbitres. La reconnaissance progressive de l'arbitrabilité de ce droit est un indice permettant d'affirmer cette position, puisque nous verrons par la suite que l'arbitre est devenu une autorité pouvant appliquer ce droit régional sous restrictions.²⁹⁵

481. Rappelons que la mission des arbitres, s'agissant de l'application du droit applicable au fond, est délimitée en droit de l'arbitrage par deux principes, *iura novit curia* et *non ultra petita*. Ceux-ci leur octroient une marge de manœuvre dans l'exercice de leur mission, tout en les obligeant à se conformer à la volonté des parties. Le dernier est contraignant et implique que les tribunaux arbitraux ne puissent statuer ni au-delà ni en-deçà de la mission qui leur a été confiée. Le premier accorde aux arbitres le pouvoir de déterminer le droit applicable du fond dans le respect de la volonté des parties,²⁹⁶ les autorisant à conduire leurs propres recherches.²⁹⁷ Si les tribunaux

2003, p.375-411.

²⁹³ *Ibidem*, p.381 et suiv. ; §196-197 de la sentence *Eastern sugar*.

²⁹⁴ Il convient d'abord de distinguer l'application de l'interprétation du droit communautaire, même si interpréter ce droit revient *ipso facto* à l'appliquer. Cela a été la démarche du tribunal arbitral saisi dans l'affaire du *Rhin de fer*. Voir CPA, 24 mai 2005, affaire du « *Rhin de fer* », (Belgique c. Pays-Bas), §97-106.

²⁹⁵ Voir L. Idot, « Arbitrage et droit communautaire », *Rev. dr. aff. int./ Int'l Bus. L.J.*, n°5, 1996, pp.561-591, p.562 et suiv. ; C. Jarrosson et L. Idot, « Arbitrage », *Encyclopédie Dalloz de droit communautaire*, janvier 2010, pp.6-8 ; Y. Derains, « L'application du droit européen par les arbitres – analyse de la jurisprudence », in *L'arbitrage et le droit européen*, Actes du colloque international du CEPANI du 25 avril 1997, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp.67-78, p.69 ; O. Caprasse, « L'application du droit européen de la concurrence par l'arbitre », in P. Mayer (dir.), *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 2012, pp.63-83, p.65 et suiv.

²⁹⁶ Le droit sera appliqué *ex officio*, c'est-à-dire sans être limité aux prétentions des parties sur le droit applicable. La portée du principe *iurat novit curia* reste incertaine. Voir G. Kaufmann-Kohler, « "Iurat novit arbiter" – Est-ce bien raisonnable ? Réflexions sur le statut du droit de fond devant l'arbitre international », in A. Héritier Lachat et L. Hirsh (dirs), *De lege ferenda – Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du professeur Alain Hirsh*, Genève, éd. Slatkine, 2004, pp.71-78 ; M. Penadés Fons, « El rol de la Comisión Europea en el arbitraje de inversiones », in C. Esplugues Mota et al. (coords), *Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues, Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp.353-373, p.370.

arbitraux ne sont donc pas libres d'agir selon leur guise, la relative flexibilité qui leur est accordée devrait permettre l'insertion du droit communautaire comme applicable au fond.

482. Au surplus, l'insertion du droit communautaire au sein du droit applicable au fond semble non seulement permise, mais aussi recommandée. En ce sens, une tendance générale visant à octroyer une plus grande flexibilité aux tribunaux arbitraux, au sujet de la désignation du droit applicable au fond, doit être relevée en droit de l'arbitrage. Elle est incarnée par la rédaction de l'article 35 du règlement CNUDCI révisé.²⁹⁸ Il faut aussi ajouter que les textes désignant le droit applicable au fond ont conservé un caractère générique et une portée dénuée d'exhaustivité, laissant aux arbitres la capacité d'insérer un droit à la nature hybride. Le droit communautaire peut ainsi se fondre sous la désignation du droit international, du droit national de l'État hôte, ou d'un autre accord.²⁹⁹

483. *In concreto*, spécifions que des tribunaux arbitraux intra-communautaires ont déjà considéré qu'ils disposent d'une faculté d'appliquer le droit communautaire, en tant que droit national de l'État hôte ou que droit international,³⁰⁰ et ce dans sa totalité.³⁰¹ Le droit communautaire a donc déjà été interprété et son applicabilité a déjà été étudiée,³⁰² puisque la nature *ex situ* de son application par les arbitres ne constitue pas un obstacle.³⁰³ Il a cependant été rappelé que les arbitres n'étaient pas des juges communautaires au sens de droit commun, à savoir que leur interprétation du droit communautaire pour trancher un litige relatif à un investissement intra-communautaire n'est qu'exceptionnelle.³⁰⁴

484. Quoi qu'il en soit, il apparaît que les tribunaux arbitraux possèdent les outils nécessaires si le droit communautaire est invoqué devant eux par les États membres hôtes. Nous verrons que la

²⁹⁷ G. Kaufmann-Kohler, « "Iurat novit arbiter" – Est-ce bien raisonnable... », *loc.cit.*, p.78.

²⁹⁸ En permettant au juge de recourir au droit qu'il juge « approprié », la nouvelle rédaction de l'article 35 du règlement CNUDCI s'éloigne du mécanisme du conflit de lois et permet l'application du droit communautaire. Cet article prévoit que « *Le tribunal applique les règles de droit désignées par les parties comme étant celles applicables au fond du litige. A défaut d'une telle désignation par les parties, il applique la loi qu'il juge appropriée* ».

²⁹⁹ S. Robert-Cuendet, « Les investissements intra-communautaires entre le droit communautaire et... », *loc.cit.*, p.882 et suiv.

³⁰⁰ Voir le §100 de la sentence *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius*.

³⁰¹ Voir le §289 de la sentence *Eureko*.

³⁰² Le droit communautaire a déjà été invoqué et interprété par les tribunaux arbitraux. Un exemple est la directive 95/46/EC sur la protection des données, lors de l'affaire *Abaclat*. En se basant sur cette directive communautaire, le tribunal arbitral a ordonné qu'il soit donné à l'Argentine accès à la base de données du demandeur. Voir CIRDI, *Giovanna a Beccara et autres c. Argentine*, 27 janvier 2010, aff. No.ARB/07/5, ordonnance de confidentialité, §129-132 ; CPA, 24 mai 2005, *sentence du « Rhin de fer »* (Belgique c. Pays-Bas), §103.

³⁰³ S. Robert-Cuendet, « Les investissements intra-communautaires entre le droit communautaire et... », *loc.cit.*, p.890.

³⁰⁴ Il a été rappelé que les arbitres n'ont compétence que pour statuer sur l'éventuelle violation du TBI, non sur une violation du droit communautaire. Voir §290 de la sentence *Eureko*.

considération du droit régional par les arbitres a un impact direct sur la résolution d'éventuels conflits d'obligations. Ceux-ci ont pu résulter de l'adhésion à la Communauté des pays d'Europe centrale et orientale, qui ont alors dû se conformer aux diverses exigences du droit communautaire pouvant, dans certaines conditions, heurter la protection garantie par les TBI intra-communautaires. Voyons à présent la teneur de ces possibles incompatibilités.

B. Les incompatibilités potentielles

485. En territoire régional, il a été noté que l'investissement intra-communautaire est pris entre deux « feux »,³⁰⁵ à savoir sa protection des risques politiques par les TBI et son encadrement par le droit communautaire. Ces « feux » sont des sources d'incompatibilité entre les deux *corpus*, plus précisément de conflits d'obligations pour les États membres hôtes. Notons néanmoins que les avis sont partagés sur ce dernier point³⁰⁶ et que les arbitres et la doctrine majoritaire retiennent l'absence globale d'incompatibilité.³⁰⁷

486. Toutefois, cela n'empêche pas de préciser que les incompatibilités éventuelles entre le droit international matériel des investissements intra-communautaires et le droit communautaire sont à situer dans certaines des dispositions de ce dernier. À la suite de l'adhésion à l'Union européenne, celles-ci peuvent contraindre les États membres hôtes à prendre certaines mesures et à encadrer le libre exercice de leur pouvoir normatif. Un examen du droit communautaire doit donc permettre d'identifier ses dispositions dites « interventionnistes »³⁰⁸ **(1)** et leurs effets sur les obligations de protection des investissements émanant des dispositions contenues dans les TBI intra-communautaires **(2)**.

1) Identification des dispositions « interventionnistes » du droit communautaire

487. Rappelons que si le droit communautaire promeut l'élimination des barrières à la libre

³⁰⁵ G.A. Bermann, « Navigating EU law and the law of international arbitration », *loc.cit.*, p.420.

³⁰⁶ Pour certains, il est difficile de mettre en exergue des incompatibilités car elles ne sont que résiduelles. Pour une autre partie de la doctrine, les deux systèmes constituent deux droits difficilement comparables, qui peuvent entrer en conflit. Voir M. Wierzbowski and A. Gubrynowicz, « Conflict of norms stemming from intra-UE BITs and EU legal obligations: some remarks on possible solutions », in C. Binder *et al.* (eds), *International investment law for the 21st century, essays in honour of Christopher Schreuer*, Oxford, 2009, pp.544-560, p.546 ; B. Poulain, « Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux... », *loc.cit.*, p.816.

³⁰⁷ La Commission européenne a reconnu qu'il ne s'agissait pas d'une incompatibilité totale. Voir le §168 de la sentence *Eastern sugar*, §192 de la sentence *Eureko*.

³⁰⁸ T. Eilmansberger, « Bilateral investment treaties and EU law », *loc.cit.*, p.407.

circulation des facteurs de production, il encadre également la liberté d'investissement comme cela a été précisé précédemment. Il impose donc des contraintes aux opérateurs économiques ou aux États membres, en fonction des objectifs du marché intérieur et de l'intérêt général. Certaines de ces dispositions ont donc une nature « interventionniste » et constituent des normes d'ordre public. Cette facette du droit communautaire n'a pas d'équivalent en droit matériel des investissements internationaux.

488. En premier lieu, mettons en exergue la garantie du jeu libre et non faussé de la concurrence au sein du marché intérieur, qui constitue la politique fondamentale du projet européen. Assurée par de solides instruments juridiques,³⁰⁹ elle participe de l'encadrement de la liberté d'investissement, par un contrôle négatif en fonction de la nature des investissements.³¹⁰ S'agissant des investissements publics, le droit communautaire interdit aux États membres d'octroyer à leurs entreprises des aides financières.³¹¹ Le nécessaire retrait de ces aides suite aux processus d'adhésion, alors que leur octroi a pu être déterminant lors des décisions d'investissement, est un point de friction vis-à-vis des obligations imposées par les TBI.

489. Cette nature interventionniste du droit communautaire dans le domaine de la concurrence a été évoquée devant les tribunaux arbitraux, par la Hongrie dans les affaires *AES Summit* et *Electrabel*,³¹² et par la Roumanie dans l'affaire *Micula*.³¹³ Ces États nouvellement membres avaient conclu avec des entreprises européennes des contrats d'État, notamment dans le secteur de l'énergie. Pour appuyer la défense de ces États, la Commission européenne est intervenue

³⁰⁹ Le droit communautaire de la concurrence comprend l'interdiction des ententes, l'interdiction des abus de position dominante et un régime communautaire des aides d'État. Voir les articles 81, 82 et 87 du TCE.

³¹⁰ T. Georgopoulos, « L'investissement en droit communautaire... », *loc.cit.*, p.54.

³¹¹ Voir l'article 87 §1 du TCE. Toutefois, le principe admet de nombreuses exceptions et la Commission européenne peut aussi autoriser ces aides d'État. La restitution de l'aide indûment perçue est une obligation que la Commission fait respecter. Voir G.A Bermann, « Navigating EU law and the law of international arbitration », *loc.cit.*, p.421; CJCE, 20 mars 1997, *Rheiland*, aff. C-24/95, points 32 et 37.

³¹² La Hongrie a fait l'objet de deux sentences arbitrales, dans les affaires *EAS Summit* et *Electrabel*, prononcées sur le fondement du Traité sur la Charte de l'énergie. Dans l'affaire *Electrabel*, une société belge de production et de fourniture d'énergie avait conclu un contrat à long terme d'achat d'électricité avec une société contrôlée par l'État hongrois. À la suite de l'accession de la Hongrie à l'organisation régionale, la Commission européenne avait qualifié d'aides d'État illégales et incompatibles avec le futur article 107 du TFUE le contrat d'achat à long terme d'électricité, en ce qu'il avait l'effet de fermer l'accès au marché à d'autres investisseurs. Étaient en jeu dans l'affaire *EAS Summit* les effets, sur des contrats d'achat d'électricité à long terme, d'une nouvelle législation prise par la Hongrie dans la restructuration du secteur de l'énergie électrique. Pour l'État hôte de l'investissement intra-communautaire, qui avait réintroduit une tarification des prix de l'électricité, ces mesures étaient justifiées par la nécessité de répondre aux exigences du droit communautaire de la concurrence. Voir CIRDI, *Electrabel SA c. Hongrie*, 30 novembre 2012, No. ARB/07/19 et CIRDI, *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft. c. Hongrie*, 23 septembre 2010, No. ARB/07/22 ; Commission européenne, *Décision concernant les aides d'État accordées par la Hongrie dans le cadre des accords d'achat d'électricité*, 4 juin 2008.

³¹³ CIRDI, *Ioan Micula, Viorel Micula c. Roumanie*, 24 septembre 2008, No. ARB/05/20.

comme *amicus curiae* pour attester la nécessité des mesures litigieuses prises par les États défendeurs, en vertu du droit communautaire.³¹⁴

490. Il faut ajouter que cette branche du droit communautaire n'est pas la seule à présenter cette caractéristique. Dans cette même logique, il convient de citer les dispositions imposant aux États membres le respect des contraintes sociales. Il a été remarqué que de nombreux domaines tels que l'environnement, la santé ou encore la protection des consommateurs ont fait l'objet de politiques communes pouvant avoir un impact sur la valeur des investissements intra-communautaires.³¹⁵ La question est donc de savoir quelle est l'obligation que les États membres doivent satisfaire en cas de conflit.

2) Effets de ces dispositions sur les obligations imposées par les TBI aux États membres

491. Les standards insérés dans les TBI protègent les investissements contre toute atteinte à leur valeur provenant des États hôtes. A l'opposé, le droit communautaire peut obliger ces États à modifier l'environnement juridique des investissements, puisque l'adhésion à la Communauté leur impose de se conformer aux exigences du droit régional.³¹⁶ Les conséquences de l'obtention de la qualité d'État membre concernent en théorie tant le contenu des législations nationales et l'exécution des contrats d'investissement, que les engagements ou promesses incitatives faites aux investisseurs communautaires.³¹⁷ Ces modifications peuvent avoir de graves répercussions sur l'investissement, pouvant aller jusqu'à entraîner sa destruction.³¹⁸

492. Une fois devenus membres, les États d'Europe centrale et orientale se sont parfois

³¹⁴ CIRDI, *Ioan Micula, Viorel Micula c. Roumanie*, 11 décembre 2013, décision finale, N°ARB/05/20, §27.

³¹⁵ S. Robert-Cuendet, « Les investissements intra-communautaires entre le droit communautaire et... », *loc.cit.*, pp.874-876.

³¹⁶ Pour l'exemple d'une directive communautaire imposant d'accroître les réserves de pétrole des entreprises de ce secteur, se référer à l'affaire SCC, *Mercuria Energy group ltd c. Pologne*, sentence finale du 1er décembre 2011 non publiée.

³¹⁷ Ceci est encore plus problématique lorsque l'on sait que les TBI intra-communautaires, mais aussi le Traité sur la Charte de l'énergie, imposent le respect des engagements de l'État hôte par le mécanisme de la clause parapluie. Voir T. Eilmansberger, « Bilateral investment treaties and EU law », *loc.cit.*, pp.413-415.

³¹⁸ Dans l'affaire *AES*, pour la Commission le contrat à long terme d'électricité était une aide d'État dont le retrait était obligatoire en vertu du droit communautaire. Dans l'affaire *Electrabel*, la Hongrie avait décidé de résilier le contrat en question pour se conformer aux obligations découlant du droit communautaire. Voir la décision de la Commission, 4 juin 2008, déclarant incompatible avec le marché commun l'aide accordée par les autorités hongroises en faveur de certains producteurs d'électricité, C(2008) 2223 final.

trouvés face à un conflit d'obligations.³¹⁹ Sous la pression de la Commission européenne, ces conflits ont dû rapidement être résolus unilatéralement à la faveur du droit communautaire. En conséquence, si la mise en conformité a abouti, pour ces États membres, à la satisfaction de leurs obligations communautaires, elle a aussi pu entraîner la violation d'un ou de plusieurs des standards de protection des TBI.³²⁰

493. Les investisseurs ont alors attiré les mêmes États membres devant des tribunaux arbitraux, sur le fondement des TBI intra-communautaires ou du Traité sur la Charte de l'énergie. Devant les arbitres, ces États ont pu invoquer le droit communautaire afin de justifier, par un acte qui a mis un terme à ce conflit d'obligations, la non-exécution de leurs obligations internationales. A l'opposé, les investisseurs ont eu intérêt à s'appuyer sur la théorie des attentes légitimes, car il n'est pas rare que les investisseurs fondent leur décision d'investissement sur l'assurance des ministres des États hôtes.³²¹ Les arbitres ont donc dû analyser si la satisfaction de l'obligation communautaire équivaut à une violation de l'obligation internationale.

494. Il convient d'apporter une réponse nuancée à cette problématique, en relevant que la position des tribunaux arbitraux a pu varier en fonction des faits qui leur ont été présentés. Ainsi, un tribunal arbitral compétent sur le fondement du Traité sur la Charte de l'énergie a permis que la Hongrie puisse s'exonérer de sa responsabilité internationale au regard des exigences du droit communautaire, dans l'affaire *Electrabel*. Les arbitres ont donc fait primer le droit européen sur la Charte en retenant l'interprétation déductive de l'article 307 TCE.³²² Puisque la rupture du contrat a été imposée à l'État membre par le droit de l'Union, la responsabilité de l'Etat ne pouvait être engagée.³²³ Il reviendrait alors à l'investisseur d'initier une procédure directement contre l'Union.

495. Au contraire, un tribunal arbitral, compétent sur la base d'un TBI dans l'affaire *Micula*, a considéré récemment que l'invocation du droit communautaire ne permet pas à l'État hôte de se soustraire à son obligation de traitement juste et équitable de l'investisseur telle qu'imposée par

³¹⁹ Le droit communautaire impose que l'aide d'État soit restituée par l'investisseur alors que le TBI exige le contraire. Voir G.A. Bermann, « Navigating EU law and the law of international arbitration », *loc.cit.*, p.422.

³²⁰ A. Radu, « Foreign investors in the EU - Which "best treatment"... », *loc.cit.*, p.254. Pour une opinion différente, voir S. Robert-Cuendet, « Les investissements intra-communautaires entre le droit communautaire et... », *loc.cit.*, note infra-paginale 109, p.876.

³²¹ Un auteur pense que la légitimité des attentes des investisseurs est accrue par des garanties expresses et officielles provenant des États hôtes. Voir T. Eilmansberger, « Bilateral investment treaties and EU law », *loc.cit.*, p.417.

³²² CIRDI, *Electrabel SA c. Hongrie*, 30 novembre 2012, aff. No. ARB/07/19, décision sur la compétence, l'arbitrabilité et la suspension, §4.178 et suiv., §4.191. Voir *Rev. arb.*, 2013.487, note M. Laazouzi.

³²³ *Ibidem*, §6.76.

l'accord d'investissement.³²⁴ La Roumanie avait pourtant invoqué le principe de suprématie du droit communautaire,³²⁵ mais les arbitres ont retenu que le pays avait modifié sa législation avant son adhésion à l'Union, alors qu'il n'était pas soumis en tant que tel au droit européen.³²⁶ Cela faisait obstacle à ce que la Roumanie puisse s'exonérer de sa responsabilité internationale sur le fondement des exigences du droit de l'Union.

496. Tout dépend à vrai dire de la considération du droit de l'Union lors de la détermination du droit applicable. En effet, dans l'affaire *Electrabel*, le droit communautaire a été considéré comme faisant partie du droit international, ce qui signifie que la Hongrie devait respecter les exigences du droit communautaire.³²⁷ Son acte a donc pu être justifié sur ce fondement et sa responsabilité écartée. À l'inverse, dans l'affaire *Micula*, le droit communautaire n'a pas été considéré comme directement applicable mais comme faisant partie d'une « matrice factuelle », ³²⁸ ne permettant donc pas de justifier le comportement de l'État.

497. De là, il ressort que les conflits entre les deux *corpus* sont une réalité et que la façon dont ils sont pris en compte est variable. Le territoire communautaire est donc porteur d'une superposition normative qui, s'agissant de la régulation des investissements intra-communautaires, est le résultat de l'application des TBI. Puisque cette superposition est possiblement vectrice d'incompatibilités, analysons désormais les modalités de résolution de la pluralité normative.

Section 2. Les tentatives de résolution de la superposition normative

498. « Concilier l'inconciliable, »³²⁹ telle est la formule qui peut *a priori* caractériser la prise en compte d'une superposition voire d'une concurrence normative, qui a fait l'objet d'approches différentes. Souvenons-nous avant cela que la méthode d'analyse des rapports de systèmes est fondée sur les étapes successives de comparaison, de combinaison et de hiérarchisation.

499. Deux approches se distinguent, qui révèlent et prolongent les raisonnements opposant les parties au débat relatif à l'applicabilité des TBI intra-communautaires. Les États membres attrait

³²⁴ Voir CIRDI, *Ioan Micula, Viorel Micula c. Roumanie*, 11 décembre 2013, décision finale, N°ARB/05/20, §1329. Voir *Rev. arb.*, 2014.39, note S. Lemaire.

³²⁵ *Ibidem*, §312.

³²⁶ *Ibid.*, §319.

³²⁷ CIRDI, *Electrabel SA c. Hongrie*, 30 novembre 2012, aff. No. ARB/07/19, §4.120-4.123.

³²⁸ CIRDI, *Ioan Micula, Viorel Micula c. Roumanie*, 11 décembre 2013, §328.

³²⁹ S. Robert-Cuendet, « Les investissements intra-communautaires entre le droit communautaire et... », *loc.cit.*, p.853.

ont ainsi tenté de démontrer que l'existence d'incompatibilités justifiait l'éviction des TBI, par le biais une analyse hiérarchique aboutissant à l'application unique du droit communautaire (**Paragraphe 1**). En revanche, pour la majorité des tribunaux arbitraux, une approche combinatoire doit être préférée. Celle-ci autorise l'application complémentaire des *corpus*, par le biais d'une interprétation harmonisatrice des normes (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. L'approche hiérarchique

500. Tant les États membres attraités que la Commission européenne ont voulu résoudre un risque de conflit internormatif – qu'ils considèrent avéré – par l'usage du droit communautaire et du droit des traités. Ceux-ci permettent une résolution hiérarchique ou frontale de la pluralité normative, libérant les États membres de leurs engagements conventionnels internationaux. La superposition est donc envisagée comme une redondance normative qu'il convient d'éliminer, pour qu'un seul corps de normes s'applique par un mécanisme de prévalence.

501. Voyons alors quels sont les principes, en droit communautaire et en droit des traités, qui permettraient d'évincer de la norme internationale concurrente (**A**). Il sera constaté que cette argumentation n'a pas emporté la conviction des arbitres, qui ont déclaré leur compétence. Il est ainsi rappelé que le recours à une méthode hiérarchique de résolution perd sa pertinence, lorsqu'il est appliqué au cas des rapports de systèmes (**B**).

A. Principes d'interprétation de droit communautaire et de droit international

502. Rappelons qu'en droit international, « il n'existe pas de principe général de priorité mais de simples directives d'interprétation »³³⁰ et que les TBI intra-communautaires et le TCE sont restés silencieux sur leurs rapports mutuels. La méthode hiérarchique de résolution peut donc sembler compromise. En doctrine, l'idée de prévalence de la norme régionale sur la norme bilatérale,³³¹ spécialement dans le domaine économique,³³² n'est toutefois pas unanime. Les États défenseurs n'auraient donc pas de difficultés à convaincre les arbitres de la prévalence de la norme régionale, à savoir le TCE.³³³

³³⁰ P. Reuter, *Droit international public*, Paris, PUF, 6e éd., 1983, p.55.

³³¹ Il « apparaît que la norme universelle l'emporte sur la norme régionale ; que la norme régionale prévaut sur la règle bilatérale ». Voir D. Carreau et F. Marrella, *Droit international, op.cit.*, p.126.

³³² *Ibidem*, p.133.

³³³ Si plus d'une norme est applicable à une situation donnée, deux adages de droit international permettent d'établir une

503. C'est dans cette logique qu'ils ont invoqué de nombreux principes appartenant aux deux *corpus* normatifs, à savoir d'abord le principe de primauté de l'engagement communautaire sur les engagements internationaux antérieurs pris entre États membres (1). Deux principes contenus dans la Convention de Vienne sur le droit des traités ont aussi été invoqués : l'article 59 et sa théorie de l'extinction d'un traité antérieur portant sur la même matière (2) et l'article 30 et sa théorie de l'application conditionnelle de la norme antérieure (3).

1) Recours au principe hiérarchique de primauté du droit communautaire

504. L'article 307 §1 TCE pose le principe d'observance des traités antérieurs conclus par les États membres avec des pays tiers, en précisant que les droits et obligations, résultant de conventions conclues antérieurement au 1er janvier 1958 ou antérieurement à la date d'adhésion des États adhérents entre un État membre et un État tiers, ne sont pas affectés par les dispositions du TCE. Tentant de s'inscrire dans la même logique, les investisseurs, souhaitant démontrer que les TBI intra-communautaires conclus avant l'adhésion des États hôtes de leurs investissements continuaient à s'appliquer et restaient valides afin de bénéficier de leur protection, ont argué de l'application du principe *pacta sunt servanda* pour en déduire la validité de ces traités.³³⁴

505. A l'opposé, des États membres ont soutenu que devait s'appliquer le principe de suprématie du droit communautaire ayant pour effet d'écarter l'application des TBI. Ce fut le cas de la République slovaque dans l'affaire *Eureko*³³⁵ ou encore de la Hongrie dans l'affaire *Electrabel*.³³⁶

506. Pour cela, il était envisageable de se fonder sur la jurisprudence de la Cour et l'idée de la primauté de l'engagement communautaire sur les engagements entre États membres, en vertu de ce qui a été dit pour droit par la Cour de justice depuis son arrêt *Commission c/ Italie*. Cela a été le cas de la Hongrie dans l'affaire *Electrabel*.³³⁷ De plus, il est loisible de soutenir que l'existence d'incompatibilités entre les droits et obligations prévus par traité antérieur et le droit communautaire justifie le déclenchement automatique du principe de suprématie du droit communautaire.³³⁸

priorité, à savoir *lex specialis derogat generali* et *lex posterior derogat prior*. Ainsi, la règle spéciale prévaut sur la règle générale et la règle postérieure prévaut sur la règle antérieure.

³³⁴ Voir le §84 de la sentence *Eureko* et le §70 de la sentence *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius*.

³³⁵ Voir le §137 de la sentence *Eureko*.

³³⁶ Voir le §4.72 et suiv de la sentence *Electrabel* de 2012.

³³⁷ CJCE, 27 février 1962, *Commission c/ République italienne*, aff. C-10/61, point 22 ; CIRDI, *Electrabel SA c. Hongrie*, 30 novembre 2012, aff. No. ARB/07/19, §4.73.

³³⁸ Dans l'affaire *Matteucci* relative à un accord culturel conclu entre la Belgique et l'Allemagne, la Cour réaffirma que « le traité CEE prime, dans les matières qu'il régit, les conventions conclues avant son entrée en vigueur entre les

507. L'on comprend donc qu'ont fait dire à l'article 307 TCE ce qu'il ne précise pas, à savoir qu'en vertu d'une méthode d'interprétation déductive, cette disposition contiendrait dans le cadre intra-communautaire le principe de suprématie du droit communautaire sur les traités antérieurs conclus entre États membres et portant sur une matière similaire.

508. Une autre façon de soutenir le même propos est de retenir l'inapplicabilité de l'article 307 §1 TCE et son principe *pacta sunt servanda* s'agissant du cas des traités intra-communautaires, comme l'avait fait la Commission européenne en tant qu'*amicus curiae* dans l'affaire *Eastern sugar*.³³⁹

509. En somme, s'il nous est manifeste que l'article 307 TCE ne s'applique pas en lui-même au cas des TBI intra-communautaires, la question est de savoir s'il convient de lui substituer le principe sous-jacent de primauté du droit communautaire sur les engagements conventionnels antérieurs, ce qui aboutirait à priver les tribunaux arbitraux du fondement de leur compétence.

510. Devant ces prétentions, les tribunaux arbitraux ont d'abord admis que l'article 307 §1 TCE et son principe *pacta sunt servanda* ne s'appliquent pas au cas d'espèce, puisqu'il ne vise que les traités extra-communautaires.³⁴⁰ Les tribunaux arbitraux ont toutefois un temps refusé de poursuivre le raisonnement et de donner effet au principe implicite de suprématie du droit communautaire sur les engagements antérieurs,³⁴¹ soit en ne se référant pas – comme dans l'affaire *Eastern sugar* – à l'article 307 TCE dans leur raisonnement qui a conduit à la reconnaissance de l'applicabilité des TBI, soit en considérant comme dans l'affaire *Eureko* l'inexistence d'incompatibilités qui justifieraient la mise à l'écart de la norme antérieure.³⁴²

511. Nuançons enfin en constatant que ce rejet du principe de primauté du droit

États membres ». De même, dans l'affaire relative à une convention intra-communautaire signée entre la République française et l'État espagnol, la Cour rappela que « *c'est à bon droit que la juridiction nationale a estimé que les dispositions d'une convention conclue après le 1er janvier 1958 par un État membre avec un autre État ne pouvaient, à partir de l'adhésion de ce second État à la Communauté, s'appliquer dans les relations entre ces États, si elles se révèlent contraires aux règles du traité* ». Voir CJCE, 27 septembre 1988, *Matteucci*, aff. C-235/87, points 22 et 23 ; CJCE, 10 novembre 1992, *Exportur SA et Lor SA Confiserie du Tech*, aff. C-3/91, point 8 ; le §180 de la sentence *Eureko*.

³³⁹ « *Selon la jurisprudence de la CJCE, l'article 307 TCE n'est pas applicable une fois que toutes les parties à l'accord sont devenues des États membres. En conséquence, de tels accords [les TBI intra-communautaires] ne peuvent pas prévaloir sur le droit communautaire.* » Voir l'extrait de la lettre de M. Schaub à la République tchèque, reproduite au §119 de la sentence *Eastern sugar*. Nous traduisons.

³⁴⁰ Voir le §84 de la sentence *Eureko* et les §7.6.10 et 7.6.11 de la sentence *AES Summit*.

³⁴¹ Voir le §7.6.12 de la sentence *AES Summit*.

³⁴² Voir le §271 de la sentence *Eureko*.

communautaire par les tribunaux arbitraux a pris théoriquement fin, lors de l'affaire *Electrabel*. Les arbitres ont en l'espèce validé l'interprétation dite « négative » de l'article 307 TCE,³⁴³ pouvant faire prévaloir le droit communautaire sur le Traité sur la Charte de l'énergie conclu entre deux États membres en cas d'incompatibilités, via une interprétation large de l'article 307 TCE.³⁴⁴

512. Cette tendance apparue dans le cadre du Traité sur la Charte de l'énergie a-t-elle touché les tribunaux arbitraux dont la compétence repose sur un TBI ? Cela n'est pas certain, car comme le rappelle le tribunal arbitral dans l'affaire *Electrabel*, il faut que le traité communautaire soit en conflit avec l'accord d'investissement.³⁴⁵ Or nous verrons que ce même tribunal arbitral a consacré la présomption d'absence de conflits entre la Charte et le droit européen, ce qui pourra être stratégiquement retenu par un tribunal compétent sur le fondement d'un TBI.

2) Recours au principe de l'extinction implicite de l'article 59 de la Convention de Vienne sur le droit des traités

513. Cet article prévoit qu'un « *traité est considéré comme ayant pris fin lorsque toutes les parties à ce traité concluent ultérieurement un traité portant sur la même matière et :*

a) S'il ressort du traité postérieur ou s'il est par ailleurs établi que selon l'intention des parties la matière doit être régie par ce traité ; ou

b) Si les dispositions du traité postérieur sont incompatibles avec celles du traité antérieur à tel point qu'il est impossible d'appliquer les deux traités en même temps.

2. Le traité antérieur est considéré comme étant seulement suspendu s'il ressort du traité postérieur ou s'il est par ailleurs établi que telle était l'intention des parties ».

514. Applicable en cas de silence des traités sur leurs rapports mutuels, il a été invoqué à maintes reprises par les États membres hôtes, notamment par la République tchèque et par la République slovaque respectivement dans les affaires *Eastern sugar*, *Eureko* et *Jan Oostergetel &*

³⁴³ CIRDI, *Electrabel SA c. Hongrie*, 30 novembre 2012, aff. No. ARB/07/19, décision sur la compétence, l'arbitrabilité et la suspension, §4.182.

³⁴⁴ En se référant à la décision *Commission c. Autriche* affirmant la prévalence du droit communautaire, le tribunal arbitral dans l'affaire *Electrabel* a remarqué que « *The Tribunal considers this interpretation of Article 307 to accord with international rules relating to the interpretation of successive treaties. It notes that the preeminence of EU law applies not only to pre-accession treaties between EU Members, but also to post-accession treaties between EU Members* ». Voir CJCE, 7 juillet, 2005, *Commission c/ Autriche*, aff. C-147-03, point 58 ; CIRDI, *Electrabel SA c. Hongrie*, 30 novembre 2012, aff. No. ARB/07/19, §4.182 et suiv.

³⁴⁵ CIRDI, *Electrabel SA c. Hongrie*, 30 novembre 2012, aff. No. ARB/07/19, §4.183.

Theodora Laurentius.³⁴⁶ Il permettrait de démontrer que, à la suite de l'adhésion des pays d'Europe centrale et orientale à la Communauté, les investissements intra-communautaires sont uniquement régis par le droit communautaire, en résultat de la primauté de celui-ci sur les TBI. Reprenant le principe *lex posterior*, cet article pose une série de critères, à savoir l'identité des matières et des parties, couplée à l'intention des parties ou à la présence d'une incompatibilité rendant impossible une application normative simultanée. Leur satisfaction emporterait l'extinction implicite des TBI intra-communautaires.

515. Alors que les critères relatifs à l'identité des parties aux traités et à l'aspect temporel n'ont pas posé de question,³⁴⁷ le critère de la même matière a été débattu. Il constitue le point fondamental qui justifierait l'établissement d'une hiérarchie entre deux *corpus* normatifs, par l'analyse du degré de généralité des normes. Lorsque deux normes portent sur la même matière, la priorité est donnée à la plus spécifique, la *lex specialis*. En tant que droit spécial, celle-ci est mieux adaptée au contexte.³⁴⁸ Les diverses parties se sont alors affrontées sur le caractère identique ou non des matières, s'interrogeant sur l'équivalence de la protection offerte par les *corpus*.

516. Ainsi, les zéloteurs de l'extinction implicite des TBI, par l'effet de l'article 59, sont aussi les défenseurs de l'existence d'un droit communautaire des investissements internationaux. Celui-ci ne contiendrait pas de standards de protection des investissements contre les risques politiques, car il seraient devenues inutiles grâce aux effets de l'intégration.³⁴⁹ Ces auteurs ont trouvé un appui, pour la satisfaction du critère de la même matière, dans son interprétation ample faite par le rapport de la Commission du droit international sur la fragmentation du droit international.³⁵⁰ La doctrine

³⁴⁶ Voir le §117 de la sentence *Eastern sugar*, le §63 de la sentence *Eureko* et le §66 de la sentence *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius*.

³⁴⁷ Déterminer la similitude ou non des parties aux traités influe sur l'applicabilité des divers articles de la Convention de Vienne. Ainsi, l'article 59 ne s'applique qu'aux traités conclus entre les mêmes parties. L'aspect temporel impose de s'interroger sur l'identité de la *lex posterior*. La majorité des TBI intra-communautaires ont été conclus durant la décennie 1990. Les TBI intra-communautaires sont donc antérieurs à l'adhésion des États d'Europe centrale et orientale à la Communauté, ce qui signifie que le TCE constitue la *lex posterior*.

³⁴⁸ Considérant le large champ d'application matériel du TCE, les TBI intra-communautaires peuvent être considérés comme *lex specialis*. Voir H. Wehland, « Intra-EU investment agreements and arbitration... », *loc.cit.*, p.305.

³⁴⁹ Il a été affirmé devant les arbitres et par certains auteurs que les traités portent sur la même matière. Des équivalences ont alors été recherchées. La protection contre l'expropriation serait garantie par la Convention européenne des droits de l'homme. Le principe de responsabilité des États membres en cas de dommage causé aux individus en violation du droit communautaire a été posé par la Cour de justice. La définition du traitement discriminatoire par la Cour se rapprocherait du standard de traitement juste et équitable. La théorie des attentes légitimes de l'investisseur aurait pour semblable l'obligation, imposée aux États membres, de transparence, de stabilité, de prévisibilité et de respect du principe de confiance légitime. Voir le §69 de la sentence *Eureko* et le §104 de la sentence *Eastern sugar* ; B. Poulain, « Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux... », *loc.cit.*, p.813 ; E. Teynier, « L'applicabilité des traités bilatéraux... », *loc.cit.*, p.694 ; L. Mola, « Which role for the EU in the development of international investment law ? », *loc.cit.*, p.6.

³⁵⁰ Le rapport estime que « Si cette limitation est interprétée strictement, elle semble alors exclure de sa portée la

minoritaire a pu poursuivre le raisonnement, pour s'interroger sur les critères de la volonté des parties³⁵¹ et de la présence d'incompatibilités.³⁵²

517. À l'opposé, les partisans de l'applicabilité de ces TBI ont soutenu que les deux traités ne portaient pas sur la même matière. Le droit communautaire n'aurait qu'un objectif de libéralisation du marché intérieur, non de protection. Cela implique la complémentarité entre les deux *corpus* et non une incompatibilité, au vu de l'inexistence d'un droit communautaire des investissements. Les tribunaux arbitraux, soutenus par la doctrine majoritaire,³⁵³ ont donc rejeté la théorie de l'extinction implicite, en estimant que le critère de la même matière n'était pas satisfait.³⁵⁴

518. En conclusion, l'application de l'article 59 de la Convention de Vienne comme principe hiérarchique présente à tout le moins l'avantage d'attester l'existence d'une superposition normative partielle.³⁵⁵ La prudence doit faire retenir que l'article 59 ne s'applique pas en l'espèce. Les doutes sont trop grands quant au critère de la même matière et, globalement, il se dégage plus une complémentarité qu'une incompatibilité entre les deux *corpus* normatifs. Au-delà de la prévalence, la question de l'utilité de la persistance des accords les plus anciens reste débattue.³⁵⁶

3) Recours au mécanisme de l'application prioritaire de l'article 30 §3 CVDT

519. La République slovaque a également fait référence à l'article 30 §3 de la Convention de Vienne, dans les affaires *Eureko* et *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius*.³⁵⁷ Intitulé « Application de traités successifs portant sur la même matière », le §3 prévoit que « *Lorsque toutes*

plupart des affaires importantes » et qu'« *il n'est ni nécessaire ni raisonnable de donner cette interprétation de l'expression "même matière"* ». Voir le rapport Koskeniemi sur la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, 13 avril 2006, A/CN.4/L.682, §253.

³⁵¹ L'intention des nouveaux États membres est tout de même ambivalente, car certains TBI intra-communautaires ont été conclus peu de temps avant l'adhésion, voire lors de ce processus. Un auteur cite le TBI conclu entre l'Autriche et Malte en 2002, après l'ouverture de l'adhésion en 2000. Voir B. Poulain, « Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux... », *loc.cit.*, p.815 ; S. Robert-Cuendet, « Les investissements intra-communautaires entre le droit communautaire et... », *loc.cit.*, p.878.

³⁵² Il est possible de considérer qu'en cas d'incompatibilité, il convient d'appliquer non plus l'article 59, mais l'article 30 de la convention de Vienne, qui prévoit une application partielle du traité antérieur. Voir T. Eilmansberger, « Bilateral investment treaties and EU law », *loc.cit.*, p.401.

³⁵³ T. Eilmansberger, « Bilateral investment treaties and EU law », *loc.cit.*, p.400 ; C. Vadcar, « Un cadre communautaire pour l'investissement ? », *loc.cit.*, p.334 ; S. Nappert, « Le droit dérivé et les investissements », *loc.cit.*, note infra-paginale n°5, p.90.

³⁵⁴ Voir le §245 et suiv. de la sentence *Eureko* ; le §172 de la sentence *Eastern Sugar* et les §73-74 de la sentence *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius*.

³⁵⁵ F.J. Pascual Vives, « Los acuerdos sobre promoción et protección... », *loc.cit.*, p.456.

³⁵⁶ B. Poulain, « Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux... », *loc.cit.*, p.816.

³⁵⁷ Voir le §59 de la sentence *Eureko* et le § 67 *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius*.

les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur ». ³⁵⁸

520. Comme le précédent, cet article s'applique en cas de silence des traités entre les mêmes parties sur leurs relations mutuelles et il a été largement inspiré par l'adage *lex posterior*. ³⁵⁹ Notons que cet article ne permet une éviction que partielle de la norme concurrente antérieure, venant ainsi en complément de l'article 59. Il vise donc une application uniquement conditionnelle de la norme concurrente, en cas d'absence d'incompatibilités. Une avancée est que le recours à cet article permet de s'affranchir de la nécessité de satisfaire au critère de l'intention des parties.

521. Toutefois, certaines difficultés qu'il partage avec l'article 59 restent intactes, à savoir qu'un traité antérieur qui n'a pas fait l'objet d'une extinction implicite n'a vocation à s'appliquer que s'il est compatible avec le traité postérieur et que si les deux traités ont le même degré de généralité. Partant, *primo* le recours à l'article 30 §3 ne libère pas le raisonnement de cet écueil que constitue le critère de la même matière. *Secundo*, il participe à la controverse relative à l'existence d'un droit communautaire des investissements. En effet, pour ceux qui défendent l'existence du droit communautaire des investissements internationaux, l'application du traité antérieur, resté en vigueur pour combler les lacunes du traité postérieur, est inutile car le traité communautaire se suffit à lui-même et offre une protection satisfaisante des investissements.

522. Cet article n'est en fait pas plus au service du discours des États membres que de celui des tribunaux arbitraux. Les États membres défendeurs souhaitent en effet une éviction définitive de la norme internationale concurrente jugée incompatible. ³⁶⁰ Les seconds considèrent que ce n'est pas la norme internationale mais la norme communautaire qui est d'application conditionnelle. Ils ont donc affirmé que l'invocation de l'article 30 §3 n'était pas pertinente car, comme pour l'article 59, ils

³⁵⁸ L'article 30 CVDT est intitulé « Application de traités successifs portant sur la même matière ». Son §3 prévoit que « Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur ».

³⁵⁹ L'application de l'article 30 §4, qui vise le cas où les parties aux TBI intra-communautaires ne sont pas parties au TCE, est donc écartée.

³⁶⁰ Voir les §127-128 de la sentence *Eureka*. La République tchèque a également invoqué cet article au sujet de la clause d'arbitrage, soutenant que cette dernière était incompatible avec le droit communautaire, sans succès. Voir les §179 et 180 de la sentence *Eastern sugar*.

sont restés à une interprétation stricte du critère de la même matière,³⁶¹ sur la base des discussions plus fournies relatives à la satisfaction des critères de l'article 59.³⁶²

523. L'invocation de l'article 30 §3 de la Convention de Vienne a eu la vertu d'apporter une certaine relativité à une analyse résolutoire hiérarchique pure qui se révèle inadaptée. En excluant de façon partielle la norme concurrente, cela revient à appliquer prioritairement le TCE et à exclure partiellement certaines dispositions des TBI intra-communautaires, en cas d'incompatibilités. C'est sur la voie du parallélisme des traités qu'il convient alors de résoudre, d'une façon plus originale, cette superposition normative. Auparavant, observons les résultats de l'approche frontale s'agissant de la tentative de résolution de cette pluralité normative.

B. Résultats de la méthode hiérarchique de résolution

524. La logique des États membres défendeurs et de la Commission aurait voulu qu'en matière économique, la norme bilatérale plie face à la norme régionale et que les TBI intra-communautaires soient écartés au seul profit du TCE. Dans les faits, la stratégie est inopérante puisque les TBI sont appliqués et continueront à l'être en vertu des clauses de survie. Cela confirme que l'usage de la méthode hiérarchique pour la résolution d'une superposition normative n'est pas pertinent. Les États membres assignés à l'arbitrage n'auraient-ils pas fait volontairement fausse route, tentant de convaincre les arbitres de recourir aux principes hiérarchiques, parce qu'ils leur auraient permis un peu vite de s'affranchir de leurs obligations conventionnelles internationales ?

525. La seconde étape, celle de l'articulation ou de la combinaison des normes au plan externe et horizontal, a donc été stratégiquement écartée par les États membres. Or, seule celle-ci permet d'atteindre la cohérence globale, étant donné que la combinaison respecte « la spécificité et [...] l'autonomie des deux matières juridiques qui ne peuvent être confondues ».³⁶³ L'usage inadéquat de la méthode hiérarchique de résolution **(1)** a toutefois fait émerger une nouvelle problématique, qu'il faut prendre en compte **(2)**.

³⁶¹ S'agissant du raisonnement des arbitres, se référer aux §268-277 de la sentence *Eureka*.

³⁶² L'invocation de l'article 30 §3 de la Convention de Vienne a été considérée comme peu sérieuse. Voir J. Díez-Hochleitner, « El incierto futuro de los acuerdos bilaterales... », *loc.cit.*, p.36.

³⁶³ J.-S. Bergé, « Le droit du marché intérieur et le droit international privé communautaire : de l'incomplétude à la cohérence », *loc.cit.*, p.352.

1) L'inadéquation de la méthode hiérarchique à la résolution d'une superposition normative

526. L'argumentaire des États membres attirés à l'arbitrage apparaît comme un pis-aller, d'abord parce qu'il constitue une simplification de la gestion des rapports de systèmes. Nous avons vu que ceux-ci doivent être analysés par le prisme des interactions normatives, outil qui cristallise les caractéristiques d'une méthodologie spécifique et novatrice dont les traits ont été auparavant dégagés.³⁶⁴ En filigrane de cet argumentaire visant à rendre les TBI intra-communautaires inapplicables, une volonté de nier l'existence des interactions normatives et plus généralement de la pluralité juridique doit être soulignée et regrettée.

527. Ainsi la méthode hiérarchique se révèle inadéquate, ce qui n'étonne guère lorsque l'on se souvient qu'elle n'est que l'étape ultime et théorique du raisonnement permettant l'analyse des rapports de systèmes. En conséquence, l'étude des interactions entre la norme internationale et la norme régionale en matière d'investissement intra-communautaire doit être cantonnée aux stades de la comparaison et de l'articulation. L'argumentaire visant à démontrer l'inapplicabilité des TBI par le biais de la verticalité relève d'un certain « bricolage juridique » et ne peut que difficilement aboutir, les tribunaux arbitraux l'ayant majoritairement rejeté en faisant prévaloir la norme internationale.³⁶⁵

528. Il doit être ajouté par ailleurs que l'usage des principes hiérarchiques correspond à une analyse moniste du concept d'ordre juridique. Nous avons vu que cette vision est désormais au centre de vifs débats,³⁶⁶ portant notamment sur l'incapacité du monisme à étudier les rapports de systèmes qui ne sont pas régis par la subordination mais par l'autonomie. Cette méthode est donc à proscrire en l'espèce, puisqu'elle s'oppose à la complémentarité des *corpus* juridiques, alors que cette dernière est reconnue et requise,³⁶⁷ et parce qu'elle accorde une trop grande place à la liberté d'interprétation et aux supputations.³⁶⁸ Un ré-aiguillage doit être opéré, car ce raisonnement s'est

³⁶⁴ J.-S. Bergé, « Interactions du droit international et européen – Approche du phénomène en trois étapes dans le contexte européen », *loc.cit.*, p.906.

³⁶⁵ Un auteur remarque qu'au vu de la jurisprudence arbitrale et lorsque la survenance d'un conflit ne peut pas être évitée, la norme internationale prévaudra. Voir G.A. Bermann, « Navigating EU law and the law of international arbitration », *loc.cit.*, p.435.

³⁶⁶ Voir E.-L. Comtois-Dinel « La fragmentation du droit international : vers un changement de paradigme ? », *loc.cit.*, p.13 ; B. Barraud, *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux, Pour une conception pragmatique du droit*, Paris, L'Harmattan, 2012, pp.19-38.

³⁶⁷ J.-S. Bergé, « Interactions du droit international et européen – Approche du phénomène en trois étapes dans le contexte européen », *loc.cit.*, p.907.

³⁶⁸ Et un auteur de constater que « Lorsque la méthode est issue d'un autre texte et qu'elle prend la forme de maximes, elle comprend de telles incertitudes que la sécurité juridique n'est pas meilleure ». Voir F. Péraldi-Leneuf et S.

égaré, en voulant stigmatiser la norme exogène et en invitant à se replier sur soi-même.³⁶⁹

529. Un pas en arrière doit donc être effectué, en se dirigeant vers le deuxième stade de la méthode d'analyse des interactions. Celui-ci invite à considérer les deux *corpus* juridiques sur un pied d'égalité, par un raisonnement ouvert autorisant la combinaison normative. Auparavant, l'échec de cette résolution de la superposition normative via un principe hiérarchique a mis en lumière une nouvelle problématique juridique découlant de la pluralité. La totalité des États membres de la Communauté ne disposant pas d'un réseau de TBI intra-communautaires, il existe donc un risque de discrimination parmi les investisseurs intra-communautaires.

2) La problématique de la discrimination entre investisseurs communautaires

530. Face à la pluralité normative, la Commission européenne et les États membres hôtes ont averti que la survie de la norme internationale pouvait être la cause d'une inégalité de traitement.³⁷⁰ Au sein du système juridique régional, un ressortissant communautaire peut bénéficier de la protection substantielle d'un TBI intra-communautaire, alors que d'autres ne le peuvent pas. En effet, certains États membres n'ont pas conclu de TBI intra-communautaires ou disposent d'un réseau très limité.³⁷¹ Une telle thèse serait alors contraire au principe de non-discrimination de l'article 12 TCE et elle affecte le principe d'uniformité du droit communautaire.³⁷²

531. Ces propos ont été largement relativisés par les tribunaux arbitraux. Ils ont refusé de voir dans ces possibilités de discrimination un argument emportant leur incompétence, en préférant protéger les investisseurs des conséquences du débat sur l'applicabilité des TBI intra-communautaires. Dans l'affaire *Eastern sugar*, les arbitres ont même affirmé que la problématique de la discrimination entre les investisseurs communautaires ne se posait pas.³⁷³

Schiller, *Les conflits de normes – Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits horizontaux de normes*, synthèse, 2012, p.7, disponible à <http://www.gip-recherche-justice.fr>

³⁶⁹ *Ibidem*, p.9.

³⁷⁰ Nous lisons au §119 de la sentence *Eastern sugar*, reproduisant la lettre de M. Schaub : « *The application of intra-BITs could lead to a more favourable treatment of investors and investments between the parties covered by the BITs and consequently discriminate against other Member States, a situation that would not be in accordance with the relevant Treaty provisions* ». Voir aussi le §183 de la sentence *Eureko*.

³⁷¹ La spécificité du cas de l'Irlande a été relevée en doctrine et des distorsions de concurrence seraient en jeu. Voir E. Gaillard, « Conclusions », in C. Kessedjian et C. Leben (dirs), *Le droit européen et l'investissement*, *op.cit.*, pp.149-159, p.150.

³⁷² Pour la position de la République tchèque, voir le §106 de la sentence *Eastern sugar*.

³⁷³ Cet argument a été qualifié de « douteux ». Voir C. Leben, « Introduction », *loc.cit.*, p.23.

532. Ils ont tout de même visé le cas des citoyens lésés, ceux qui ont en l'espèce le statut procédural de tiers aux instances arbitrales. Leur État d'origine n'a pas conclu de TBI intra-communautaires avec l'État de territorialité de leur investissement et ils n'ont donc accès au prétoire arbitral. Il leur appartient – et nous citons – de « réclamer leurs propres droits », ³⁷⁴ d'une façon qui n'est pas précisée et sur laquelle nous reviendrons.

533. Des remèdes à apporter à la problématique de la discrimination ont été proposés, en fonction du niveau de protection qu'il est souhaité accorder aux investissements. Ils postulent la préservation de la règle de droit. ³⁷⁵ Ainsi, les mérites d'une possible harmonisation « par le haut » ont été soulignés, à savoir un rapprochement des droits en question qui viserait le dépassement des contradictions et l'établissement d'un cadre juridique de référence. Celui-ci aurait pour modèle les normes substantielles les plus protectrices contenues dans les TBI.

534. Par le biais d'une harmonisation par le haut, le bénéfice des droits substantiels portés par les TBI intra-communautaires serait ainsi étendu à l'ensemble des investisseurs communautaires. ³⁷⁶ Ceci permettrait de contrer le phénomène de course aux avantages conventionnels, ainsi que ses effets néfastes sur l'économie européenne. ³⁷⁷ Cette solution est la plus souhaitable pour la doctrine majoritaire. Toutefois, il a été remarqué que l'harmonisation est un procédé de longue haleine, qui ne peut être réalisé que dans des domaines bien précis. ³⁷⁸ Un tel processus, appliqué aux droits garantis aux investisseurs communautaires, souffre de difficultés techniques de réalisation, ³⁷⁹ mais aussi d'une nature trop politique pour obtenir des résultats à court

³⁷⁴ « *If the EC Treaty gives more rights than does the BIT, then all EU parties, including the Netherlands and Dutch investors, may claim those rights. If the BIT gives rights to the Netherlands and to Dutch investors that it does not give to other EU countries and investors, it will be for those other countries and investors to claim their equal rights. But the fact that those rights are unequal does not make them incompatible* ». Voir le §170 de la sentence *Eastern Sugar*.

³⁷⁵ Nous lisons aux §266 et 267 de la sentence *Eureka* : « *There is moreover no reason, legal or practical, why an EU Member State should not accord to investors of all other EU Member States rights equivalent to those which the State has bound itself to accord to investors of its EU bilateral investment treaty partners – or, indeed, to investors from States that are not members of the EU. Certainly, it is not for an arbitral tribunal to cancel rights created by a valid treaty* ». Ainsi, la règle de droit portée par les TBI intra-communautaires représenterait une protection qui a été « un immense progrès pour les entreprises et la sécurité juridique ». Voir E. Gaillard, « Conclusions », *loc.cit.*, p.154 ; N. Lavranos, « New developments in the interaction between international investment law and EU law », *loc.cit.*, p.433.

³⁷⁶ Cette harmonisation se ferait par le biais de mesures législatives adaptées au niveau communautaire. Et un auteur de remarquer que si les instances bruxelloises souhaitent obtenir une compétence en matière d'IDE, ce n'est pas pour un abaissement de la protection. Voir N. Lavranos, « Member States' bilateral investment treaties (BITs): Lost in transition », *loc.cit.*, p.301.

³⁷⁷ E. Gaillard, « Conclusions », *loc.cit.*, p.156.

³⁷⁸ M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit tome 2. Le pluralisme ordonné*, *op.cit.*, p.259 et suiv.

³⁷⁹ Harmoniser « par le haut » implique de dépasser une difficulté de taille, l'initiation d'une procédure d'arbitrage mixte par un investisseur en l'absence d'un TBI intra-communautaire comme fondement de la demande, en soutenant que

terme.³⁸⁰

535. En attendant, cette harmonisation peut provenir du pouvoir d'interprétation des tribunaux arbitraux, s'ils optent pour une conception ouverte de la superposition normative. Tournons-nous en ce sens vers la seconde étape de la méthodologie, celle de la combinaison ou de l'articulation des systèmes. Fondée sur une approche dynamique, elle peut favoriser l'interprétation articulée des normes, par le biais d'une méthode de résolution originale dite combinatoire.

Paragraphe 1. L'approche combinatoire

536. En changeant radicalement d'optique, la méthode combinatoire de résolution de la superposition normative invite d'abord à postuler l'existence de la pluralité, pour ensuite admettre que le droit international ne peut que tirer profit d'un cumul de conventions. Rappelons en ce sens la non-subordination des rapports entre la norme internationale et la norme communautaire qui forment *in fine* une unique discipline. Partant, l'usage de cette méthode autorise une résolution horizontale, aussi dite « pragmatique » ou « topologique » de la superposition normative. Il est souhaité démontrer qu'il s'agit *in fine* de la seule approche opérante.

537. Alors que la position hiérarchisante de la Commission européenne n'a pas de valeur contraignante auprès des tribunaux arbitraux,³⁸¹ il ne peut que revenir à ces derniers de s'en remettre à une méthode plus originale. Est-il envisageable que les arbitres participent du décloisonnement des branches du droit international, en s'avançant vers le droit communautaire ? À l'intérieur d'un contexte « embrumé »,³⁸² s'inspirer des principes du droit international privé ne conduit qu'à une esquisse de méthode, par la délimitation des domaines d'application des normes. Examinons plus en détail cette méthode de résolution originale, en observant ses moyens **(1)**, puis ses résultats **(2)**.

A. Les moyens originaux de la méthode combinatoire

538. Si les arbitres ont rejeté avec force la tentative de résolution de la superposition

l'activation d'une telle procédure est une possibilité accordée à un autre ressortissant communautaire. Voir T. Eilmansberger, « Bilateral investment treaties and EU law », *loc.cit.*, p.403.

³⁸⁰ J. Kleinheisterkamp, « Investment protection and EU law: the intra and extra-EU dimension of the Energy charter treaty », *loc.cit.*, p.100 et suiv.

³⁸¹ Voir le §94 de la sentence *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius*.

³⁸² S. Menétrey, « La participation "amicale" de la Commission européenne dans les arbitrages liés aux investissements intracommunautaires », *loc.cit.*, p.1127.

normative par un principe hiérarchique, leur position quant au recours à l'approche combinatoire peut paraître ambiguë. Ouvertement rejetée par certains, la majorité des tribunaux arbitraux a toutefois pris soin de se déclarer favorable à l'ouverture des systèmes, mais aussi de conserver leur pouvoir d'action discrétionnaire. Malgré ce dernier point, le recours à cette méthode reste de l'ordre des possibles.

539. La combinaison normative fait référence à un rapport de mise en œuvre, pouvant être accompli par une pluralité de stratégies visant le même objectif,³⁸³ à savoir la considération ouverte de la superposition normative, *a minima* par le biais d'un compromis,³⁸⁴ voire *a maxima* par la réalisation d'une plus-value.³⁸⁵ Ainsi, procéder à l'analyse combinatoire suppose, en premier lieu, de reconnaître la présomption d'absence de conflits entre le droit conventionnel international et le droit communautaire (1), voire, en second lieu, de résoudre d'éventuels conflits en ayant recours au principe d'harmonisation retenu par les conclusions des travaux de la Commission du droit international sur la fragmentation du droit international (2).

1) Usage de la théorie de la présomption d'absence de conflits entre normativités parallèles

540. La présomption d'absence de conflit entre normativités parallèles est bien connue en droit international. Elle permet de reconnaître un effet cumulatif à deux *corpus* juridiques portant sur la même matière et formant donc une superposition normative totale. Cette présomption est la première étape nécessaire à l'interprétation combinatoire. Elle constitue la base sur laquelle les tribunaux arbitraux sont en mesure, en vertu de leur pouvoir d'interprétation, de dissoudre avec prévenance les éventuelles incompatibilités latentes au sein des deux traités *a priori* présumés compatibles.³⁸⁶ Par-là, la survenance d'un conflit patent est écartée, de même que le recours à une méthode hiérarchique de résolution.

541. Cette présomption a été usitée dans l'affaire du *thon à nageoire bleue*,³⁸⁷ qui mettait en juxtaposition, d'une part, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 et, d'autre

³⁸³ G.A. Bermann, « Navigating EU law and the law of international arbitration », *loc.cit.*, p.425.

³⁸⁴ *Ibidem*, p.424.

³⁸⁵ Voir I. Konstantinos, *La combinaison normative : recherche sur une méthode d'interprétation aux services des droits de l'homme*, thèse de doctorat, 2006.

³⁸⁶ Voir S. Robert-Cuendet, « Les investissements intra-communautaires entre le droit communautaire et... », *loc.cit.*, p.881.

³⁸⁷ CIJ, *Affaire du Thon à nageoire bleue* (Australie et Nouvelle-Zélande c. Japon), sentence arbitrale du 4 août 2000 sur la compétence et la recevabilité, *Recueil des sentences arbitrales*, Nations Unies, vol. XXIII (2004).

part, la Convention pour la conservation du thon à nageoire bleue de 1993. Le tribunal arbitral a rejeté les prétentions du Japon, fondées notamment sur la maxime *lex posterior*,³⁸⁸ en estimant que la Convention de 1982 et celle de 1993 étaient applicables.³⁸⁹ La présomption autorise donc à considérer les traités non plus comme successifs, mais comme parallèles,³⁹⁰ impliquant une simultanéité dans l'application, sur le modèle de ce que prône d'une façon plus spécifique l'article 30 §3 de la Convention de Vienne. C'est donc la coordination qui doit être recherchée.

542. *Quid* de l'application de cette présomption de compatibilité au cas d'espèce ? Considérer que le TCE et les TBI peuvent coexister, tant qu'une incompatibilité n'apparaît pas *prima facie*, est envisageable. Il suffit de se remémorer les remarques de la doctrine allant dans ce sens,³⁹¹ celles de la Cour,³⁹² mais surtout l'attitude de la majorité des tribunaux arbitraux.³⁹³ Mieux, certains arbitres ont contourné l'apparition d'un conflit, en évitant de confronter la protection octroyée par les TBI aux exigences du droit communautaire, par diverses techniques.³⁹⁴ Ils ont écarté, à plusieurs reprises, la mise en conflit patente des deux *corpus*.³⁹⁵ Cette approche semble plus appropriée, eu égard au contexte controversé de l'applicabilité des TBI intra-communautaires.

543. Ainsi, le recours à cette présomption relève parfois non de l'évidence, mais de la

³⁸⁸ Pour le Japon, la convention de 1993 s'appliquait à la fois en tant que *lex specialis* et que *lex posterior*. L'État faisait valoir que le différend avait « trait à l'interprétation et à l'application de la Convention de 1993 et ne concernait pas l'interprétation ou l'application de la Convention sur le droit de la mer ». *Ibidem*, §46.

³⁸⁹ Le tribunal arbitral a reconnu « qu'en droit international contemporain on peut trouver des situations de jeu parallèle de deux traités en plusieurs occasions. Dans le cas où il existe une convention cadre et une (ou plusieurs) convention(s) pour sa mise en œuvre, la conclusion de la convention de mise en œuvre n'annihile pas les obligations nées sous la convention cadre. » *Ibidem*, §52.

³⁹⁰ E. Roucouas, « Engagements parallèles et contradictoires », *RCADI*, t.206, 1987, pp.66-70.

³⁹¹ La doctrine remarque que nous sommes en présence de « deux régimes différents, qui ont parfois les mêmes objectifs, parfois différents, mais qui n'entrent en conflit que de façon exceptionnelle ». Elle a également mis en avant le caractère parallèle des normativités. Voir E. Gaillard, « Conclusions », *loc.cit.*, p.153 ; N. Lavranos, « New developments in the interaction between international investment law and EU law », *loc.cit.*, p.417.

³⁹² Un auteur fait remarquer que, s'agissant des TBI extra-communautaires, dans l'arrêt *Commission c/ Autriche* la Cour a fait une distinction entre le §1 et le § 2 de l'article 56 TCE, pour retenir que le §1 n'est pas incompatible avec le TBI. L'auteur y voit une confirmation de la doctrine des normativités parallèles au sein de l'ordre juridique communautaire. La Cour a affirmé à ce sujet : « Ces accords sont en cela conformes à la lettre de l'article 56, paragraphe 1, CE, aux termes duquel "[...] toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites", et à celle de l'article 56, paragraphe 2, CE, aux termes duquel "[...] toutes les restrictions aux paiements entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites", et ils vont dans le sens de l'objectif que cet article poursuit. » Voir CJCE, 3 mars 2009, *Commission c/ Autriche et Suède*, point 26 ; A. A. Ghouri, « Resolving incompatibilities of bilateral investment treaties... », *loc.cit.*, p.815.

³⁹³ Les tribunaux arbitraux ont reconnu qu'il n'y avait pas de conflit direct entre le droit communautaire et les TBI qui empêcherait une application simultanée des deux *corpus*, si nécessaire. Voir le §74 de la sentence *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius*.

³⁹⁴ G.A. Bermann, « Navigating EU law and the law of international arbitration », *loc.cit.*, p.429 et suiv.

³⁹⁵ Ainsi, dans l'affaire *Eastern sugar*, les arbitres ont condamné la partie défenderesse en rejetant l'argument selon lequel le troisième décret avait été émis en vertu du principe communautaire de non-discrimination. Voir *Eastern sugar*, §155-180.

volonté des tribunaux arbitraux. Il est possible qu'ils doivent donner une matérialité à une compatibilité qui ne va pas de soi. Ils peuvent aussi éviter de se prononcer sur la validité de l'argument fondé sur le recours à la méthode hiérarchique, en déclarant leur incompétence. Attardons-nous désormais sur cette stratégie des tribunaux ayant déjà présumé l'absence d'incompatibilités.

2) Usage du principe de l'harmonisation

544. Une fois cette présomption admise, les tribunaux arbitraux sont en situation de résoudre le litige à l'aide du principe d'harmonisation. Selon la Commission du droit international dans les conclusions de ses travaux sur le thème de la fragmentation du droit international, « on s'accorde généralement à considérer que, lorsque plusieurs normes ont trait à une question unique, il convient, dans la mesure du possible, de les interpréter de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles ». ³⁹⁶

545. Cette règle d'interprétation autorise ainsi la transcendance des rapports de systèmes, via l'établissement d'un dialogue entre les *corpus* juridiques, tel que promu par le droit international. En ce sens, l'article 31 §3 c) de la Convention de Vienne relatif à la règle générale d'interprétation des dispositions des traités constitue le meilleur outil au service de la méthode combinatoire. Il incite les tribunaux arbitraux à interpréter les dispositions des TBI en fonction non seulement du contexte, mais aussi de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». En considérant le droit communautaire comme cette règle, le recours au principe d'harmonisation se trouve ainsi promu par le droit international. ³⁹⁷

546. En l'espèce, le principe va permettre la prévention du conflit d'obligations, en attestant la réalité de l'absence de conflits.

547. S'agissant de la présomption de compatibilité, les tribunaux arbitraux ont parfois dû aller au-delà de l'acquiescement de ce simple postulat et faire usage d'une certaine « technique ». Celle-ci a consisté à articuler, de façon anticipée, les normes en présence, pour favoriser une

³⁹⁶ Voir le 4) des « Conclusions des travaux du Groupe d'étude de la Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », 2006, reproduit dans l'*Annuaire de la Commission du droit international*, 2006, vol. II(2).

³⁹⁷ Voir G.A. Bermann, « Navigating EU law and the law of international arbitration », *loc.cit.*, p.428; T. Eilmansberger, « Bilateral investment treaties and EU law », *loc.cit.*, p.421; H. Wehland, « Intra-EU investment agreements and arbitration... », *loc.cit.*, p.305 et suiv.

interprétation contextuelle du droit communautaire évitant l'occurrence d'un conflit. Une interprétation restrictive des prétentions de l'ensemble des parties à l'instance par les arbitres, à savoir non seulement des exigences du droit communautaire vis-à-vis des États membres, mais aussi des larges allégations des investisseurs, a pu être observée.

548. Dans l'affaire *ADC affiliate*, le tribunal arbitral a estimé que l'État membre aurait pu se conformer au droit communautaire sans avoir recours à une expropriation.³⁹⁸ Le tribunal arbitral dans l'affaire *Saluka* a retenu que la promesse faite par le Ministre des finances de la République tchèque ne pouvait pas avoir d'effet contraignant vis-à-vis d'un futur gouvernement et que l'investisseur devait s'attendre à ce qu'il y ait des changements dans le secteur bancaire.³⁹⁹

549. L'invocation de la théorie des attentes légitimes par l'investisseur n'a pas empêché le tribunal arbitral de conclure que l'investisseur devait s'attendre, avec l'adhésion de la République tchèque, à une réglementation plus restrictive.⁴⁰⁰ Dans la sentence *AES Summit*, les arbitres ont rejeté les prétentions de l'investisseur, en résultat d'un comportement de la Hongrie qui n'avait pas créé d'attentes légitimes.⁴⁰¹

550. Il est donc concevable, pour les arbitres, d'éviter une mise en conflit des deux *corpus*. L'interprétation des TBI intra-communautaires doit alors être faite à la lumière du droit communautaire, en s'inspirant de ce que suggérait l'Irlande dans l'affaire *Mox*.⁴⁰² Notons que cette technique ne permet pas de résoudre un conflit patent, seulement d'empêcher sa survenance.⁴⁰³ Cette approche pragmatique, tendant vers « une concession mutuelle pour atteindre le point d'équilibre » parmi les intérêts des parties à l'instance,⁴⁰⁴ est donc fort souhaitable. Elle relève cependant de la seule conscience des arbitres, comme la Commission européenne le reconnaît dans l'affaire *Eureko*.⁴⁰⁵

³⁹⁸ Voir CIRDI, *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited c. Hongrie*, aff. No. ARB/03/16, 2 octobre 2006, §272; G.A. Bermann, « Navigating EU law and the law of international arbitration », *loc.cit.*, p.430, note infra-paginale 136.

³⁹⁹ CNUDCI, *Saluka Investments B.V. c. République tchèque*, sentence arbitrale partielle, 16 mars 2006, §351.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, §302 et 357.

⁴⁰¹ Voir les §9.3.6-9.3.26 de la sentence *AES Summit* précitée.

⁴⁰² Voir les conclusions de l'avocat général Maduro dans l'affaire *Mox*, C-459/03, point 49.

⁴⁰³ H. Wehland, « Intra-EU investment agreements and arbitration... », *loc.cit.*, p.307.

⁴⁰⁴ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, *op.cit.*, p.114.

⁴⁰⁵ La Commission européenne soutient l'idée suivante: « (A)s a result of the supremacy of EU law vis-à-vis pre-accession treaties between Member States, conflicts between BIT provisions and EU law cannot be resolved by interpreting and applying the relevant EU law provisions in the light of the BIT. Only the inverse approach is possible, namely interpretation of the BIT norms in the light of EU law ». Voir le §180 de la sentence *Eureko*.

551. Sur ce dernier point, les arbitres ont précisé dans l'affaire *Eureka* que, pour eux, il n'y avait pas de principe général de droit international imposant l'interprétation harmonieuse de divers traités.⁴⁰⁶ Dans l'affaire *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius*, a été souligné le fait que « si nécessaire, les arbitres interpréteront le TBI et le droit communautaire d'une façon qui minimisera les conflits et améliorera la cohérence ».⁴⁰⁷

B. Résultats de la méthode combinatoire

552. Il est évident que la méthode combinatoire présente des limites.⁴⁰⁸ Ce constat ne signifie pas pour autant qu'elle ne puisse pas mieux appréhender les difficultés relatives à la cohérence et à la complexité. Participant à un relatif désordre normatif, la théorie de l'internormativité est vectrice d'un dialogue intersystémique, dont la matérialisation dépend pour beaucoup du tempérament des interactions normatives. *In concreto*, quelles sont les opportunités de dialogue entre les deux *corpus*, qui seules permettent une véritable articulation des normes ?

553. Si le recours à cette casuistique juridique s'avère une réalité au sein de la protection des droits de l'homme,⁴⁰⁹ la matière de l'investissement intra-communautaire se prêterait beaucoup moins bien à cette dynamique de dialogue des systèmes. En effet, les tribunaux arbitraux peuvent se contenter de la prévalence de la norme internationale, voire refuser de reconnaître l'existence d'un conflit de normes en affirmant l'indépendance des systèmes. Ainsi, des possibilités restreintes caractérisent l'usage de cette méthode de résolution par les tribunaux arbitraux (1), mais aussi des difficultés extensives (2).

1) Les possibilités de la méthode

554. Même si le recours à la méthode combinatoire ne relève pas de l'extravagance juridique, ses possibilités d'application à la résolution d'un conflit de normes sont particulièrement réduites.⁴¹⁰ Elle suppose en premier lieu que les tribunaux arbitraux osent s'aventurer d'eux-mêmes vers un droit dont ils ne sont pas au départ des spécialistes, bien qu'ils soient généralement de très

⁴⁰⁶ Voir *ibidem*, §4.130.

⁴⁰⁷ Voir le §100 de la sentence *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius*. Nous traduisons.

⁴⁰⁸ G.A Bermann, « Navigating EU law and the law of international arbitration », *loc.cit.*, p.425.

⁴⁰⁹ S. Turgis, *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, *op.cit.* ; F. Delpéré, « La communicabilité entre le droit international, le droit européen, le droit constitutionnel et le droit régional », *loc.cit.*, p.65.

⁴¹⁰ G.A. Bermann, « Navigating EU law and the law of international arbitration », *loc.cit.*, p.425.

grande notoriété. Ils sont ensuite tenus de s'efforcer d'élaborer une stratégie combinatoire ou conciliatrice,⁴¹¹ si possible la meilleure parmi une pluralité de possibilités qui sont par définition, « hautement contextuelles ».⁴¹² Notons que cette initiative a été refusée par certains tribunaux arbitraux.

555. Au sein des diverses sentences arbitrales marquant une volonté d'ouverture, la sentence *Eureko* se démarque par la volonté qu'ont eu les arbitres de s'intégrer au système juridique communautaire. Cette volonté se traduit par la désignation du tribunal arbitral comme celui d'un État membre,⁴¹³ la considération du droit communautaire comme droit applicable au fond,⁴¹⁴ l'acceptation de la participation des *amici curiae*⁴¹⁵ et par la prise en compte du monopole d'interprétation de la Cour, qui n'est pas remis en cause par une application du droit communautaire par les arbitres.⁴¹⁶ Il y aurait donc une volonté de participer au dialogue entre le droit matériel des investissements intra-communautaires et le droit communautaire.

556. Cette volonté a été réaffirmée dans l'affaire *Electrabel*.⁴¹⁷ Le tribunal arbitral a en effet reconnu l'existence du principe d'harmonisation de l'interprétation des traités, eu égard aux liens existant entre l'Union européenne et le Traité sur la Charte de l'énergie.⁴¹⁸ Il a également retenu la présomption de compatibilité entre le droit de l'Union et la Charte, en affirmant que « *no contradiction exists between the ECT and EU law* ». ⁴¹⁹

557. Encore faut-il que cette démarche se diffuse auprès des tribunaux arbitraux qui, reconnaissons-le, ont tout intérêt à s'intégrer au sein du territoire régional. Les deux États parties

⁴¹¹ *Ibidem*.

⁴¹² *Ibid.*, p.430. Nous traduisons.

⁴¹³ Le tribunal arbitral s'est défini comme un tribunal arbitral *ad hoc* allemand, soumis au droit allemand qui lui-même comprend le droit communautaire. Il s'est distingué ainsi des tribunaux arbitraux internationaux, comme ceux constitués sous l'égide du CIRDI. Voir le §224 de la sentence *Eureko*.

⁴¹⁴ Le tribunal arbitral s'est déclaré compétent pour appliquer le droit communautaire, qu'il a qualifié de droit appartenant à une sous-catégorie de droit international. Et le tribunal arbitral d'ajouter qu'il « *peut considérer et appliquer le droit européen, si nécessaire, aussi bien en tant que droit international qu'en tant que droit allemand.* » Voir *Eureko B.V. c. République slovaque*, §283. Nous traduisons.

⁴¹⁵ Les Pays-Bas et la Commission européenne ont pu intervenir comme *amicus curiae*. Voir les §154 et §175 de la sentence *Eureko*.

⁴¹⁶ Le tribunal arbitral a constaté à ce sujet que les arbitres interprètent et appliquent le droit communautaire « quotidiennement » et que le monopole de la Cour de justice ne concerne que le contrôle final de l'interprétation. Nous lisons : « *The argument that the ECJ has an "interpretative monopoly" and that the tribunal therefore cannot consider and apply EU law, is incorrect. The ECJ has no such monopoly. Courts and arbitration tribunals throughout the EU interpret and apply EU law daily. What the ECJ has is a monopoly on the final and authoritative interpretation of EU law: but that is quite different. Moreover, even final courts are not obliged to refer questions of the interpretation of EU law to the ECJ in all cases* ». Voir le §282 de la sentence *Eureko*.

⁴¹⁷ Voir la sentence arbitrale *Electrabel* du 30 novembre 2012, §4.130-4.145.

⁴¹⁸ *Ibidem*, §4.130.

⁴¹⁹ *Ibid.*, §4.134.

aux accords étant également des États membres soumis au respect du droit communautaire, il est peu concevable que les tribunaux arbitraux puissent statuer sur un litige relatif à un investissement intra-communautaire en vertu d'un raisonnement qui ferait une totale abstraction de ce droit.⁴²⁰

2) Les difficultés de la méthode

558. N'oublions pas que vouloir combiner les diverses normes en matière d'investissement intra-communautaire, si l'opération est en théorie possible et a été visée par les tribunaux arbitraux, reste une gageure. En effet, les ensembles normatifs ne partagent que partiellement des objectifs similaires et les arbitres sont susceptibles, lors de l'accomplissement de leur mission, de se limiter à une introspection qui peut s'exprimer sous la forme de plusieurs déclinaisons. Ainsi, la nécessité pourtant reconnue d'interprétation et d'application du droit communautaire par les arbitres peut être contournée.

559. Les tribunaux arbitraux ont d'abord la capacité de choisir de refuser ou de limiter la participation de la Commission européenne en tant qu'*amicus curiae*. Ils ont fait usage de ce pouvoir discrétionnaire lors de la demande d'intervention de la Commission européenne du 13 août 2008, dans l'affaire *Electrabel*. Toutefois, la problématique de la légitimité des tribunaux arbitraux au sein du territoire régional implique qu'ils acceptent les demandes d'*amicus curiae*, sous réserve de restrictions. Ainsi, dans l'affaire *AES Summit*, le tribunal arbitral a admis l'intervention de la Commission européenne, à condition que celle-ci ne questionne pas la compétence du tribunal.⁴²¹

560. Il leur est aussi possible d'ignorer le droit communautaire, pourtant à l'origine du traitement étatique litigieux,⁴²² ou de refuser de le considérer. Cette position est symbolisée par la sentence *AES Summit*. Les arbitres n'ont vu aucun conflit d'obligations: « *The Tribunal concludes that, properly understood, the dispute under analysis in the present arbitration is not about a conflict between the EC Treaty or Community competition law and the ECT* ». ⁴²³ Pour le tribunal, il s'agissait simplement d'étudier la conformité de l'acte de l'État hôte vis-à-vis de la Charte de l'énergie. Partant, ce tribunal ne s'est pas défini comme le tribunal d'un État membre, mais comme un tribunal purement international. Le droit de l'Union relève donc pour ce tribunal arbitral du

⁴²⁰ S. Robert-Cuendet, « Les investissements intra-communautaires entre le droit communautaire et... », *loc.cit.*, p.884.

⁴²¹ Voir le §4.89 de la sentence *Electrabel* et le §3.22 de la sentence *AES Summit*.

⁴²² Le droit communautaire a ainsi été ignoré dans l'affaire *ADC et ADMC*, à propos d'une mesure prise sur le fondement d'une directive. Voir le §272 de la sentence *ADC et ADMC*.

⁴²³ Voir §7.6.8 de la sentence *AES Summit*.

« fait ». ⁴²⁴

561. Précisons que la sentence *Micula* n'a pas suivi la portée de sentence *AES Summit* sur ce point. Bien que le tribunal arbitral ait considéré le droit européen comme faisant partie d'une « matrice factuelle », en l'espèce les faits reprochés étaient antérieurs à l'adhésion, ce qui justifiait pleinement que le droit régional se soit pas directement applicable à la résolution du litige. ⁴²⁵

562. Revenons aux difficultés de la méthode. À la manière de la méthode hiérarchique, la norme concurrente peut être écartée, permettant d'éviter la problématique de la résolution combinatoire d'une éventuelle incompatibilité. Selon le modèle de la Cour s'agissant de l'affirmation de la primauté du droit communautaire vis-à-vis des droits nationaux, ⁴²⁶ il est aussi envisageable face à un prétendu conflit de normes de se fonder sur l'article 27 de la Convention de Vienne, pour faire prévaloir automatiquement les obligations imposées par les TBI sur les exigences du droit communautaire. ⁴²⁷

563. À supposer que les tribunaux arbitraux affirment que le droit communautaire fait partie du droit applicable, le risque est que cette méthode d'interprétation soit biaisée. Elle pourrait ne pas être effectivement menée *in concreto*, de façon volontaire ou involontaire. ⁴²⁸ Sur ce dernier point, l'absence d'incompatibilités peut ne pas être en mesure d'être présumée par les tribunaux arbitraux lorsque la partie défenderesse soulève l'existence d'incompatibilités entre les deux *corpus*, en demandant aux arbitres d'établir une priorité entre eux. ⁴²⁹ Partant, il ne sera guère possible de combiner les deux régimes normatifs, pouvant aboutir à l'établissement d'une hiérarchie en faveur de la norme internationale. ⁴³⁰

564. Enfin et d'un point de vue plus général, il est noté que les rapports entre le droit international et le droit communautaire « ne s'inscrivent pas [...] dans un contexte de forte

⁴²⁴ Voir le §7.6.6, *ibidem*.

⁴²⁵ CIRDI, *Ioan Micula, Viorel Micula c. Roumanie*, 11 décembre 2013, décision finale, N°ARB/05/20, *Rev. arb.*, 2014.39, note S. Lemaire, p.44.

⁴²⁶ G.A. Bermann, « Navigating EU law and the law of international arbitration », *loc.cit.*, p.431.

⁴²⁷ L'article 27 de la Convention de Vienne prévoit qu'« Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ».

⁴²⁸ Certains auteurs constatent qu'« il conviendrait d'assurer une meilleure transparence sur les méthodes choisies et appliquées pour trancher un éventuel conflit de normes ». Voir F. Péraldi-Leneuf et S. Schiller, « Les conflits de normes – Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits horizontaux de normes », *loc.cit.*, p.8.

⁴²⁹ G.A. Bermann, « Navigating EU law and the law of international arbitration », *loc.cit.*, p.431.

⁴³⁰ *Ibidem*.

interchangeabilité ». ⁴³¹ L'articulation des diverses normes n'est donc pas facilitée, ce qui est reflété par le rejet des TBI intra-communautaires par la Commission européenne et la méfiance sous-jacente des tribunaux arbitraux vis-à-vis des autorités communautaires. Les arbitres seraient alors plus enclins au silence qu'au dialogue. ⁴³² Toutefois, l'intérêt principal de la méthode combinatoire est qu'elle permet de contourner certaines contradictions et de participer à la réalité des interactions normatives amenées à croître à l'avenir dans la dimension externe de l'approche européenne.

⁴³¹ J.-S. Bergé, « Interactions du droit international et européen... », *loc.cit.*, p.907.

⁴³² La multiplicité des acteurs du droit des investissements intra-communautaires est pour un auteur l'une des limites à l'efficacité d'une approche conciliatrice, fondée sur l'attitude ouverte des tribunaux arbitraux vis-à-vis du droit communautaire. Voir G.A. Bermann, « Navigating EU law and the law of international arbitration », *loc.cit.*, p.435.

Conclusion du chapitre 2

565. Au sortir de l'analyse, il apparaît judicieux de retenir l'applicabilité des TBI intra-communautaires, telle que reconnue par les tribunaux arbitraux. La présence de ces instruments conventionnels au sein de l'ordre juridique régional ne semble ainsi pas constituer une redondance normative. L'ensemble des arguments de la Commission européenne et des États membres en position de partie défenderesse soutenant le contraire n'a pas emporté la conviction.

566. L'application des TBI intra-communautaires est donc constitutive d'une superposition de normes, au moins partielle. Celle-ci peut néanmoins être source d'incompatibilités, qu'il convient de résoudre par le biais d'une méthode combinatoire, basée sur une approche ouverte et conciliante, la présomption d'absence de conflits et le principe d'harmonisation. Comme nous l'avons soutenu dans le cadre du chapitre préliminaire, la méthode hiérarchique et le rejet de la pluralité qu'elle implique ont une nouvelle fois montré leurs limites.

567. Au vu de la proposition, en date du 7 avril 2016, de la France, de l'Autriche, des Pays-Bas, de l'Allemagne et de la Finlande de conclure un traité d'investissement entre les États membres, il apparaît que la problématique du droit international matériel des investissements intra-communautaires n'est nullement appelée à disparaître avec la dénonciation ou l'extinction des TBI intra-communautaires en vigueur, mais qu'elle est amenée au contraire à faire l'objet de réflexions et de développements.

Conclusion du titre 1

568. Tout au long de ce titre, les développements ont souhaité démontrer la réalité des interactions entre les deux systèmes juridiques, avant même qu'un transfert de compétence ne soit opéré. Ces interactions ont visé les aspects tant externes qu'internes de la problématique du droit matériel des investissements de l'Union européenne. Toutefois, les limites de l'approche devant créer une politique externe ont également été mises en exergue. Celles-ci ont concouru à ce que soit recherchée une compétence exclusive en matière d'investissement qui devrait, par effet du traité de Lisbonne, permettre d'apporter des réponses.

569. L'approche du droit matériel des investissements extra-communautaires a été initiée par la Commission européenne à la suite de l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht. Elle s'est révélée efficace, puisqu'elle a permis d'obtenir une compétence exclusive en matière d'IDE au bénéfice de l'Union européenne, qui a pu s'exercer lors de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Elle a également lancé la mise en compatibilité des instruments conventionnels étatiques existants, préparant ainsi le transfert de compétence.

570. Les interactions entre les TBI intra-communautaires et le droit régional sont plus originales, puisqu'elles sont la conséquence de la politique d'élargissement de l'Union européenne et qu'elles n'ont donc pas fait l'objet d'une approche spécifique et anticipée de la Commission européenne. Il convient d'attendre ce que la Cour de justice va dire pour droit quant à la validité de ces instruments conventionnels. Auparavant, il est loisible de retenir que cette problématique ne remet pas en cause les avancées de l'approche européenne visant à établir une politique commune d'investissement avec les États tiers.

571. Passons à présent à l'étude de la seconde étape de l'approche, celle de l'eupéanisation du droit matériel des investissements internationaux. Sur le fondement de sa nouvelle compétence, l'Union européenne peut désormais conclure des accords d'investissement. Durant l'étude de cette transition, deux points focaliseront notre attention. Quelle sera la place accordée aux États membres et comment sera traitée la question de la protection des investissements lors du transfert de compétence et de l'influence de l'Union européenne sur la matière ?

Titre 2. L'eupéanisation du droit matériel des investissements extra-eupéens

572. Passons à présent à l'étude de la seconde étape de l'approche européenne, celle de la volonté d'appropriation du droit matériel des investissements internationaux par les instances européennes. Amorcée par l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1er décembre 2009, les effets de cette transition sont incertains. Il convient donc de tenter de faire le départ entre ce qui relève juridiquement du possible et de l'intentionnel. Il peut d'ores et déjà être soutenu sans hésitation que ce traité fournit les outils nécessaires à l'organisation régionale, pour que celle-ci puisse en théorie se muer en un véritable acteur mondial, agissant en matière d'investissement international.¹

573. Le processus initié d'eupéanisation vise aussi bien le mode de conclusion des accords internationaux d'investissement que leur contenu, par le biais d'un réaménagement de la répartition des compétences. Est-il vecteur d'« un nouveau mode de gouvernance et [d']un ordre juridique non encore envisagés par le système actuel, qui correspond à la localisation d'une compétence exclusive s'agissant de la négociation et de la conclusion des accords internationaux, incluant les traités d'investissement, dans un organe central, la Communauté européenne, représentatif de tous les États membres de l'Union européenne »² ?

574. Cette volonté d'eupéanisation, qui marque le passage d'une cohabitation à un face-à-face, est décomposée en deux temps. Tout d'abord, les institutions européennes ont dégagé les fondements d'une nouvelle politique commune d'investissement, via la proclamation d'une nouvelle compétence et la tentative de gestion des TBI extra-eupéens conclus par les États membres (**Chapitre 1**). Il a ensuite été procédé à la définition de la future politique d'investissement, par le biais de la négociation de futurs accords européens d'investissement témoignant de l'avenir européen du droit matériel des investissements internationaux (**Chapitre 2**).

¹ Afin de renforcer l'Union européenne vis-à-vis de l'extérieur, celle-ci se voit reconnaître la personnalité juridique, à l'article 47 TFUE, et dispose d'un Haut représentant et d'un Service pour l'action extérieure, en vertu de l'article 27 §3 du TUE.

² L.Y. Fortier, « Investment and the rule of law : change or decline? » in R. McCorquodale (ed.), *The rule of law in international and comparative context*, British Institute of int. & comp. Law, 2010, pp.119-135, p.134. Nous traduisons.

Chapitre 1. Les fondements d'une nouvelle politique européenne d'investissement

575. L'annonce d'une future politique européenne d'investissement sème d'abord la confusion, non seulement sur l'avenir des TBI extra-européens conclus par les États membres, mais aussi en ouvrant une possibilité théorique quant à la conclusion d'accords d'investissement par l'Union européenne. Gardant à l'esprit que notre sujet d'étude est un exemple de contingence juridique, de nombreux « rideaux de fumée »³ entourant les prémices de ce mouvement d'eupéanisation du droit matériel des investissements extra-européens doivent être dissipés.

576. Les autorités européennes étant décidées à mettre fin à un relatif « désordre » normatif autour de la notion d'investissement international,⁴ elles ont donc cherché à devenir un acteur du droit des investissements internationaux. Ces efforts ont enclenché le départ d'une longue période de transition, devant aboutir par transfert de compétence à la création d'une politique externe. Véritable « édifice » en devenir, la construction de cette dernière dépend du succès du processus d'eupéanisation, orchestré en deux temps par les instances bruxelloises.

577. En ce qui concerne le premier fondement de cette future politique commune, il s'agit de l'insertion de la notion d'IDE au sein du contenu de la politique commerciale commune, après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne (**Section 1**). L'Union européenne disposerait donc d'une base légale pour la conclusion de ses futurs accords. L'eupéanisation a été renforcée ensuite par la gestion européenne et la mise en compatibilité de l'ensemble des TBI extra-européens conclus par les États membres (**Section 2**).

Section 1. Le premier fondement de la politique européenne d'investissement

578. Cette nouvelle notion, apparue dans le texte du Traité de Lisbonne, est celle d'investissement direct étranger. En l'insérant à maintes reprises dans les articles relatifs à la politique commerciale commune de l'Union européenne, les institutions communautaires ont initié un périlleux processus d'eupéanisation du mode de conclusion des TBI extra-européens et de leur contenu. En effet, ce premier fondement ramène le projet européen, en ce domaine, au stade de l'« âge ingrat » alors que l'ensemble de ses conséquences est *a priori* difficilement saisissable.

³ A. Rigaud, « Derrière les rideaux de fumée du Traité de Lisbonne : le retour des États ? », in *La France, l'Europe, le monde : mélanges Jean Charpentier*, Paris, Pedone, 2008, pp.447-465.

⁴ R. Torrent, « The contradictory overlapping of national, EU, bilateral, ... », *loc.cit.*, p.1377.

579. La signification et la portée de cette nouvelle compétence doivent être analysées. Il s'agit d'une étape indispensable, pour déterminer par voie de conséquence le mode de négociation et de conclusion des futurs accords d'investissement. Soulignons par avance que cette évolution a fait naître un délicat rapport de force entre les instances européennes et les États membres, a partagé la doctrine et a intrigué les investisseurs. Pour manifester la diversité des opinions à ce sujet, l'analyse de la nouvelle compétence sera menée d'abord du point de vue interne à l'organisation régionale (**Paragraphe 1**), puis d'un point de vue externe (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Portée de la nouvelle compétence du point de vue interne à l'Union européenne

580. La notion d'IDE a fait une entrée remarquable dans le droit primaire de l'Union européenne.⁵ Elle apparaît, à trois reprises, dans le texte du TFUE au sein du titre II relatif à la politique commerciale commune, *primo* à l'article 206 qui définit les objectifs visés par l'établissement d'une union douanière, *secundo* à l'article 207 §1 qui énumère les domaines matériels de la politique,⁶ et *tertio* au §4 de ce même article, précisant le mode de négociation et de conclusion des accords en ce domaine. Rappelons que l'insertion de cette notion est le résultat, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht, d'une stratégie de la Commission européenne.

581. Ce premier fondement est à l'origine d'une « compétence complètement nouvelle pour la DG commerce ». ⁷ Un tel constat suppose de s'interroger sur la signification et la portée d'une telle nouveauté, d'abord d'un point de vue interne à l'organisation régionale, en se référant à la position de la Commission européenne. Pour cela, les divers objectifs liés à l'acquisition d'une nouvelle compétence par l'Union européenne seront d'abord mis en évidence (**A**). Ensuite, nous verrons comment est interprétée cette compétence par la Commission européenne (**B**).

⁵ Seuls les termes d'« *investissement* » et d'« *investissement direct* » apparaissent déjà au sein du TCE. La notion d'investissement était usitée dans les dispositions sur le droit de la concurrence à l'article 81 TCE, sur la politique économique à l'article 104 TCE et sur l'association des pays et territoires d'Outre-Mer, à l'article 183 du TCE. La notion d'investissement direct était reprise dans les dispositions relatives au chapitre sur les capitaux et les paiements, aux articles 57 §1 et §2 TCE.

⁶ L'article dispose que « *La politique commerciale commune est fondée sur des principes uniformes, notamment en ce qui concerne les modifications tarifaires, la conclusion d'accords tarifaires et commerciaux relatifs aux échanges de marchandises et de services, et les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, les investissements étrangers directs, l'uniformisation des mesures de libéralisation, la politique d'exportation, ainsi que les mesures de défense commerciale, dont celles à prendre en cas de dumping et de subventions.* » Nous soulignons.

⁷ Voir les déclarations du Commissaire européen au commerce Karel de Gucht, citées par M. Bungenberg, J. Griebel et S. Hindelang, « Preface », in M. Bungenberg et al. (eds), *European yearbook of international economic law...*, *op.cit.*, p.V.

A. La pluralité d'objectifs liés à l'obtention d'une nouvelle compétence

582. Les compétences de l'Union européenne présentent deux spécificités, elles sont attribuées et finalisées. Ainsi, l'introduction d'une nouvelle compétence doit être justifiée sur la base d'objectifs.⁸ Globalement, il est suggéré que l'affirmation d'une nouvelle compétence relative aux investissements internationaux permettrait de renforcer le rôle que l'Union entend jouer dans le domaine des relations extérieures. De même, elle s'inscrirait au sein des efforts globaux de transformation de l'Union européenne en un acteur mondial doté d'une politique étrangère et d'une puissance normative internationale.

583. Plus précisément, cette nouvelle compétence s'entoure, pour la Commission, d'un maelström de considérations aussi bien économiques et politiques (1) que juridiques (2).

1) Considérations économiques et politiques

584. En respectant une certaine chronologie quant aux possibles effets de la nouvelle compétence dans le temps, celle-ci contribuerait aux efforts généraux de clarification des compétences entre les États membres et les institutions et favoriserait un accroissement des capacités de négociation de l'Union européenne. À plus long terme, elle viserait l'unification des politiques divergentes des États membres en matière d'investissement et une amélioration de la compétitivité et de la croissance en Europe. Développons brièvement ces points.

585. S'agissant de la clarification des compétences entre les États membres et l'Union européenne, rappelons que le thème de la délimitation des compétences de l'Union européenne est resté controversé, principalement en raison de sa nébulosité originelle.⁹ Le Traité de Lisbonne a alors tenté d'opérer une clarification, en procédant à la codification du principe d'attribution des compétences au sein du droit primaire. De façon inédite, les diverses compétences réparties sont alors explicitées, des articles 2 à 6 TFUE, sous forme de listes,¹⁰ alors que l'article 3 §2 codifie la théorie jurisprudentielle des compétences implicites.

⁸ P. Magnette, « Le principe démocratique au-delà de la représentation », in P. Magnette (dir.), *La Constitution de l'Europe*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2000, pp.141-156, version électronique disponible à l'adresse : http://ses-info.fr/IMG/pdf/Magnette_Le_principe_democratique_et_l_UE.pdf, p.9.

⁹ La nécessité d'une délimitation des compétences avait déjà été affirmée par le point 5) de la déclaration n°23 du 26 février 2001, relative à l'avenir de l'Union et annexée au Traité de Nice.

¹⁰ L'article 3 TFUE établit une liste des compétences exclusives de l'Union européenne, parmi lesquelles se démarque, e), la politique commerciale commune, tandis que l'article 4 du traité précise que, notamment, le marché intérieur, a), de même que l'environnement, e), relèvent d'un domaine partagé de compétences.

586. La nouvelle rédaction de l'article 207 TFUE a souhaité modifier formellement la répartition des compétences en matière d'investissement extra-européen, qui n'était plus jugée représentative de la réalité des compétences européennes.¹¹ La révision des traités permet alors de renforcer la capacité d'action de l'Union et de déclencher la seconde étape de l'approche européenne du droit matériel des investissements internationaux. Sur la base de la nouvelle compétence exclusive, les résultats obtenus par les méthodes conventionnelles et juridictionnelles initiées avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne devraient être prolongés et leurs lacunes comblées. L'action européenne serait donc marquée du sceau de l'efficacité.

587. En outre, il a été souligné que l'ancienne attribution des compétences participait au développement, jugé néfaste, du « macrocosme d'accords internationaux d'investissement ».¹² Celui-ci est composé des TBI extra-européens conclus par les États membres et des accords de libre-échange négociés par la Commission européenne. L'idée est que cette diversité peut constituer une source d'incompatibilités, à laquelle il convient de remédier. Ainsi, un effet de transparence globale est recherché,¹³ puisque le nombre total de traités d'investissement diminuerait, par la multilatéralisation des traités bilatéraux et par le fusionnement des deux modèles d'accords en un modèle européen au contenu général.¹⁴

588. Concernant le déploiement des capacités de négociation de l'Union européenne, notons que d'une façon générale le Traité de Lisbonne souhaite renforcer la visibilité externe de l'Union européenne. La cohérence de son action extérieure a été favorisée et l'élargissement de ses compétences européennes en matière d'IDE lui permettrait d'obtenir une puissance normative internationale.¹⁵ Rappelons que le territoire européen constitue un espace de premier plan s'agissant des flux d'investissements, aussi bien entrants que sortants.¹⁶ Toutefois, les capacités de négociation

¹¹ Et un auteur d'aller jusqu'à affirmer que cette répartition des compétences ne devait plus être, par l'application de la théorie des compétences externes implicites. « But there is no doubt that the Community has largely exercised (and for a very long time) its nonexclusive internal competence in areas of post-establishment covered by the horizontal provisions on fair and equitable treatment, national treatment, and most-favored-nation treatment included in the BITs of Member States. These internal Community rules are not carved out from the BITs. » Voir R. Torrent, « The contradictory overlapping of national, EU, bilateral,... », *loc.cit.*, p.1394.

¹² Le phénomène est aussi visé par l'expression « *spaghetti bowl* ». La Commission européenne a fait référence à un « macrocosme d'accords d'investissement relativement vaste et fragmenté ». Voir COM(2010) 343 final, p.12.

¹³ M. Burgstaller, « The future of bilateral investment treaties of EU member States », *loc.cit.*, p.70.

¹⁴ Voir S.Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement international*, *op.cit.*, p.16.

¹⁵ La nouvelle compétence doit ainsi permettre, en accord avec la communication « Europe globale » de 2006, l'accentuation de la cohérence, de l'efficacité et de la visibilité de l'action externe de l'Union. Voir COM(2006) 278 final, 8 juin 2006.

¹⁶ Les données relatives à l'année 2012 précisent que les investissements directs sortants du territoire européen formaient un stock de 4,152 milliards d'euros, alors que le stock d'investissements entrants représentait 2,964 milliards d'euros, selon *European Union Trade and investment 2012*, European Commission, 2012, p.11, disponible

de l'Union européenne avec les pays tiers en ce domaine sont remises en cause, par des entraves internes,¹⁷ mais aussi par de nouveaux défis externes survenus plus récemment, tels que l'émergence de nouveaux pays d'origine des investissements et la réussite d'autres modèles régionaux.¹⁸

589. L'Union européenne vise donc l'obtention d'un pouvoir de négociation fort, par le biais de la proclamation d'une nouvelle compétence en matière d'IDE.¹⁹ La création consécutive d'une politique européenne d'investissement est ainsi vue comme un remède à un déclin de ses capacités de négociations et à une perte générale d'influence.²⁰ La Commission européenne pourrait donc négocier avec une plus grande crédibilité face aux pays tiers, mais aussi au sein de l'OCDE et de l'OMC, en ayant même les moyens d'encourager la multilatéralisation du droit des investissements internationaux.²¹ Cette volonté restait auparavant difficilement matérialisable sans l'introduction d'une nouvelle compétence.²²

590. Ce déploiement des capacités de négociation de l'Union européenne proviendrait du fait que celle-ci pourrait désormais négocier en tant qu'acteur unique, donc parler d'une seule voix.²³ Ce rôle de représentation reviendrait à la Commission européenne, qui disposerait de l'agrégat des pouvoirs de négociation des vingt-sept États membres. Ceux qui sont traditionnellement hôtes ou

à <http://ec.europa.eu/trade/documents-and-publications/>

¹⁷ Voir L. Cohen-Tanugi, « L'influence normative internationale de l'Union européenne... », *loc.cit.*, p.26.

¹⁸ L'émergence des BRICS comme pays de nationalité des investisseurs doit être notée, tout comme celle d'autres modèles régionaux. L'ALÉNA a marqué le droit des investissements internationaux par l'ambition et l'efficacité de son approche, inspirée du caractère d'avant-garde de la pratique étasunienne qui se reflète dans ses accords de libre-échange, qui couvrent la libéralisation et la protection des investissements. S'agissant plus généralement des nouveaux défis, il est noté que l'Union européenne est l'une des rares puissances commerciales au monde qui ne dispose pas d'un contrôle des investissements à l'admission, ce qui donna lieu à des propositions dont un rapport de 2008 visant la mise en place d'un règlement. Voir L. Cohen-Tanugi, *Une stratégie européenne dans la mondialisation, rapport en vue de la Présidence française du Conseil de l'Union européenne*, La documentation française, 2008, pp.165 et suiv. ; A. Sautenet, « L'Europe peut-elle se doter d'un mécanisme de contrôle des investissements ? », *Conventions – Réguler la mondialisation*, 7 décembre 2012.

¹⁹ Récemment, le Parlement européen a su saisir l'annonce d'une nationalisation de la filiale YPF de la société pétrolière espagnole Repsol par la République argentine, pour affirmer que la conclusion des accords d'investissement par l'Union aura pour effet de « renforcer la position de négociation de l'Union sur ces questions sur le plan mondial ». Il a été soutenu qu'une nouvelle compétence permettra aux États membres de se défendre collectivement face à des États tiers, dans un cas similaire d'expropriation. Voir le point 11 de la proposition de résolution sur la sécurité juridique des investissements européens en dehors de l'Union européenne du Parlement européen, 18 avril 2012.

²⁰ Les instances européennes et les États membres n'ont pas su coordonner leurs compétences respectives pour conclure des accords complets en matière d'investissement. Cette lacune est considérée comme l'origine de la perte d'influence. Voir S.Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement international*, *op.cit.*, p.16.

²¹ *Ibidem.*

²² M. Burgstaller, « The future of bilateral investment treaties of EU member States », *loc.cit.*, p.69 ; M. Bungenberg, « The division of competences between the EU and its member States », *loc.cit.*, p.36.

²³ S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.16.

qui disposent d'un réseau conventionnel peu développé seraient ainsi intégrés aux négociations. Pour les investisseurs européens, les risques politiques en provenance des pays tiers seraient réduits²⁴ et la protection des investissements serait accrue, grâce à la rédaction plus favorable des dispositions des traités qui pourrait être obtenue.

591. Enfin, quant à l'accroissement de la compétitivité et de la croissance en Europe, la nouvelle compétence devrait participer à la stratégie Europe 2020, « pour une croissance intelligente, durable et inclusive ». ²⁵ Au fil de leurs actes atypiques tel un leitmotiv, ²⁶ les instances européennes ont eu recours à la théorie classique du droit des investissements internationaux, celle de la liberté d'investissement, selon laquelle les flux d'investissement étranger sont bénéfiques pour l'économie de l'État hôte, de même que pour celle de l'État d'origine. Cette liberté est ainsi analysée comme un vecteur de compétitivité et de croissance économique, c'est-à-dire de prospérité. ²⁷

562. La configuration actuelle, depuis le succès des accords de libre-échange, est celle de la « concurrence régionale », ²⁸ face à laquelle l'Union européenne doit réagir si elle souhaite maintenir son notable statut d'exportateur et d'importateur d'investissement. S'agissant des investissements sortants, en accordant des conditions plus favorables aux investisseurs européens, les flux d'investissement vers l'extérieur devraient s'accroître et ainsi améliorer la compétitivité des entreprises européennes à l'étranger. ²⁹ Cette dernière était jusqu'à présent assurée par la conclusion d'accords commerciaux, octroyant à ces entreprises un droit d'accès aux marchés étrangers.

593. Eu égard aux investissements entrants, l'Union européenne deviendrait une destination privilégiée pour les investisseurs tiers, le territoire étant devenu plus concurrentiel. Le contexte gagnerait en stabilité et en transparence, grâce à la réduction du nombre d'accords internationaux

²⁴ Le secrétaire d'État au commerce espagnol Jaime García-Legaz a affirmé qu'« il sera plus difficile qu'un pays décide de prendre des décisions d'agression contre les investissements européens dans son pays parce qu'il n'aura plus à faire face à un seul État membre, mais à toute l'Union européenne. » Voir Europa Press, « España cree que casos como el de Repsol serán "más difícil" tras acuerdo de la UE para proteger inversiones », Bruselas, 31 de mayo de 2012, <http://www.europapress.es/economia>. Nous traduisons.

²⁵ COM(2010) 2020 final, 3 mars 2010.

²⁶ *Ibidem* ; COM(2010) 612 final ; COM(2010) 343 final, p.2 ; résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, §3 ; conclusions du Conseil du 25 octobre 2010, §1 et 6.

²⁷ Le Parlement européen a tout de même précisé « *qu'il est généralement admis que les investissements entrants peuvent améliorer la compétitivité des pays d'accueil mais qu'il peut être nécessaire de prévoir une aide à l'ajustement pour les travailleurs peu qualifiés dans le cas d'investissements sortants, et qu'il est de la responsabilité de tout gouvernement d'encourager les effets bénéfiques des investissements et d'empêcher leurs effets négatifs éventuels* ». Voir la résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, considérant C.

²⁸ L. Mola, « Which role for the EU in the development of international investment law ? », *loc.cit.*, p.8.

²⁹ COM(2010) 343 final, p.3 et suiv.

d'investissement,³⁰ de même que par la création d'un unique territoire d'investissement européen. Cette compétitivité recherchée, au travers de la stimulation des flux d'investissement, permettrait donc de favoriser à l'avenir une croissance intelligente, durable et inclusive.³¹

2) Considérations juridiques

594. Nous l'avons vu, les considérations économiques et politiques liées à l'octroi d'une nouvelle compétence sont nombreuses. Ce n'est pas le cas des considérations juridiques, qui se limitent à la question de l'unification des politiques étatiques d'investissement.

595. La négociation d'accords européens d'investissement est destinée à mettre progressivement fin à l'assortiment actuel des politiques étatiques d'investissement au profil bigarré. L'objectif de visibilité de l'Union européenne vis-à-vis des pays tiers suppose d'unifier ces divergences, en même temps que s'établit le marché intérieur des services financiers. La nouvelle compétence participerait donc de la réalisation effective du « marché unique pour l'Europe du XXI^e siècle ». ³² La conclusion de ces accords renforcerait ainsi l'attractivité de l'ensemble de l'espace européen en tant que territoire hôte des investissements étrangers et celle de certains États membres. ³³

596. D'un point de vue interne, ce profil cubiste des politiques étatiques est vecteur d'une discrimination entre les investisseurs européens, en raison de la différence d'ampleur des réseaux de TBI extra-européens des États membres et des divers contenus matériels de ces traités. ³⁴ En

³⁰ Voir COM(2010) 343 final, p.4. Il est aussi possible de créer un comité *ad hoc* pour les IDE, au sein de la Commission, dans le cadre de cette recherche de l'attractivité. Voir résolution du Parlement européen du 3 juillet 2012 sur l'attrait de l'investissement en Europe, §16 ; J. Guimón, « It's time for an EU investment promotion agency », *Columbia FDI Perspectives*, n°20, March 4, 2010.

³¹ COM (2010) 612 final, p.11.

³² COM(2007) 724 final, 20 novembre 2007.

³³ T. Baert, « Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux : entretien avec Tomas Baert, de la DG commerce de la Commission européenne, services et investissement », *Investment Treaty News*, n°1, vol.1, septembre 2010, pp.3-4, p.4 ; résolution du Parlement européen du 3 juillet 2012 sur l'attrait de l'investissement en Europe.

³⁴ Si l'Allemagne est en tête du classement avec 127 TBI extra-européens, on retient qu'environ deux tiers des États membres ont un réseau conventionnel comptant environ soixante-dix TBI extra-européens, alors qu'un tiers des États membres a conclu une vingtaine de traités. À ce propos, la Commission rappelle que « tous les États membres n'ont pas conclu de tels accords et tous les accords n'assurent pas les mêmes normes élevées, ce qui entraîne des conditions de concurrence déséquilibrées pour les sociétés de l'UE qui investissent à l'étranger, selon qu'elles sont ou non considérées comme des entreprises "nationales" conformément au TBI conclu avec l'État membre concerné. » La Commission cite le cas de l'Irlande. Voir COM(2010)343 final, p.5 ; N. Lavranos, « New developments in the interaction between international investment law and EU law, » *Law and practice of international courts and tribunals*, n°9, 2010, pp. 409-441, p.427 ; S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.17. Et un auteur d'ajouter que si les États membres avaient conclu

conséquence, le respect des principes d'égalité de traitement et d'application uniforme du droit européen ne serait plus assuré.³⁵ Des sociétés d'un État membre pourraient être tentées de créer des filiales dans un autre État membre ayant un réseau dense de TBI.³⁶ Des perturbations seraient à redouter s'agissant des flux d'investissement au sein du marché unique.

597. L'élimination de cette discrimination constitue, pour la Commission européenne, la première priorité de l'édification d'une politique commune d'investissement, via l'instauration d'une égalité de traitement parmi l'ensemble des investisseurs européens.³⁷ Pour cela, un large territoire unique d'investissement pour les investisseurs tiers devrait être créé, même si de nombreuses incertitudes entourent cette volonté d'unification des diverses politiques étatiques. Le thème de la discrimination est, selon nous, la seule problématique juridique de l'argumentaire déployé par les autorités européennes.

598. L'étude des finalités du renforcement de la compétence des institutions européennes dans le domaine des IDE témoigne donc de la diversité des facteurs justifiant l'introduction d'une nouvelle compétence par le Traité de Lisbonne et des bénéfices supposés mis en exergue.³⁸ Déterminons à présent les effets concrets de cette compétence, à savoir sa signification et sa portée sur le mode de conclusion des futurs accords d'investissement extra-européen, du point de vue de la Commission européenne.

B. Nouvelle compétence et position de la Commission européenne

599. Le parcours ayant mené à l'obtention de cette compétence, de même que les lacunes de l'action de la Commission quant à l'examen du contenu des TBI extra-européens, ont précédemment

le même nombre de TBI que l'Allemagne, viendraient s'ajouter 2000 TBI supplémentaires. Voir J. Griebel, « The new great challenge after the entry into force of the Treaty of Lisbon... », *loc.cit.*, p.140.

³⁵ J.P. Terhechte, « Art. 351 TFEU, the principle of loyalty and the future role of member States' bilateral investment treaties », in M. Bungenberg *et al.* (eds), *European yearbook of international economic law...*, *op.cit.*, pp.79-93, p.87

³⁶ S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.63.

³⁷ Et le Commissaire au commerce de conclure que son objectif est « qu'à moyen terme, chaque investisseur européen bénéficie d'une protection égale de ses intérêts à l'étranger, ce qui, pour le moment, n'est que trop rarement garanti aux investisseurs d'un nombre limité d'États membres. » Il est noté que la nouvelle compétence n'aura qu'un effet à long terme sur cette problématique. À plus court terme, le rétablissement de l'égalité parmi les investisseurs européens sur les territoires étrangers passe par les effets de la clause de la nation la plus favorisée. Voir K. de Gucht, cité dans le communiqué de presse de la Commission européenne du 12 décembre 2012, IP/12/1362.

³⁸ Cette politique vise « un cadre international plus claire, précis, stable et transparent de même qu'un renforcement des intérêts des investisseurs européens. » E. Fernández Masiá, « El Tratado de Lisboa y el futuro de los Acuerdos para la promoción y protección de inversiones en Europa », in C. Esplugues Mota *et al.* (coords), *Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues, Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 329-351, p.351. Nous traduisons. Les atouts et les lacunes de la nouvelle compétence n'apparaîtront que dans les années à venir. Voir S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.19.

laissé apparaître les ambitions de la Commission européenne. Une fois le Traité de Lisbonne entré en vigueur, voyons comment elle interprète l'insertion de la notion d'IDE au sein des domaines de la politique commerciale commune. À la lecture croisée du droit primaire et des actes atypiques, la matière des IDE relèverait désormais d'un domaine exclusif de compétence de l'Union européenne (1), ce qui impliquerait un dessaisissement des États membres de leur compétence en la matière (2).

1) Une compétence européenne exclusive

600. L'insertion de la notion d'IDE au sein des dispositions relatives à la politique commerciale commune révèle avant tout une volonté de rompre le partage existant des compétences. La matière des IDE deviendrait alors, par un effet mécanique, un domaine exclusif de compétence externe des institutions européennes. En effet, l'article 3 §2 e) du TFUE contient, dans sa liste de domaines relevant d'une compétence exclusive des institutions européennes, la politique commerciale commune. Il s'agit alors de la position soutenue par les institutions européennes.³⁹

601. La quête de l'exclusivité des compétences vise donc à étendre les compétences possédées en phase antérieure à l'investissement à la phase postérieure à l'investissement, déjà en matière d'IDE. Par le biais d'une interprétation extensive de l'article 207 TFUE, l'Union européenne disposerait désormais d'une compétence relative aux phases de libéralisation et de protection en matière d'IDE.⁴⁰ Cette recherche de l'exclusivité des compétences ne s'arrêterait pas là au vu de la volonté d'étendre la compétence européenne « au-delà des investissements directs étrangers ».⁴¹ Ceci implique une compétence qui serait également relative à la matière des investissements de portefeuille.⁴²

³⁹ Voir COM(2010) 343 final, p.2 ; COM(2010) 344 final, considérant 1, p.8 ; résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, §1 ; conclusions du Conseil sur la future politique européenne, 25 octobre 2010, §2 ; COM(2012) 335 final, p.2 ; COM(2012) 603 final, p.2. À noter, « *La Commission estime que l'Union dispose d'une compétence exclusive pour conclure des accords couvrant l'ensemble des questions relatives aux investissements étrangers, tant directs que de portefeuille.* » L'exclusivité complète est donc proclamée deux ans après la communication de 2010. Voir COM(2012) 335 final, p.3. À l'intérieur même de l'Union européenne, les avis sont partagés à propos de la portée de cette nouvelle compétence. Ainsi, si la Commission et le Parlement ont une position favorable à l'exclusivité de la nouvelle compétence, le Conseil soutient la théorie de la mixité. Voir A. Reinisch, « The EU on the investment path - Quo vadis Europe? The future of EU BITs and other investment agreements », *Santa Clara J. Int'l L.*, n°1, vol.12, 2014, pp.111-157, p.122.

⁴⁰ COM(2010)343 final, pp.5-6.

⁴¹ Il s'agit de l'intitulé du b) de la communication. Il est aussi fait référence à « *une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux* ». Voir COM(2010) 343 final. Nous soulignons.

⁴² Toutefois, cette dernière reconnaît que, s'agissant des investissements indirects, elle ne dispose pour l'instant que d'une compétence implicite. L'actuelle compétence de l'Union serait ainsi limitée de façon temporaire aux IDE et ne pourrait atteindre la complétude que par l'action future de l'Union en ce domaine. Il est précisé que « *dans la mesure où les accords internationaux en matière d'investissements ont une incidence sur le champ d'application des règles communes fixées dans le chapitre du traité sur les capitaux et les paiements, l'Union aurait implicitement la*

602. Telle qu'affirmée depuis Bruxelles, la portée de cette compétence est donc vaste et donne les moyens de poursuivre une ambitieuse approche européenne du droit matériel des investissements extra-européens.⁴³ Cette interprétation a été constatée par la doctrine, qui prudemment invite à ce que cette compétence se développe de façon progressive, condition requise pour qu'elle puisse par la suite atteindre la complétude désirée.⁴⁴ N'oublions pas que le processus de formalisation d'une telle compétence et le rôle des États membres dans l'édification de la future politique commune d'investissement restent incertains.

2) Absence de compétence étatique

603. L'annonce d'une nouvelle compétence suppose l'initiation d'une période de transition, devant mener en théorie à l'altération du rôle des États membres. Du succès de cette transition dépendra celui de la politique commune d'investissement : trop prompte, elle mettrait en jeu les relations diplomatiques et la sécurité juridique des investisseurs. Il faut donc veiller à ne pas confondre vitesse et précipitation dans l'édification de la politique commune, en intégrant les États membres au procédé d'édification. Comment le dessaisissement des États membres de leur compétence est-il envisagé par la Commission européenne ?

604. L'article 2 TFUE prévoit un dessaisissement total et prompt des États membres du domaine des IDE, sauf en cas d'habilitation par l'Union ou « *pour mettre en œuvre les actes de l'Union* ». ⁴⁵ Cette dernière aurait donc en théorie la possibilité de s'engager dans la voie conventionnelle en toute liberté. ⁴⁶ Toutefois, la Commission européenne a déclaré qu'« il ne semble ni faisable ni souhaitable qu'elle [l'Union] se substitue aux efforts de promotion des investissements des États membres du moment qu'ils sont conformes à la politique commerciale commune et qu'ils

compétence exclusive pour la conclusion d'accords dans ce domaine. » Voir COM(2010), 343 final 4, p.9.

⁴³ E. Fernández Masiá, « El Tratado de Lisboa y el futuro de los Acuerdos para la promoción... », *loc.cit.*, p.341.

⁴⁴ M. Bungenberg, « The division of competences between the EU and its member States in the area of investment politics », *loc.cit.*, pp.35-37 ; W. Shan et S. Zhang, « The treaty of Lisbon : half way toward a common investment policy », *EJIL*, vol.21, n°4, 2011, pp.1049-1073, p.1062 ; C.E. Anderer, « Bilateral Investment Treaties and the EU legal order : implications of the Lisbon Treaty », *loc.cit.*, p.876 ; A. Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p.110.

⁴⁵ L'article 2 §1 du TFUE dispose que « *Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence exclusive dans un domaine déterminé, seule l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants, les États membres ne pouvant le faire par eux-mêmes que s'ils sont habilités par l'Union, ou pour mettre en œuvre les actes de l'Union* ».

⁴⁶ Un auteur note qu'en affirmant l'exclusivité de la compétence de l'Union en matière d'investissement étranger, la Commission européenne a passé sous silence le problème du mode de conclusion mixte des futurs accords. Ainsi, un dessaisissement total des États membres serait impliqué par la communication, qui n'emploie pas une seule fois le terme de mixité. Voir J. Asmus Bischoff, « A little BIT mixed ? - The EU external competences in the field of international investment law », *Transnational Notes*, February 11, 2011, disponible à l'adresse : <http://blogs.law.nyu.edu/transnational/> ; COM(2010) 343 final.

demeurent cohérents avec la législation de l'UE ». ⁴⁷

605. La doctrine appelle les instances européennes à faire preuve de patience, en établissant une transition graduelle et réfléchie. ⁴⁸ Pour cela, l'interprétation de l'article 207 du TFUE se doit d'être équilibrée. En effet, une interprétation restrictive de cet article ne permettrait pas à l'Union européenne d'atteindre ses objectifs et d'éliminer les incompatibilités, alors qu'une interprétation trop extensive aboutirait à une « révision immédiate, perturbatrice du système juridique créé par les TBI ». ⁴⁹ Une telle démarche peut conduire à l'instauration d'une période de réhabilitation temporaire de compétence au bénéfice des États membres.

606. En conclusion, la volonté de la Commission européenne est de rassembler les compétences fragmentées relatives à la matière de l'investissement extra-européen, pour que l'Union dispose à terme d'une compétence externe unique.

Paragraphe 2. Nouvelle compétence européenne d'un point de vue externe

607. Déduire une compétence par un effet d'automatisme serait omettre que, dans l'histoire du projet européen, la théorie s'est constamment confrontée à la pratique et les objectifs à des difficultés d'accomplissement. Ainsi, l'exclusivité de la compétence accordée à l'Union européenne relèverait de la déclaration d'intention. Des réserves ont été émises à ce propos sur la nature des justifications de la Commission quant à l'introduction d'une nouvelle compétence. ⁵⁰ Pire, l'insertion de la notion d'IDE pourrait avoir été effectuée dans un état de semi-conscience, à propos des conséquences juridiques qui en découlent. ⁵¹

⁴⁷ COM(2010) 343 final, p.6.

⁴⁸ C.E. Anderer, « Bilateral investment treaties and the EU legal order : implications of the Lisbon treaty, » *loc.cit.*, pp.875-876 ; W. Shan et S. Zhang, « The treaty of Lisbon : half way toward a common investment policy », *loc.cit.*, p.1073

⁴⁹ C.E. Anderer, « Bilateral investment treaties and the EU legal order... » *loc.cit.*, p.876.

⁵⁰ Pour des auteurs, avoir associé un fondement juridique à une analyse économique relève d'un aveu de faiblesse, non d'un effort méthodologique ou d'une approche économique rigoureuse du droit. « Pourquoi justifier son action si le TFUE donne une compétence exclusive ? » Les mêmes auteurs ont noté le caractère disproportionné des objectifs de la Commission, lié à une « propension naturelle » des instances européennes à « systématiquement sur-jouer leurs compétences ». Voir B. Poulain et M. Raux, « Actualité du droit européen des investissements internationaux », *loc.cit.*, p.117 et suiv.

⁵¹ Il a été remarqué à ce propos : « De ces neuf mots, insérés dans le texte du traité dans des conditions qui laissent penser que les États membres n'ont pas mesuré la portée des bouleversements qui allaient en résulter, découlent des conséquences considérables. » Dans le même registre, un autre auteur a noté : « one thing is clear : the transfer of FDI competence from the Member States to the EU has been done without considering the far-reaching consequences and legal difficulties that are associated with such a move. » Voir E. Gaillard, « Menaces sur la protection des investissements en Europe », *Droit et expertise*, 11 mai 2011, p.8 ; N. Lavranos, « New developments in the interaction between international investment law and EU law, » *loc.cit.*, p.440.

608. D'un point de vue externe à l'organisation régionale, il convient avant tout de démystifier la prétendue nouveauté de cette compétence, qui relève d'« une évolution, non [d']une révolution ». ⁵² Il faudrait en outre reconnaître qu'elle n'a été que proclamée, ce qui signifie qu'elle serait, en elle-même, insuffisante pour construire une politique commune d'investissement digne de ce nom. ⁵³ À ce propos, la complétude affirmée de cette compétence reste une question débattue par la doctrine **(A)**, ce à quoi s'ajoutent les difficultés de formalisation qu'implique la nature exclusive d'une telle compétence **(B)**.

A. La question de la complétude de la nouvelle compétence

609. Le débat sur la complétude de la compétence européenne est le résultat des divergences d'intérêts entre l'organisation régionale et ses États membres, se traduisant par une diversité d'interprétations relatives à la portée de l'insertion de la notion d'IDE. Rappelons la sensibilité de la question ayant conduit à un amendement discret du TCE n'ayant interpellé que les observateurs avisés, ⁵⁴ étant donné que la rédaction d'une nouvelle section spécialement dédiée à la matière des investissements extra-européens au sein du TFUE n'aurait très probablement pas abouti.

610. Le choix de n'insérer que la seule notion d'IDE au sein du TFUE intrigue. Il peut être interprété comme un retour à une distinction obsolète, remettant ainsi en cause la portée de la compétence pourtant désirée comme exclusive. Pour montrer que l'Union européenne ne dispose encore que d'une compétence fragmentée en matière d'investissement extra-européen, ⁵⁵ il faudra d'abord se focaliser sur la définition de la notion d'IDE **(1)**, pour conclure que la notion d'investissement de portefeuille se situe *a priori* hors de la portée de la compétence européenne **(2)**. Enfin, les diverses interprétations de la doctrine quant à la portée de la compétence européenne seront énumérées **(3)**.

⁵² S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.11 ; S. El Boudouhi, « L'avenir des traités bilatéraux d'investissement conclus par les États membres de l'Union européenne avec les États tiers », *loc.cit.*, p.105.

⁵³ S. El Boudouhi, *ibidem*.

⁵⁴ A. Reinisch, « The division of powers between the EU and its member States "after Lisbon" », in M. Bungenberg *et al.* (eds), *European yearbook of international economic law...*, *op.cit.*, pp.43-54, p.44.

⁵⁵ B. Poulain et M. Raux, « Actualité du droit européen des investissements internationaux », *loc.cit.*, p.113.

1) Définition de la notion d'Investissement Direct Étranger

611. La notion d'IDE n'étant pas définie par le droit primaire de l'Union européenne,⁵⁶ un débat est né sur le sens de la notion depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Elle a été l'objet de définitions par le FMI et l'OCDE, à l'aide de plusieurs critères.⁵⁷ Il s'agit de la mise à disposition de capitaux pour la réalisation et le contrôle d'une activité économique sur un territoire étranger. En d'autres termes, la notion peut être décrite comme une « entreprise résidente d'une économie » dont la volonté est d'acquérir un intérêt durable dans une entreprise résidente d'une autre économie.⁵⁸ Un intérêt durable vise le contrôle de l'activité via la participation à la prise de décisions. Il dépend d'une relation de long terme entre l'investisseur direct et l'entreprise, ou de l'exercice d'une influence significative sur la gestion de l'entreprise, déduite de la possession par cet investisseur d'au moins dix pour cent des droits de vote de l'entreprise.⁵⁹

612. L'approche de la notion en droit européen est complémentaire et précise l'approche internationale. Ainsi, l'annexe I de la directive 88/361/CEE a repris le critère des relations durables,⁶⁰ ce qui a été également utilisé par la Communauté lors des négociations du cycle de Doha sur le commerce et l'investissement.⁶¹ La Communauté a toutefois ajouté qu'un investissement étranger, caractérisé par un seuil inférieur à dix pour cent des droits de vote, pouvait être constitutif d'un IDE s'il autorisait un contrôle de gestion.⁶²

613. Quant à la Cour de Luxembourg, elle a fait référence à l'annexe I,⁶³ mais en se rapportant au droit national des États membres s'agissant du calcul du pourcentage des parts sociales détenues par un investisseur. Elle a pu semer la confusion sur l'uniformité de la notion, en retenant plusieurs seuils de participation pour la détermination du contrôle.⁶⁴ Il faudrait aussi savoir

⁵⁶ CJCE, 12 décembre 2006, *Test claimants in the FII Group litigation*, aff. C-446/04, point 177.

⁵⁷ FMI, *Manuel de la balance des paiements*, Washington D.C., 5ème ed., 1993, point 362.

⁵⁸ OCDE, *Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux*, OCDE, 4ème éd., 2010, p.56.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Selon les notes explicatives figurant à la fin de l'annexe I de la directive 88/361, la notion est définie comme « *Les investissements de toute nature auxquels procèdent les personnes physiques, les entreprises commerciales, industrielles ou financières et qui servent à créer ou à maintenir des relations durables et directes entre le bailleur de fonds et le chef d'entreprise ou l'entreprise à qui ces fonds sont destinés en vue de l'exercice d'une activité économique. Cette notion doit donc être comprise dans son sens le plus large* ».

⁶¹ OMC, *Document de réflexion sur la définition de l'investissement, communication de la Communauté européenne et de ses États membres*, 16 avril 2002, WT/WGTI/W7115, §8, p.3.

⁶² *Ibidem*, §11 et §17 ; S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.14.

⁶³ CJCE, 12 décembre 2006, *Test claimants in the FII Group litigation*, aff. C-446/04, point 178.

⁶⁴ CJCE, 10 mai 2007, *Lasertec*, aff. C-492/04. Le point 21 parle d'un seuil de participation de 25 %. La Cour a rappelé que le seuil de 25 % est celui qui a été adopté par le modèle de convention de l'OCDE et la directive 90/435 dans sa version initiale. Voir CJCE, 12 décembre 2006, *Test claimants in the FII Group litigation*, point 66 ; S.

en quoi consistent le contrôle de gestion et le long terme.⁶⁵ La ligne de démarcation entre le caractère direct ou indirect de l'investissement étranger présente donc une certaine porosité. Ajoutons qu'une définition précise pourrait présenter l'inconvénient d'être trop théorique.⁶⁶ Il n'empêche que la notion d'investissement indirect étranger n'apparaît pas à la lecture de l'article 207 TFUE et qu'elle serait donc située hors de la portée de la nouvelle compétence.

2) L'exclusion de la notion d'investissement de portefeuille

614. La notion d'investissement indirect – ou de portefeuille – est déterminée par sa nature spéculative, matérialisée sous forme de titres ne visant, à l'opposé de la notion d'IDE, ni contrôle ni durée et dont leur participation au capital social d'une entreprise se situerait alors en dessous du seuil de dix pour cent. Ce type d'investissement est désigné, en droit européen, par la notion plus large de « *mouvements de capitaux* ». ⁶⁷ Pour la Cour de Luxembourg, il vise « *l'acquisition de titres sur le marché des capitaux effectuée dans la seule intention de réaliser un placement financier sans intention d'influer sur la gestion et le contrôle de l'entreprise* ». ⁶⁸

615. La mise à l'écart des investissements de portefeuille du contenu de la politique commerciale commune a pu sembler problématique,⁶⁹ apparaissant de prime abord en antinomie avec la volonté des instances européennes d'obtenir l'exclusivité des compétences en matière d'investissement extra-européen.⁷⁰ Pour comprendre, il faut se rappeler que la stratégie de la

Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.14.

⁶⁵ *Ibidem* ; M. Burgstaller, « The future of bilateral investment treaties of EU member States », *loc.cit.*, p.63. Le contrôle de gestion peut faire l'objet d'une déduction, notamment si l'investisseur est représenté au conseil d'administration et s'il participe à la définition de la stratégie de la société. Voir OMC, *Document de réflexion sur la définition de l'investissement*, *loc.cit.*, §17.

⁶⁶ La résolution du Parlement européen a reconnu « *qu'une définition juridique rigide pourrait difficilement s'appliquer aux pratiques d'investissement dans le monde réel* ». Résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, considérant D.

⁶⁷ Voir les articles 63 à 69 du TFUE. À noter que l'administration des IDE et des investissements indirects au sein de la Commission européenne ne relève pas de la même direction. La matière des IDE, désormais domaine exclusif de compétence, relève de la DG Commerce tandis que les investissements indirects, qui sont un domaine partagé de compétence, relèvent de la DG marché intérieur.

⁶⁸ CJCE, 16 mars 1999, *Trummer et Mayer*, aff. C-222/97, point 21 ; CJCE, 4 juin 2002, *Commission c/ France*, aff. C-483/99, points 36 et 37 ; CJCE, 13 mai 2003, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. C-98/01, points 39 et 40 ; CJCE, 26 septembre 2008, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. jointes C-282/04 et C-283/04, point 19.

⁶⁹ L'établissement d'une telle distinction est « curieux, ou du moins surprenant », considérant que la tendance actuelle est à l'expansion de la définition de la notion. La distinction oppose donc les IDE à une conception moderne de l'investissement. Voir A. Reinisch, « The division of powers between the EU and its member States "after Lisbon" », *loc.cit.*, p.46 et suiv. Nous traduisons.

⁷⁰ Il ne semble pas que ce choix de ne pas inclure les investissements indirects ait été involontaire. Comme un auteur le remarque, toutes les différentes versions linguistiques du projet de Traité portant Constitution pour l'Europe mentionnent uniquement la notion d'IDE. Voir J.P. Terhechte, « Article 351 TFUE, the principle of loyalty and the futur role of the member states' bilateral investment treaties », *loc.cit.*, p.83.

Commission européenne, visant à insérer la notion d'IDE dans le TCE, se déroula alors qu'elle participait aux négociations du cycle de Doha sur le thème « commerce et investissement ». Elle avait déjà pris à l'époque la décision d'exclure ce type d'investissement du contenu d'un éventuel accord international.⁷¹

616. Cette position de l'Union européenne serait révélatrice de sa conception particulière des relations extérieures, exprimée dans ses accords d'association et de partenariat.⁷² La conséquence est que cette exclusion laisse une marge d'action concrète aux États membres s'agissant des investissements indirects, puisque ces derniers restent alors un domaine de compétence des États membres.⁷³ On peut donc penser que cette catégorie d'investissement ne pourra être exclue du contenu des futurs accords d'investissement, d'où la participation des États membres à leur conclusion, selon la modalité mixte.⁷⁴ La poursuite de la fragmentation des compétences, lors de l'édification de la politique commune, est donc une réalité.

⁷¹ OMC, *Document de réflexion sur la définition de l'investissement...*, *loc.cit.*, §7, p.3. Les États-Unis ont eu une position opposée. Voir OMC, *IED et investissement de portefeuille dans le cadre d'un accord de l'OMC sur l'investissement, communication des États-Unis*, 16 septembre 2002, WT/WGTI/W/142, §1, p.1. Et un auteur de conclure que la Commission européenne a donc fondé sa future politique commune sur les travaux réalisés dans le cadre de l'OMC, sans prendre en compte les tendances actuelles du droit des investissements internationaux. Voir A. Reinisch, « The division of powers between the EU and its member States "after Lisbon" », *loc.cit.*, p.46.

⁷² Le Parlement européen a constaté que « tous les types d'investissements ne requièrent pas le même niveau élevé de protection et que, par exemple, les investissements spéculatifs à court terme ne méritent pas le même niveau de protection que celui dont bénéficient les investissements à long terme. Aussi le rapporteur recommande-t-il de limiter le champ d'application des futurs accords européens aux seuls IDE ». Rapport du Parlement européen sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux, 22 mars 2011, p.11 ; résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, §11.

⁷³ Le §6 de l'article 207 TFUE rappelle que « L'exercice des compétences attribuées par le présent article dans le domaine de la politique commerciale commune n'affecte pas la délimitation des compétences entre l'Union et les États membres et n'entraîne pas une harmonisation des dispositions législatives ou réglementaires des États membres dans la mesure où les traités excluent une telle harmonisation ». Cette disposition peut donc faire peser de fortes contraintes sur la marge d'action de l'Union européenne, lors des négociations des futurs accords d'investissement. En outre, la Cour constitutionnelle allemande, dans un jugement du 30 juin 2009 sur le Traité de Lisbonne, a soutenu que l'exclusivité de la compétence de l'Union européenne ne concerne que les IDE. Voir J. Dutheil de la Rochère, « Le pouvoir des États membres de l'Union européenne de conclure des traités bilatéraux d'investissement », in C. Boutayeb, J.-C. Masclet, S. Rodrigues, H. Ruiz Fabri (dirs), *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, op.cit.*, pp.395 et suiv. ; décision de la Cour constitutionnelle allemande du 30 juin 2009 relative au Traité de Lisbonne, point 379.

⁷⁴ C'est ce qu'affirme la décision de la Cour constitutionnelle allemande, *ibidem*. À noter que le caractère mixte des futurs accords proviendrait, en plus de la question des investissements indirects, de la compétence fiscale des États membres, de la liberté d'établissement, des questions liées à l'expropriation ou à la propriété intellectuelle. Voir M. Burgstaller, « The future of bilateral investment treaties of EU member States », *loc.cit.*, p.66 ; D. Leczykiewicz, « Common commercial policy : the expanding competence of the European Union in the area of international trade », *German law journal*, vol.6, n°11, 2005, pp.1673-1686, p.1675 ; L. Mola, « Which role for the EU in the development of international investment law ? », *loc.cit.*, p.26 ; M. Krajewski, « External trade law and the Constitution Treaty : towards a federal and more democratic common commercial policy ? », *loc.cit.*, p.112 ; C. Herrmann, « The treaty of Lisbon expands the EU's external trade and investment powers », *ASIL Insight*, vol.14, issue 28, 2010, p.3 ; M. Bungenberg, « Going global ? The EU common commercial policy after Lisbon », in C. Herrmann and J.P. Terhechte (eds), *European Yearbook of International Economic Law 2010*, Springer 2010, pp.123-151, p.133 ; J. Dutheil de la Rochère, « Le pouvoir des États membres de l'Union européenne de conclure des traités bilatéraux d'investissement », *loc.cit.*, p.395.

3) Inventaire des diverses interprétations de la nouvelle compétence

617. Alors que la nouveauté liée à l'obtention de la compétence n'a pas encore permis de cerner *in concreto* sa portée par le biais de la pratique, la doctrine a tenté de dévoiler la nature des attributions dont bénéficiera l'Union européenne, à terme, en matière d'IDE. Procédons à l'inventaire des diverses opinions doctrinales, classées en fonction des méthodes d'interprétation qui ont été usitées dans le cadre de l'analyse du périmètre précis de « l'espace matériel d'intervention normative licite »⁷⁵ de l'Union européenne en matière d'IDE.

618. En vertu de la méthode d'interprétation littérale, il est constaté que, selon l'article 206 §1 du TFUE, l'Union contribue à la « *suppression progressive des restrictions [...] aux investissements directs étrangers* ». La compétence serait alors relative à la libéralisation des IDE.⁷⁶ L'article 207 TFUE prévoit que « la politique commerciale commune est fondée sur des principes uniformes, notamment en ce qui concerne [...] les investissements directs étrangers ». Pas grand-chose ne semble alors révélé ici sur la portée de la compétence, guère plus qu'à l'article 207 §4, qui décrit une compétence formelle visant la conclusion par les instances européennes des accords commerciaux comprenant un volet investissement.⁷⁷

619. Élargissons nos propos par le recours à la méthode d'interprétation contextuelle. Ces trois occurrences apparaissent dans le titre II de la cinquième partie du TFUE relatif à la politique « commerciale » commune. La compétence aurait alors uniquement trait aux aspects des IDE liés au droit du commerce international. L'article 207 §1 le confirmerait, en liant les « *accords tarifaires et commerciaux* » auxquels fait référence l'article, à la notion d'IDE qui s'y adjoindrait.⁷⁸ Et les auteurs d'ajouter qu'à limiter la compétence en matière d'IDE ayant un lien avec les accords commerciaux, pourquoi ne pas la réduire à l'accord sur les mesures concernant les investissements et liées au

⁷⁵ V. Michel, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, *op.cit.*, p.26.

⁷⁶ M. Krajewski, « External trade law and the Constitution Treaty : Towards a federal and more democratic common commercial policy ? », *loc.cit.*, p.114 ; J. Ceysens « Towards a common foreign investment policy ? Foreign investment in the European Constitution », *loc.cit.*, p.277. Pour une critique de cette opinion, voir W. Shan et S. Zhang, « The treaty of Lisbon : half way toward a common investment policy », *loc.cit.*, pp.1061-1062.

⁷⁷ P. Juillard, « Investissement et droit communautaire... », *loc.cit.*, p.461.

⁷⁸ L'article 207 §1 TFUE donne une liste des domaines de la politique, parmi lesquels « *la conclusion d'accords tarifaires et commerciaux relatifs aux échanges de marchandises et de services, et les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, les investissements étrangers directs...* » L'option est ici de considérer que la virgule devant la notion d'IDE indique que la notion constitue une des matières fondées sur des principes uniformes, par opposition à la propriété intellectuelle dont les aspects commerciaux sont soulignés. Voir A. Reinisch, « The division of powers between the EU and its member States "after Lisbon" », *loc.cit.*, p.52.

commerce⁷⁹ ?

620. Si cette interprétation a l'atout de la cohérence et de la complémentarité,⁸⁰ étudions par ailleurs la portée de la compétence selon une méthode d'interprétation extensive. Cette dernière permet d'étendre la compétence en matière d'IDE à la phase de protection. Il est ainsi noté que diviser les phases antérieure et postérieure à l'investissement est largement théorique.⁸¹ Cependant, en vertu de l'article 207 §6 du TFUE, certains domaines de protection resteront de la compétence des États membres, parmi lesquels l'expropriation et le standard de traitement juste et équitable.⁸²

621. En dernier lieu, la méthode d'interprétation téléologique permet de soutenir que l'Union possède la complétude de la compétence en matière d'IDE, la seule restriction étant les investissements indirects. D'aucuns ont noté que la lettre de l'article 207 TFUE ne contenait pas de limitation et que, pour favoriser l'effet utile du droit européen, l'Union doit disposer des pleines compétences en matière d'IDE, en incluant l'ensemble des standards de protection et le règlement des différends.⁸³ Ce qui est exclu par la méthode d'interprétation extensive est alors ajouté, à savoir la protection contre l'expropriation et le standard de traitement juste et équitable.⁸⁴

⁷⁹ Pour ceux qui ont fait mention de cette position, voir S. El Boudouhi, « L'avenir des traités bilatéraux d'investissement conclus par les États membres de l'Union européenne avec les États tiers », *loc.cit.*, p.109 ; P. Juillard, « Investissement et droit communautaire... », *loc.cit.*, p.460.

⁸⁰ Voir M. Krajewski, « External trade law and the Constitution treaty... », *loc.cit.*, p.114. Et un auteur d'ajouter qu'une compétence limitée aux aspects commerciaux est logique, car complémentaire de celle des États membres et en accord avec les négociations dans le cadre de l'OMC et avec la *minimum platform*. Voir A. Reinisch, « The division of powers between the EU... », *loc.cit.*, pp.51-52.

⁸¹ Pour un auteur, la compétence ne relève pas pleinement de la phase postérieure à l'investissement : s'il reconnaît à l'Union européenne la possibilité d'octroyer le traitement national et celui de la nation la plus favorisée, il exclut du domaine de la compétence l'expropriation, peut-être le traitement juste et équitable et la sécurité pleine et entière. Voir J. Díez-Hochleitner, « El incierto futuro de los acuerdos bilaterales sobre protección de inversiones celebrados por los Estados Miembros de la Unión Europea », *loc.cit.*, p.33. Il est donc possible de parler d'une compétence complète substantiellement limitée. Voir W. Shan et S. Zhang, « The treaty of Lisbon : half way toward a common investment policy », *loc.cit.*, p.1062 ; J. Dutheil de la Rochère, « Le pouvoir des États membres de l'Union européenne... », *loc.cit.*, p.396.

⁸² J. Ceysens, « Towards a common foreign investment policy ?... », *loc.cit.*, p.259. Un tel point de vue a été réaffirmé par la Cour constitutionnelle allemande, constatant que la protection n'est pas un domaine de compétence expressément attribué.

⁸³ M. Bungenberg, « The division of competences between the EU and its member States », *loc.cit.*, p.35; A. Dimopoulos, « The common commercial policy after the Lisbon Treaty : establishing parallelism between internal and external economic relations ? », *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2008, pp.101-129, p.113 et suiv.

⁸⁴ Selon cette interprétation, en premier lieu l'article 345 TFUE ne relève pas d'un domaine exclusif de compétence des États membres. En effet, le droit à la propriété, en tant que principe général du droit communautaire, a été interprété d'une façon restrictive par la CJUE. Les États membres ne disposeraient donc pas de l'exclusivité de la compétence pour déterminer les conditions d'une expropriation. Deuxièmement, selon la volonté des rédacteurs des traités, l'article 207 §6 TFUE limite les compétences internes de l'Union européennes. Enfin, avant que le Traité de Lisbonne ne soit ouvert à la signature, le texte aurait contenu une note infra-paginale relative à l'article 207 qui excluait l'expropriation de la portée de la référence aux IDE, de même que l'arbitrage investisseur-État. La disparition de cette note infra-paginale de la version finale du traité signifierait donc que ces deux domaines seraient

622. Face à cette diversité d'opinions, notre conviction est que la compétence européenne, durant les prémices de son transfert vers l'organisation régionale, n'inclura pas les investissements indirects et que l'étendre à la phase postérieure à l'investissement est une démarche incertaine.⁸⁵ Partant, la compétence bruxelloise en matière d'IDE devrait être semi-exclusive, d'où, pour l'Union européenne, le tracé d'un chemin vers l'exclusivité qui sera long.⁸⁶ Les difficultés avérées de concrétisation des compétences européennes ne devraient pas contredire le propos.

B. Les difficultés de formalisation d'une nouvelle compétence européenne

623. Le débat autour des interprétations divergentes de la nouvelle compétence européenne en matière d'IDE a pour mérite d'anticiper la formalisation de la nouvelle compétence, devant s'accomplir *in concreto* dans le cadre de l'établissement d'une nouvelle pratique conventionnelle internationale. Il ne doit pas être oublié que ce processus de formalisation est sujet à de nombreuses difficultés, inhérentes aux procédés de transfert de compétence. Alors que les esprits sont sceptiques à propos des prémices de la politique commune d'investissement,⁸⁷ poursuivons l'anticipation en procédant à l'analyse du contexte au sein duquel cette compétence devra se mettre en place.

624. Depuis l'échec du projet de Constitution pour l'Europe, le « terreau » politico-institutionnel sur lequel la future politique commune d'investissement doit se développer ne nous paraît pas d'une composition des plus fertiles et pourrait constituer un obstacle général à la formalisation de la nouvelle compétence. En effet, celle-ci devra s'exercer malgré les controverses relatives à la méthode de construction européenne (1) et la conduite de certains États membres ayant conscience que le Traité de Lisbonne les destine *in fine* à être dessaisis de leur compétence en la matière (2).

1) La remise en cause de la méthode de construction européenne

625. L'histoire de la construction européenne est marquée par une suite d'évolutions et de contre-évolutions qui ont su jusqu'à présent s'harmoniser. À chaque révision des traités, la question

inclus dans le champ de la nouvelle compétence. Voir M. Burgstaller, « The future of bilateral investment treaties of the EU member States », *loc.cit.*, p.65 et note infra-paginale 52.

⁸⁵ I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, « Los APPRI en la Unión Europea post-Lisboa », *AEDIPr*, t.X, 2010, pp.759-791, pp.768 et suiv. ; B. Poulain et M. Raux, « Actualité du droit européen des investissements internationaux », *loc.cit.*, p.117.

⁸⁶ W. Shan & S. Zhang, « The treaty of Lisbon: half way toward a common investment policy », *loc.cit.*, pp.1072-1073.

⁸⁷ A. Dimopoulos, *EU foreign investment law*, *op.cit.*, p.342 et suiv.

de l'usage de la méthode intergouvernementale ou de la méthode communautaire s'est posée. Le débat a atteint son apogée lors de l'émergence du projet de Constitution pour l'Europe. Le rejet de ce dernier signale d'abord le déclin de la méthode communautaire,⁸⁸ mais aussi le renforcement de la prégnance des États dans le processus de construction européenne.⁸⁹

626. La question est de savoir si l'Union européenne dispose désormais des moyens pour se muer en un acteur du droit des investissements extra-européens. En ce sens, le Service européen pour l'action extérieure doit renforcer le rôle externe de l'Union, y compris en matière d'investissement.⁹⁰ Cependant, la représentation internationale de l'Union reste diffuse et faible, malgré les efforts du Traité de Lisbonne.⁹¹ S'agissant de la conclusion des futurs accords d'investissement, les capacités des instances européennes ont été remises en cause.⁹² Les négociations avec les pays tiers gagneraient en complexité.⁹³

627. En un mot, les États membres conservent leur rôle lors de l'édification de la politique commune d'investissement. Cet exemple reflète alors la mutation en cours des méthodes classiques de construction communautaire, initiée progressivement depuis le renforcement de la dimension politique au sein du projet européen.⁹⁴ La méthode est alors fondée sur une coopération à forte valeur intergouvernementale,⁹⁵ pouvant se rapprocher du modèle de la gouvernance⁹⁶ et dont le

⁸⁸ La méthode dite communautaire a subi, au fil des années, une « régression à bas bruit », en conséquence des logiques supranationale, intergouvernementale et démocratique qui se combinent. Voir C. Boutayeb et S. Rodrigues, « Le droit de l'Union européenne selon Philippe Manin ou la victoire d'une modernité », *loc.cit.*, p.16.

⁸⁹ Voir A. Rigaud, « Derrière les rideaux de fumée du Traité de Lisbonne : le retour des États ? », *loc.cit.*, p.450 ; J. Fuseau, « Le traité de Lisbonne, reflet de l'emprise des États membres sur l'Union européenne », in A. Berramdane, W. Cremer et A. Puttler (dirs), *Quel avenir pour l'intégration européenne ?*, Tours, Presses universitaires François Rabelais, 2010, pp.125-163 ; A. Berramdane, « Le Traité de Lisbonne et le retour des États », *Actualité Juridique Droit Administratif, JCP/La Semaine juridique*, n°9-10, 27 février 2008, pp.23-28 ; P. Manin, « La "méthode communautaire" : changement et permanence », in M. Blanquet (dir.), *Mélanges en l'honneur de Guy Isaac*, Toulouse, PUSS, 2004, pp.213-273 ; J.-L. Sauron, « le nouveau rôle des parlements nationaux après le Traité de Lisbonne », *Gaz. Pal.*, mai-juin 2008, pp.1589-1594.

⁹⁰ Résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, considérant J.

⁹¹ N. Azzi, « La Haute représentante : une présente toujours absente », *Lex electronica*, vol.15.3, 2011, pp.1-28.

⁹² S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.18.

⁹³ Les mêmes remarques avaient été émises par les États membres lors du transfert des compétences externes en matière de transport aérien. Voir C. Woll, « Vers des compétences externes : l'activisme de la Commission européenne en matière d'aviation civile internationale », *loc.cit.*, p.150 et suiv.

⁹⁴ S. Barbou Des Places, « Plaidoyer pour une approche rénovée des "méthodes de la construction communautaire" », in *La France, l'Europe, le monde : Mélanges en l'honneur de Jean charpentier*, *op.cit.*, pp.247-260, p.256 et suiv.

⁹⁵ P. Magnette, « L'intégration par la coopération, un nouveau modèle de construction européenne », in P. Magnette et E. Remackle (dirs), *Le nouveau modèle européen*, Bruxelles, ULB, vol.1, 2000, pp.25-29, p.26 ; A. Iliopoulou, « La méthode ouverte de coordination : un nouveau mode de gouvernance dans l'Union européenne », *Cahiers de droit européen*, vol.42, n°3-4, 2006, pp.315-334 ; S. de la Rose, *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

⁹⁶ COM (2001) 428 final.

succès dépendrait plus de la confiance réciproque que d'un texte précis.⁹⁷ Le succès de l'eupéanisation du droit matériel des investissements internationaux est alors fondé en majeure partie sur l'attitude des États membres.

2) La conduite de certains États membres vis-à-vis de la proclamation de la nouvelle compétence

628. L'Union européenne a besoin de la coopération active et loyale de ses États membres pour que la compétence puisse être à terme effectivement transférée. Pourtant, comme cela a été le cas antérieurement,⁹⁸ ils pourraient contredire l'établissement d'une structure de coopération. Rappelons que plusieurs États membres s'étaient opposés à l'insertion de la notion d'IDE dans le domaine de la politique commerciale commune.⁹⁹ Ils entendent désormais continuer à exercer leur compétence.¹⁰⁰ En outre, la Commission européenne avait déjà exprimé, dès 1995, des doutes sur les possibilités de réalisation d'une structure de coopération face à l'étendue des compétences partagées.¹⁰¹

629. En conséquence, certains États membres tentent de réduire la compétence européenne exclusive à une compétence concurrente, en concluant des TBI extra-européens avec des pays tiers après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.¹⁰² Plusieurs de ces traités devraient par ailleurs se superposer aux accords de libre-échange que la Commission négocie avec ces mêmes pays.¹⁰³ Cette

⁹⁷ S. Woolcok, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.VII.

⁹⁸ Il est dit à ce sujet que « l'histoire révèle que les États n'ont souscrit à une mise en commun [...] que sous le poids des nécessités ». Voir V. Michel, « La difficile formalisation des compétences... », *loc.cit.*, p.492.

⁹⁹ Il s'agissait de la France, de l'Allemagne et de l'Espagne. Se référer à la fiche d'analyse des propositions d'amendements concernant l'action extérieure, y compris la politique de défense, 9 mai 2003, CONV 707/03, p.103.

¹⁰⁰ La décision de la Cour constitutionnelle allemande au sujet du Traité de Lisbonne confirme ce propos.

¹⁰¹ Voir SEC (95), 731 final, *Report on the operation of the Treaty on the European Union*, Presented by the Commission, Brussels, 10 May 1995, § 140, p.60.

¹⁰² À titre d'exemple et selon la base de données de la CNUCED, on relève le TBI signé entre l'Espagne et le Mozambique le 18 octobre 2010 et celui entre la République tchèque et l'Azerbaïdjan, signé le 17 mai 2011. En outre, l'Allemagne et le Pakistan ont signé un TBI extra-européen le jour de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. D'autres États membres, comme la Slovaquie, Chypre, l'Autriche, la Belgique, la Lettonie sont concernés. Il convient de noter toutefois que les procédures d'adoption de certains TBI ont été, bien qu'*a minima*, l'objet de quelques modifications à la suite de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Voir *Investment policy monitor*, n°2, 20 avril 2010, p.7 ; M. Bungenberg, « The division of competences between the EU and its member States », *loc.cit.*, p.38 ; F. J. Pascual Vives, « Los acuerdos sobre promoción y protección recíproca de las inversiones extranjeras y el derecho de la Unión europea », *loc.cit.*, p.447.

¹⁰³ Les relations conventionnelles entre la Lettonie et l'Inde, mais aussi entre la Slovaquie et le Canada, ont été citées. Voir C. Crépet-Daigremont, « Les interactions normatives dans le domaine des investissements : la remise en cause du droit international par le droit de l'Union européenne », *loc.cit.*, p.176 ; S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.65.

attitude ne serait pas en violation du principe de répartition des compétences.¹⁰⁴ Enfin, notons que les États membres peuvent tenter de retarder, voire de bloquer, la conclusion des futurs accords par l'Union au sein du Conseil,¹⁰⁵ en résultat de l'exigence du vote à l'unanimité.

630. Il ne reste donc qu'à attendre que la portée de cette compétence soit clarifiée par le biais de son exercice et qu'une « terre de résistances » puisse évoluer en une « terre d'expériences ». ¹⁰⁶ Ce premier fondement, en octroyant à l'Union une nouvelle base légale, n'apparaît pas en lui-même suffisant quant à l'édification de la politique commune d'investissement. Elle a dû être complétée par l'établissement d'un régime transitoire s'agissant de l'avenir des instruments conventionnels étatiques que la Commission n'avait pas pu atteindre lorsqu'elle avait initié le recours à la voie juridictionnelle.

Section 2. Le second fondement de la politique européenne d'investissement

631. La volonté d'encadrement des instruments conventionnels étatiques existants a rapidement fait suite à l'annonce de la nouvelle compétence, sous la forme d'une initiative spécifique. Il est rappelé que l'article 307 TCE devenu 351 TFUE n'a pas permis à la Commission la mise en compatibilité des TBI extra-européens conclus postérieurement à l'adhésion des États membres.¹⁰⁷ Désormais, l'insertion de la notion d'IDE, en elle-même, ne produit pas d'effet sur ces TBI alors que les États membres conservent leur compétence tant que les instances européennes n'ont pas encore exercé la leur.¹⁰⁸

632. Ces instruments conventionnels restent valides en droit international mais doivent subir un examen correctif de leur contenu dans le cadre d'une période de transition envisagée par une proposition de règlement. Analysons le processus d'instauration de ce régime transitoire, en décrivant d'abord son élaboration, ayant conduit à l'entrée en vigueur du règlement N°1219/2012 (**Paragraphe 1**), puis en analysant la portée précise de ce régime et la façon dont il pourrait évoluer (**Paragraphe 2**).

¹⁰⁴ C. Crépet-Daigremont, « Les interactions normatives dans le domaine des investissements », *loc.cit.*, p.176.

¹⁰⁵ S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.19.

¹⁰⁶ V. Michel, « La difficile formalisation des compétences... », *loc.cit.*, pp.493 et suiv.

¹⁰⁷ La Commission européenne a relevé « l'absence de régime transitoire explicite dans le TFUE clarifiant le statut des accords conclus par les États membres ». Voir COM(2010) 344 final, p.2.

¹⁰⁸ CJCE, 5 mai 1981, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. C-804/79, point 30.

Paragraphe 1. Instauration d'un régime transitoire par le règlement N°1219/2012

633. Reprenant *mutatis mutandis* la démarche qu'elle avait entreprise auparavant pour les accords commerciaux conclus par les États membres,¹⁰⁹ la Commission européenne a choisi cette fois-ci de proposer un règlement devant procéder à la gestion des accords existants en matière d'investissement extra-européens.¹¹⁰ Si l'établissement d'une période de transition peut être vu à court terme comme une déviation des objectifs européens et un ralentissement du processus d'eupéanisation, il permettra de renforcer le premier fondement en assurant une transition plus aisée vers un système exclusif de compétence.¹¹¹

634. En ce sens, le texte a pour objectif la clarification du statut de ces TBI vis-à-vis du droit européen et surtout l'encadrement de la conduite des États membres, ces derniers pouvant tenter de résister à un transfert effectif de compétence. En cherchant à assurer l'effectivité du principe d'uniformité du droit européen et du devoir de coopération loyale, l'unicité peut alors être garantie. Examinons en premier lieu la position de la Commission européenne, reflétée dans sa proposition de règlement (A), puis les évolutions apportées au contenu de ce texte, pour aboutir à la version finale du 12 décembre 2012 (B).

A. Analyse de la proposition de règlement du 7 juillet 2010

635. Ce document législatif devrait permettre à l'Union européenne d'avancer d'un pas dans la formalisation de sa compétence, en initiant le processus d'eupéanisation des TBI extra-européens en vigueur.¹¹² Si la communication du 7 juillet 2010 s'inscrit dans une perspective *de lege ferenda* à court et moyen terme,¹¹³ ce texte répond aux problématiques juridiques actuelles. Pour le montrer, il conviendra de présenter son champ d'application et son objet (1) puis seront analysés le

¹⁰⁹ La décision du Conseil du 9 octobre 1961 prévoyait une période de transition de douze ans, durant laquelle les États membres devaient coopérer avec la Commission pour la conclusion des accords commerciaux avec les pays tiers. Un mécanisme d'examen conjoint de l'accord était établi, en vertu du critère de l'obstacle à la réalisation de la politique commerciale commune. Son article premier interdisait aux États membres de conclure des accords au-delà de la période. La décision du Conseil du 29 décembre 1969 établissait un système plus flexible, qui permettait aux États membres de maintenir les accords, s'ils ne constituaient pas un obstacle à la politique commerciale commune, durant trente-cinq ans. Voir décision du Conseil, du 9 octobre 1961, relative à l'uniformisation de la durée des accords commerciaux avec les pays tiers ; décision 69/494/ECC du Conseil du 16 décembre 1969 sur les accords relatifs aux relations commerciales des États membres et la négociation des accords communautaires. Plus récemment, voir la proposition de règlement du Conseil relatif à la négociation d'accords sur le commerce des services autres que de transport, jamais entrée en vigueur. COM(2005) 326 final.

¹¹⁰ COM(2010) 344 final.

¹¹¹ C.E. Anderer, « Bilateral Investment Treaties and the EU legal order... », *loc.cit.*, p.876.

¹¹² F.J. Pascual Vives, « Los acuerdos sobre promoción y protección recíproca... », *loc.cit.*, p.477.

¹¹³ COM(2010) 343 final.

régime conditionnel d'autorisation de maintien des accords existants (2) et celui de la renégociation et de la conclusion des futurs accords (3).

1) Champ d'application et *ratio legis* de la proposition de règlement

636. L'intitulé indique que, *ratione materiae*, le texte s'applique aux TBI extra-européens conclus par les États membres.¹¹⁴ L'affirmation est confirmée par l'article 1er de la proposition de règlement,¹¹⁵ d'où l'exclusion de son champ d'application des TBI intra-européens sur laquelle nous reviendrons.¹¹⁶

637. *Ratione temporis*, le processus de gestion doit s'appliquer prioritairement aux TBI extra-européens conclus avant la date d'entrée en vigueur du règlement.¹¹⁷ Ont été ajoutés les TBI extra-européens conclus après la date d'entrée en vigueur.¹¹⁸ La totalité des TBI extra-européens issus de la pratique conventionnelle des États membres relève donc de la surveillance de la Commission européenne, lui permettant ainsi notamment d'atteindre les instruments conventionnels postérieurs aux adhésions des États, pour les mettre en compatibilité sur le fondement des arrêts en manquement de la CJUE contre l'Autriche et la Suède.

638. L'objectif du texte est d'abord de fixer « *les conditions dans lesquelles les États membres doivent être autorisés à maintenir en vigueur ou à faire entrer en vigueur des accords internationaux d'investissement* », ¹¹⁹ puis celles « *dans lesquelles les États membres sont habilités à modifier ou à conclure des accords internationaux d'investissement* ». ¹²⁰ En autorisant le maintien des accords existants et en procédant à une réhabilitation temporaire de compétence s'agissant des nouveaux TBI extra-européens, la sécurité juridique est ainsi protégée, tout en permettant une mise en compatibilité.

¹¹⁴ Lors de la procédure législative ordinaire, le Conseil a inséré une définition de ce qui est entendu par l'expression « *accord bilatéral d'investissement* ».

¹¹⁵ COM(2010) 344 final, p.4.

¹¹⁶ COM(2010) 344 final, considérant 15.

¹¹⁷ *Ibidem*, article 2. L'article 16 dispose que « *le présent règlement entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication* ».

¹¹⁸ Le texte s'applique également « *aux accords qui ont été négociés avant l'entrée en vigueur du présent règlement, mais qui n'ont pas été conclus* ». La modification des accords et les négociations devant conduire à la conclusion de nouveaux TBI par les États membres sont aussi prévues. *Ibid.*, articles 7 et 11 §2.

¹¹⁹ *Ibid.*, considérant 6.

¹²⁰ *Ibid.*, considérant 7.

2) Le régime conditionnel d'autorisation de maintien des accords existants

639. Le chapitre II du texte vise à autoriser le maintien en vigueur des TBI extra-européens,¹²¹ comme cela avait été le cas auparavant en matière de transports aériens,¹²² ce qui n'enlève en rien le caractère exceptionnel de la procédure.¹²³ Pour en bénéficier,¹²⁴ les États membres doivent notifier les accords conclus avant l'entrée en vigueur du règlement à la Commission,¹²⁵ en respectant un délai.¹²⁶ Les accords notifiés subissent a posteriori un réexamen, selon trois critères d'évaluation. L'article 5 §1, dispose que « *La Commission examine les accords notifiés en vertu de l'article 2, en évaluant notamment :*

- a) *s'ils comportent des incompatibilités avec le droit de l'Union autres que celles découlant de la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres,*
- b) *s'ils font, en totalité ou en partie, double emploi avec un accord en vigueur entre l'Union et le même pays tiers et si ce double emploi spécifique n'est pas abordé dans ce dernier accord, ou*
- c) *s'ils constituent un obstacle pour le développement et la mise en œuvre des politiques de l'Union relatives à l'investissement et, en particulier, de la politique commerciale commune. »*

640. C'est à la lumière de ceux-ci, mais aussi du quatrième critère ajouté par l'article 6, que la Commission européenne dispose de la faculté de retirer l'autorisation du maintien des accords existants.¹²⁷

¹²¹ Le texte « *préserve le statu quo et offre une solution transitoire en autorisant le maintien en vigueur d'accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres et des pays tiers* ». *Ibid.*, p.3.

¹²² Un régime d'autorisation des accords existants a été systématiquement mis en place, suite au procédé de transfert de compétence. Voir S. El Boudouhi, « *L'avenir des traités bilatéraux d'investissement conclus par les États membres de l'Union européenne avec les États tiers* », *loc.cit.*, p.99.

¹²³ La proposition de règlement précise que « *Vu la compétence exclusive de l'Union européenne dans le domaine des investissements directs étrangers et le développement progressif d'une politique d'investissement de l'UE, la procédure prévue dans la présente proposition doit être considérée comme une mesure transitoire exceptionnelle* ». COM(2010) 344 final, p.2. Des auteurs ont souligné que l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne aurait pu aboutir à ce que les États membres ne soient plus autorisés à conclure de nouveaux TBI extra-européens. Voir M. Bungenberg, « *The division of competences between the EU and its member States* », *loc.cit.*, p.38; I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, « *Competencia de la Unión Europea en materia de inversiones extranjerías y sus implicaciones en el arbitraje inversor-Estado* », *loc.cit.*, p.133 ; S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p. 66

¹²⁴ COM(2010) 344 final, article 3.

¹²⁵ Selon l'article 2, il s'agit de « *tous les accords bilatéraux d'investissement conclus avec des pays tiers avant l'entrée en vigueur du présent règlement qu'ils souhaitent maintenir en vigueur ou faire entrer en vigueur.* » Le même article précise que la notification doit contenir une copie des accords. Suite à ces notifications, la Commission doit publier au Journal officiel de l'Union européenne la liste des accords, tous les douze mois. Selon l'article 4 §2, « *La première publication de la liste d'accords visée au paragraphe 1 a lieu au plus tard trois mois après la date limite fixée pour les notifications conformément à l'article 2* ». Voir COM(2010) 344 final.

¹²⁶ Le délai est de « *trente jours à compter de l'entrée en vigueur du présent règlement* ». *Ibidem*, article 2.

¹²⁷ Article 6 §1, *ibid.*

641. Ce quatrième critère vise le cas d'un éventuel blocage au sein du Conseil, en raison d'États membres ne souhaitant pas accorder à la Commission un mandat de négociation relatif à un accord au contenu similaire à celui des TBI notifiés.¹²⁸ La Commission européenne semble ainsi avoir pleine conscience des difficultés de formalisation des compétences et souhaite « avoir la capacité d'obliger les États membres à autoriser des négociations européennes en conservant le pouvoir de les priver de leurs propres TBI ». ¹²⁹ Ce procédé a été critiqué,¹³⁰ bien qu'il assure le transfert de compétence.

642. L'article 6 vise également les conséquences liées au retrait de l'autorisation de maintien, soulignant le caractère conditionnel de celle-ci. Dans un tel cas, un avis motivé est adressé à l'État membre, pouvant donner lieu à des consultations.¹³¹ Si l'État membre n'a pas pris les mesures appropriées, l'autorisation est retirée, via une décision de la Commission impliquant l'intervention d'un comité *ad hoc*.¹³² Il serait alors exigé que l'État membre prenne des mesures spécifiques, voire résilie l'accord.¹³³ Le retrait de l'autorisation impliquerait la suppression du TBI extra-européen de la liste des accords notifiés.¹³⁴

3) L'autorisation de modification et de conclusion des futurs accords bilatéraux d'investissement

643. La surveillance européenne organisée par ce texte vise également la modification des TBI extra-européens et les négociations de nouveaux TBI par les États membres, intervenant *a posteriori* de l'entrée en vigueur du règlement. L'objectif est que le contenu de ces instruments conventionnels soit conforme au droit européen. En vertu des usages de l'Union européenne,¹³⁵ les

¹²⁸ L'Article 6 § 1 d), *ibid.*, vise la situation dans laquelle « le Conseil n'a pas pris de décision quant à l'autorisation d'ouvrir des négociations sur un accord faisant, en totalité ou en partie, double emploi avec un accord notifié en vertu de l'article 2, dans un délai d'un an à compter de la présentation, par la Commission, d'une recommandation conformément à l'article 218, paragraphe 3, du traité. »

¹²⁹ S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.72.

¹³⁰ Il s'agirait d'une « faculté qui conditionne la capacité de décision politique du Conseil ». Voir F. J. Pascual Vives, « Los acuerdos sobre promoción y protección recíproca... », *loc.cit.*, p.479. Nous Traduisons.

¹³¹ COM(2010) 344 final, article 6 §2.

¹³² *Ibidem*, article 15 §2.

¹³³ *Ibid.*, article 6 §3.

¹³⁴ *Ibid.*, article 6 §4.

¹³⁵ Cette possibilité laissée aux États membres de renégocier et de conclure des accords est inspirée de la pratique antérieure, dans le domaine du droit international privé. Voir CJCE, 7 février 2006, avis 1/03, *Compétence de la Communauté pour conclure la nouvelle convention de Lugano* ; règlement (CE) N°664/2009 du Conseil du 7 juillet 2009 instituant une procédure pour la négociation et la conclusion d'accords entre les États membres et des pays tiers concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements et des décisions en matière matrimoniale, de responsabilité parentale et d'obligations alimentaires, ainsi que sur le droit applicable en matière d'obligations alimentaires ; règlement (CE) N°662/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009

États membres sont autorisés à agir dans un domaine de compétence exclusif et, sous réserve des conditions précisées aux articles 7 à 12, à « ouvrir des négociations en vue de modifier un accord d'investissement existant avec un pays tiers ou d'en conclure un nouveau ». ¹³⁶

644. La première condition pour engager des négociations est de notifier par écrit son intention à la Commission, selon des modalités précises. ¹³⁷ L'ouverture des négociations officielles est soumise à autorisation, la Commission européenne se réservant la possibilité d'un refus en fonction des trois précédents critères qui ont été adaptés. ¹³⁸ En cas d'octroi d'une autorisation, ¹³⁹ les négociations sont marquées par le pouvoir d'action de la Commission, provenant notamment de sa possibilité d'exiger l'insertion de certaines clauses dans le texte de l'accord. ¹⁴⁰

645. Pour conclure un nouvel accord, l'article 11 prévoit qu'avant de signer, l'État membre doit notifier le résultat des négociations et transmettre le texte négocié. ¹⁴¹ À moins que le contenu du TBI ne relève d'un cas prévu par le règlement, ¹⁴² la décision autorisant l'État membre à signer l'accord doit respecter un délai. ¹⁴³ Enfin, l'article 13 vise à réguler la conduite des États membres, en instaurant un processus de collaboration, ¹⁴⁴ particulièrement détaillé au sujet du mode de

instituant une procédure pour la négociation et la conclusion d'accords entre les États membres et des pays tiers sur des questions particulières concernant le droit applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles.

¹³⁶ COM(2010) 344 final, article 7.

¹³⁷ *Ibidem*, article 8 §1. L'intention doit être transmise, selon l'article 8 §4, *ibid.*, « au moins cinq mois civils avant le début des négociations formelles avec le pays tiers concerné » et accompagnée de plusieurs sources d'information. L'article 8 §3, *ibid.*, précise que « Cette notification comprend les documents pertinents et indique les dispositions à négocier, les objectifs des négociations et toute autre information utile. Dans le cas de la modification d'un accord existant, la notification indique les dispositions qui devront être renégociées ; qui peuvent être mises à la disposition d'autres États membres ». Si les informations sont jugées insuffisantes, la Commission européenne s'octroie la possibilité de demander des précisions supplémentaires. COM(2010) 344 final, §5.

¹³⁸ Article 9, *ibidem*.

¹³⁹ La décision d'ouverture des négociations, prise de concert avec le comité consultatif *ad hoc*, doit intervenir « dans un délai de 90 jours après réception de la notification », article 9 §4, et si des informations supplémentaires sont demandées, « le délai de 90 jours court à compter de la date de réception de ces informations supplémentaires ».

¹⁴⁰ L'article 9 §2, *ibid.*, prévoit que « la Commission peut demander à l'État membre d'inclure dans ces négociations certaines clauses appropriées », pour s'assurer de la conformité de l'accord avec le droit de l'Union européenne. À noter que la Commission participe aux négociations, selon l'article 10, en étant tenue informée ou en exigeant d'y participer en qualité d'observateur.

¹⁴¹ Ceci s'applique aussi aux accords non encore conclus avant l'entrée en vigueur de la proposition de règlement. Voir l'article 11 §1 et 2, COM(2010) 344 final. L'objectif est de vérifier, selon les mêmes critères que ceux énoncés à propos du refus de l'ouverture des négociations, que l'insertion de certaines clauses, à la demande de la Commission, a été respectée. *Ibid.*, article 11 §3 d).

¹⁴² Ainsi, l'État membre n'est pas autorisé à signer l'accord. *Ibidem*, article 11 §4.

¹⁴³ La décision doit être prise dans un délai de 90 jours après la réception des notifications. Le point de départ du délai peut aussi être la date de réception des informations supplémentaires, *ibid.*, §6. L'État membre autorisé à signer est tenu de notifier la conclusion et l'entrée en vigueur de l'accord. *Ibid.*, §7.

¹⁴⁴ La proposition de règlement répète ainsi que pour l'ensemble des accords visés par le texte, l'État membre doit « sans retard injustifié » informer la Commission « de toutes les réunions » tenues « conformément aux dispositions de l'accord » mais aussi de « toutes les informations utiles », afin de « bien comprendre les sujets abordés ». *Ibid.*, article 13, §1.

règlement des différends.¹⁴⁵

646. De cette période d'intérim prévue pour cinq ans,¹⁴⁶ le large pouvoir d'appréciation dont dispose la Commission européenne doit être retenu. Il vise aussi bien les possibilités de retrait de l'autorisation, par un arsenal de critères à la portée excessive,¹⁴⁷ que le processus et le résultat des renégociations des TBI et des conclusions des futurs TBI caractérisés par une surveillance complète.¹⁴⁸ Voyons désormais comment le Parlement européen et le Conseil ont amendé cette proposition de règlement lors de la procédure législative ordinaire.

B. L'évolution du contenu de la proposition de règlement

647. Afin d'anticiper la posture qu'adoptera par la suite chaque institution lors de la conclusion européanisée des futurs accords d'investissement, une mise en relief des différents amendements proposés dans le cadre de la procédure législative ordinaire s'impose.¹⁴⁹ Avant de considérer le contenu du texte final, adopté le 12 décembre 2012, **(3)** notre attention sera tout d'abord focalisée sur les amendements proposés par le Parlement européen, **(1)** puis sur la position du Conseil de l'Union européenne **(2)**.

1) Amendements prévus par le Parlement européen

648. La commission du commerce international du Parlement européen a été saisie le 7 octobre 2010. Son projet de rapport prône une durée de transition fixée à huit ans, à compter de l'entrée en vigueur du règlement,¹⁵⁰ à la suite de laquelle « *tous les accords bilatéraux existants entre les États membres et les pays tiers* » doivent « *être remplacés par un accord de l'Union.* »¹⁵¹

¹⁴⁵ *Ibid.*, §2 et 3. Cette question est développée en partie 2.

¹⁴⁶ Il est prévu aux articles 5 §3 et 12 §1, *ibid.*, une période d'application du règlement de cinq ans, à la fin de laquelle la Commission décide s'il est nécessaire de poursuivre ou non l'application de ces dispositions.

¹⁴⁷ F. J. Pascual Vives, « Los acuerdos sobre promoción y protección recíproca... », *loc.cit.*, p.478.

¹⁴⁸ E. Fernández Masiá, « El Tratado de Lisboa y el futuro de los Acuerdos de promoción... », *loc.cit.*, p.340.

¹⁴⁹ Pour un résumé détaillé de la procédure législative ordinaire appliquée à la proposition de règlement, voir la fiche de procédure 2010/0197 (COD), Accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres et des pays tiers : dispositions transitoires, disponible à l'adresse :

[http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2010/0197\(COD\)&l=FR#tab-0](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2010/0197(COD)&l=FR#tab-0)

¹⁵⁰ Projet de rapport de la commission du commerce international du Parlement européen sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil, 18 novembre 2010, 2010/0197(COD), amendements 6, 7, 10 et 26.

¹⁵¹ *Ibid.*, amendement 6. Il est possible de proroger l'application du règlement pour cinq années supplémentaires, soit une période totale de treize ans. En effet, un nouvel article 12 bis §1, *ibid.*, prévoit que « *Le présent règlement vient à expiration huit ans après son entrée en vigueur. À ce moment-là, tous les accords bilatéraux existants entre les États membres et les pays tiers sont remplacés par un accord de l'Union relatif à l'investissement* ». Il est aussi prévu un délai de 6 ans s'agissant de la présentation d'un rapport sur l'état d'avancement de l'application du

Le controversé article 6, renommé « *Obligation de coopérer* », ¹⁵² est largement modifié. ¹⁵³ Sur la base de ce projet déposé le 14 avril 2011, ¹⁵⁴ le Parlement européen a adopté sa résolution législative du 10 mai 2011. ¹⁵⁵ Son approche est globalement plus équilibrée, car elle tient compte des objectifs de la Commission et du rôle des États membres. ¹⁵⁶

649. Pour sa part, le Parlement européen fixe la période de transition pour une durée de dix ans. ¹⁵⁷ Le pouvoir d'appréciation de la Commission européenne est largement encadré, s'agissant d'abord de la conduite de la procédure de réexamen des accords existants, ¹⁵⁸ mais aussi de son résultat. ¹⁵⁹ La nouveauté du texte, insérée par le Parlement à l'article 8 §4, est le critère de la consultation préalable des États membres avant toute conclusion d'un nouveau TBI extra-européen. ¹⁶⁰ La participation de la Commission aux négociations est aussi réduite, laissant une

règlement, §2.

¹⁵² Le projet de rapport justifie cette modification, à l'amendement 15, *ibid.*, comme reflétant « *la terminologie du traité UE et la jurisprudence de la Cour de justice dans les procédures visant l'Autriche, la Suède et la Finlande au sujet de clauses de transfert de capitaux des TBI.* »

¹⁵³ L'obligation de coopération comporte, pour l'État membre, une obligation de renégociation ou de dénonciation du TBI extra-européen, si ce dernier est incompatible avec la législation ou la politique de l'Union européenne. Voir l'amendement 16 relatif à l'article 6 §1, *ibid.*

¹⁵⁴ Rapport de la commission du commerce international du Parlement européen sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil, 14 avril 2011, A7-0148/2011.

¹⁵⁵ Résolution législative du Parlement européen du 10 mai 2011 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil, P7_TA(2011)0206.

¹⁵⁶ Dans le préambule de la position adoptée du Parlement européen, alors que le considérant 4 se contente de rappeler que les TBI sont des traités contraignants pour les États membres en droit international, le Parlement européen rajoute que la politique européenne d'investissement vise à établir « *le meilleur système possible de protection des investissements pour les investisseurs de tous les États membres ainsi que des conditions d'investissement équivalentes sur les marchés des pays tiers* ». De même, il est précisé au considérant 5 que « *La Commission devrait faire le nécessaire pour remplacer progressivement tous les accords bilatéraux existants en matière d'investissement des États membres par de nouveaux accords de l'Union* ». Selon le considérant 7, les États membres doivent être habilités à maintenir les accords d'investissement.

¹⁵⁷ L'article 5 §3 se réfère à un délai de transition non plus de cinq ans mais de dix ans.

¹⁵⁸ Au sujet de la procédure de réexamen de l'article 5, alors que le texte original dispose que « *la Commission examine* » les accords notifiés, le Parlement limite l'action de la Commission, en insérant que cette dernière « *peut réexaminer* », en évaluant notamment si le TBI extra-européen constitue un « *obstacle sérieux* » à la conclusion des futurs accords. Voir l'article 5 §1 b) de la résolution législative du Parlement européen du 10 mai 2011.

¹⁵⁹ L'article 6 ajoute que « *L'autorisation prévue à l'article 3 est retirée dès lors que l'Union a déjà ratifié un accord avec le même pays tiers en matière d'investissement, accord négocié par la Commission* » tandis que l'autorisation « *peut être retirée* » selon les critères de l'incompatibilité de l'accord avec le droit de l'Union, de l'obstacle sérieux pour la conclusion des futurs accords et de l'absence de décision du Conseil quant à l'ouverture des négociations relatives à un accord. Quant aux consultations, elles peuvent conduire, article 6 §2, à « *la possibilité pour les États membres de renégocier l'accord avec le pays tiers dans un délai convenu* » au lieu d'un retrait de l'autorisation par la Commission.

¹⁶⁰ Le Parlement précise que « *Lorsqu'un État membre entend conclure un nouvel accord d'investissement avec un pays tiers, la Commission consulte les autres États membres dans un délai de trente jours afin de déterminer si un accord de l'Union apporterait une valeur ajoutée* », dans un délai réduit de cinq à trois mois avant le début des négociations officielles avec le pays tiers concerné, article 8 §4. Cette consultation des États membres vise aussi l'autorisation d'ouverture des négociations officielles. Le nouveau §4 de l'article 9 dispose que « *Si une majorité simple d'États membres manifestent leur intérêt, conformément à l'article 8, paragraphe 4, en ce qui concerne la conclusion d'un accord d'investissement de l'Union avec le pays tiers concerné, la Commission peut retirer l'autorisation et proposer plutôt un mandat de négociation au Conseil conformément à l'article 207, paragraphe 3, du traité. La Commission*

marge de manoeuvre plus importante aux États membres.¹⁶¹

650. Le Parlement européen s'est donc efforcé d'encadrer le pouvoir d'appréciation de la Commission,¹⁶² tout en renforçant la coopération de l'ensemble des États membres et en favorisant ainsi la participation de ceux dont les politiques d'investissement sont moins développées. Le maintien effectif des TBI extra-européens en vigueur est assuré par une réduction de la marge de manoeuvre de la Commission. Le Conseil de l'Union européenne, représentant des États membres, s'est distingué du Parlement européen sur de nombreux points.

2) La position du Conseil de l'Union européenne

651. Le Conseil de l'Union européenne a dû s'exprimer sur le texte, lors de débats durant lesquels il indiqua vouloir trouver un accord pour permettre de faire entrer en vigueur le règlement le plus vite possible. Il avait auparavant déjà pris note de l'ouverture de cette période transitoire, dès le 4 octobre 2010 puis dans ses conclusions adoptées le 25 octobre 2010, selon un point de vue plus défensif.¹⁶³ Sa position, adoptée le 4 novembre 2012,¹⁶⁴ vise à garantir effectivement la sécurité juridique, par l'établissement d'un système de remplacement. Il assure une pérennité aux TBI extra-européens, dans l'attente d'être remplacés par des accords européens aux effets comparables.¹⁶⁵

652. Le Conseil apporte d'autres modifications substantielles au texte, dont une définition du terme « *accord bilatéral d'investissement* ». ¹⁶⁶ Il précise que le règlement n'a pas d'incidence sur la

tient le Parlement européen immédiatement et complètement informé à tous les stades de la procédure.

Au moment de prendre cette décision, la Commission tient compte des priorités géographiques de la stratégie de l'Union en matière d'investissement et de la capacité de la Commission de négocier un nouvel accord de l'Union avec le pays tiers concerné. »

¹⁶¹ La Commission « *peut participer [...] aux négociations entre l'État membre et le pays tiers dans la limite de ce qui relève de la compétence exclusive de l'Union* », article 10. La décision de la Commission européenne de négocier un TBI extra-européen ou un accord de libre-échange avec volet investissement suppose que tous les États membres soient informés de la négociation et de la portée de l'accord, article 11 §8.

¹⁶² L'article 15 précise que le Comité qui peut assister la Commission européenne est un comité au sens du règlement (UE) N° 182/2011.

¹⁶³ Projet de conclusions du Conseil sur une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux, Bruxelles, 4 octobre 2010 ; conclusions du Conseil du 25 octobre 2010 ; S.W. Schill & M. Jacob, « Trends in international investment agreements, 2010-2011: the increasing complexity of international investment law », *loc.cit.*, p.171.

¹⁶⁴ Position n°11/2012 du Conseil en première lecture en vue de l'adoption d'un règlement du Parlement européen et du Conseil, adoptée par le Conseil le 4 octobre 2012.

¹⁶⁵ Position n°11/2012 du Conseil en première lecture, considérants 9 et 10.

¹⁶⁶ « *Aux fins du présent règlement, on entend par "accord bilatéral d'investissement" tout accord conclu avec un pays tiers, contenant des dispositions sur la protection des investissements. Le présent règlement ne porte que sur les dispositions des accords bilatéraux d'investissement qui concernent la protection des investissements* ». *Ibid.*, article 1 §2.

répartition des compétences établies par le traité.¹⁶⁷ La disposition relative à l'obligation de notification des accords existants suit la version proposée par le Parlement européen. Le contenu de l'article 5 est réaménagé, faisant de la procédure de réexamen une « *évaluation* » que pourrait réaliser la Commission à l'aide de critères. Celui relatif à l'incompatibilité avec le droit de l'Union a été éliminé. Le Conseil rejoint le Parlement européen à propos du critère de l'« *obstacle sérieux* » à la conclusion des futurs accords.¹⁶⁸

653. L'article 6 vise désormais une « *obligation de coopération* » à la place du « *retrait de l'autorisation* ». ¹⁶⁹ Les modalités visant à modifier ou conclure des TBI extra-européens ont été modifiées, au bénéfice des États membres.¹⁷⁰ S'agissant des dispositions finales, il est suggéré d'encadrer, par une disposition nouvelle à l'article 12, les TBI extra-européens signés par les États membres durant la période écoulée depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. La période de transition est désormais fixée pour une durée de sept ans.¹⁷¹ Cette position du Conseil a été acceptée par la Commission,¹⁷² qui a également souscrit à une déclaration commune.¹⁷³

3) Contenu de la version finale du règlement (UE) N°1219/2012

654. Le texte final, publié au journal officiel le 20 décembre 2012 et entré en vigueur le 9 janvier 2013, répertorie les TBI extra-européens en trois catégories.¹⁷⁴ En premier lieu, les TBI extra-européens signés avant le 1er décembre 2009 sont autorisés à être maintenus ou à entrer en vigueur. Le système de remplacement, soumis à la simple obligation de notification dont l'échéance est fixée au 8 février 2013, a donc été retenu et mis en place.¹⁷⁵ Ces TBI extra-européens resteront

¹⁶⁷ Article 1 §1 de la Position n°11/2012 du Conseil en première lecture.

¹⁶⁸ L'article 5, *ibid.*, dispose que « *La Commission peut évaluer si une, deux ou plusieurs des dispositions des accords bilatéraux d'investissement notifiés en vertu de l'article 2 constituent un obstacle sérieux à la négociation ou à la conclusion par l'Union d'accords bilatéraux d'investissement avec des pays tiers, dans la perspective du remplacement progressif des accords bilatéraux d'investissement notifiés en vertu de l'article 2* ».

¹⁶⁹ Il revient aux États membres de « *prendre toutes les mesures appropriées* » pour que les accords notifiés ne constituent pas des obstacles sérieux à la future politique commune d'investissement. En cas de persistance d'un obstacle, des consultations sont organisées. Position n°11/2012 du Conseil en première lecture, article 6.

¹⁷⁰ L'obligation de consultation des États membres a été écartée. La limite proposée par le Parlement européen au sujet de la participation de la Commission européenne aux négociations n'a pas été acceptée par le Conseil, qui a prôné un retour au texte originel. *Ibidem*.

¹⁷¹ *Ibid.*, article 15.

¹⁷² COM(2012) 603 final, 16 octobre 2012.

¹⁷³ La déclaration commune est destinée à exprimer le caractère exceptionnel de l'autorisation octroyée aux États membres. Le recours à la comitologie – au lieu de la procédure d'examen – via le règlement N°182/2011 établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission, « *ne constitue pas un précédent* » qui permettrait à l'Union d'habiliter les États membres à exercer une compétence dans un domaine exclusif de l'Union.

¹⁷⁴ Voir règlement (UE) N°1219/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012.

¹⁷⁵ *Ibid.*, article 2.

en vigueur jusqu'à ce qu'un accord équivalent soit conclu au niveau européen.¹⁷⁶

655. En second lieu, les modalités de conclusion ou de maintien en vigueur des TBI extra-européens signés entre le 1er décembre 2009 et le 9 janvier 2013 sont précisées, selon un système d'autorisation. En vertu de l'article 12, un État membre qui a signé un accord d'investissement durant cette période doit notifier l'accord à la Commission avant le 8 février 2013.¹⁷⁷ Intervient une évaluation du contenu du TBI extra-européen, selon les critères énoncés à l'article 9.¹⁷⁸ Si l'un des critères est satisfait, l'État membre devrait stopper le processus des négociations, retirer ou annuler les mesures qui ont été prises.¹⁷⁹

656. En troisième lieu, le règlement vise à encadrer la conduite des États membres quant à la négociation de la dernière catégorie de TBI extra-européens. Il s'agit des traités non signés au 9 janvier 2013. L'ouverture du processus de leur négociation est soumise, selon l'article 7, à une autorisation de la Commission. À cette fin, les États membres doivent notifier leur volonté d'engagement des négociations, au moins cinq mois à l'avance, pour subir une évaluation selon l'article 9.¹⁸⁰ La Commission peut participer aux négociations et le résultat de celles-ci fait l'objet d'un examen, au terme duquel l'État membre pourra être autorisé à signer puis à conclure l'accord.¹⁸¹

657. En conclusion, ce texte final constitue une synthèse des positions de la Commission et

¹⁷⁶ L'article 3 du Règlement (UE) N°1219/2012 dispose que « *les accords bilatéraux d'investissement notifiés en vertu de l'article 2 du présent règlement peuvent être maintenus ou entrer en vigueur conformément au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et au présent règlement, jusqu'à l'entrée en vigueur d'un accord bilatéral d'investissement entre l'Union et ce même pays tiers* ».

¹⁷⁷ L'article 12, *ibid.*, dispose que « *ledit État membre notifie à la Commission ledit accord qu'il souhaite maintenir en vigueur ou faire entrer en vigueur, au plus tard le 8 février 2013. La notification contient une copie de tels accords.* »

¹⁷⁸ Ces « exigences prescrites par l'article 9, paragraphes 1 et 2 » dont fait référence l'article 12 §2, *ibid.*, sont :

- a) [...] « *des incompatibilités avec le droit de l'Union autres que celles découlant de la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres* ; »
- b) un caractère superflu, « *étant donné que la Commission a présenté ou a décidé de présenter une recommandation en vue de l'ouverture de négociations avec le pays tiers concerné en vertu de l'article 218, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* ; »
- c) une incompatibilité « *avec les principes et les objectifs de l'Union en matière d'action extérieure, développés conformément aux dispositions générales énoncées au chapitre I du titre V du traité sur l'Union européenne* ; ou »
- d) « *un obstacle sérieux à la négociation ou à la conclusion, par l'Union, d'accords bilatéraux d'investissement avec des pays tiers.* »

Le §2 vise le cas où la Commission européenne peut exiger de l'État membre d'inclure ou de supprimer du contenu des accords certaines clauses, lorsque cela est nécessaire pour assurer la cohérence avec la politique de l'Union en matière d'investissement ou la compatibilité avec le droit de l'Union européenne.

¹⁷⁹ Règlement N°1219/2012, article 12 §5.

¹⁸⁰ *Ibidem*, article 8 §3.

¹⁸¹ *Ibid.*, article 11.

du Parlement européen réalisée par le Conseil, ce que révèle le choix du délai de transition fixé à sept ans selon l'initiative de ce dernier.¹⁸² L'affaiblissement des pouvoirs de la Commission en faveur de ceux des États membres est à noter, au sein d'une période de transition correspondant à la mise en place d'une sorte de mixité anticipée.¹⁸³ Rendez-vous est donc donné au plus tard le 10 janvier 2020 pour faire un bilan de l'application du règlement, date à laquelle la Commission européenne aura présenté un rapport relatif à l'application du règlement.

Paragraphe 2. Portée et défis du régime transitoire issu du règlement N°1219/2012

658. L'entrée en vigueur du règlement N°1219/2012 est source de réflexions à propos du régime transitoire s'ouvrant désormais. Rappelant que la procédure législative ordinaire aurait pu conduire au rejet de la proposition de règlement de la Commission européenne,¹⁸⁴ elle a tout de même abouti à un texte beaucoup plus équilibré que la proposition originelle. La question à laquelle il faut à présent répondre est la suivante : quelle est la portée du régime de transition mis en place ?

659. Pour cela, il faut chercher à savoir si le texte peut faire pencher l'équilibre institutionnel en faveur de la Commission européenne, en vertu d'une dynamique d'intégration. Ainsi, la nature du régime transitoire instauré par le règlement 1219/2012 doit être dévoilée (**A**). L'une de ses caractéristiques est sa portée limitée, considérant les problématiques auxquelles il apporte peu ou pas de réponse (**B**).

A. Nature du régime de transition instauré par le règlement N°1219/2012

660. En écho à notre précédente étude relative au passage de la pyramide au réseau, il semble que ce régime transitoire soit un exemple concret de la généralisation du recours à un nouveau mode horizontal de production du droit, fondé sur la coopération liant la Commission européenne aux États membres.¹⁸⁵ Si cette affirmation semble peu discutable, il peut aussi être suggéré que la coopération est en plus constitutive de l'objectif principal du règlement (**1**). En effet, l'étude des possibilités d'établissement d'une coopération – qualifiée traditionnellement de verticale – fera apparaître de nombreux défis, attestant que la coopération ne s'impose pas d'elle-même après

¹⁸² L'article 15 du Règlement N°1219/2012 précise que « *La Commission présente au Parlement européen et au Conseil un rapport relatif à l'application du présent règlement, le 10 janvier 2020 au plus tard.* »

¹⁸³ La mise en place de ce « nouveau mode de gouvernance », symbolisé par un organe central – l'Union européenne – disposant de l'exclusivité de la compétence dont parlait un auteur est donc remise à un horizon lointain.

¹⁸⁴ S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.76 et suiv.

¹⁸⁵ Il a été considéré que cette méthode est fondée sur le compromis. *Ibidem*.

l'entrée en vigueur du règlement (2).

1) La coopération vue comme la nature et l'objectif du régime de transition

661. La précédente analyse a montré les évolutions du régime transitoire, oscillant entre un régime donnant l'avantage à la Commission et un autre, octroyant une marge de manoeuvre plus importante aux États membres. *In fine*, il apparaît que c'est cette dernière configuration qui a été mise en place par la version finale du texte. En effet, les dispositions intégrationnistes du texte originel ont été éliminées,¹⁸⁶ laissant place à un régime plus équilibré de coopération caractéristique du modèle du réseau.¹⁸⁷ Cette méthode hybride, fondée sur le dialogue interinstitutionnel productif, marque la nature du régime de transition mis en place, en l'espèce, par ce règlement.¹⁸⁸

662. Cependant, la coopération est plus qu'une méthode. Elle est aussi un objectif et pourrait être l'objectif central de ce règlement. En effet, par ses travaux, la doctrine a mis en lumière la complexité des objectifs du règlement 1219/2012, le texte étant constitutif d'un instrument aussi bien juridique que politique. La Commission avait pris soin de souligner la nécessité d'assurer la sécurité juridique, ce qui justifiait selon elle l'élaboration d'un règlement à cet effet.¹⁸⁹ Tâchons de mettre en exergue un autre objectif, plus latent.

663. À lire certains auteurs, la protection de la sécurité juridique pourrait n'être qu'une visée de façade. Ainsi, il nous faut savoir si l'établissement d'un régime de coopération constitue le moyen permettant la réalisation de l'objectif annoncé ou l'objectif lui-même, ce dernier pouvant être la garantie du transfert effectif de la compétence. La question est fondamentale car de cette objectif découle l'avenir de l'approche européenne du droit des investissements internationaux.

664. La doctrine se demanda par-là si le règlement était l'instrument approprié pour assurer

¹⁸⁶ L'article 6 §1 d), laissant la possibilité à la Commission de retirer l'autorisation donnée si le Conseil ne lui accordait pas un mandat de négociation, ne semblait pas conforme à la répartition des compétences. Il aurait tout de même permis d'assurer la vélocité de la mise en place de la politique commune d'investissement. Voir A. Dimopoulos, *EU foreign investment law*, *op.cit.*, p.321.

¹⁸⁷ Il s'agirait de la seule voie qui permettrait non seulement la garantie de la sécurité juridique mais aussi un transfert graduel des compétences vers l'Union européenne. N. Lavranos, « New developments in the interaction between international investment law and EU law », *loc.cit.*, p.426.

¹⁸⁸ J.A. Maupin, « Where should Europe's investment path lead? Reflections on August Reinisch, "Quo vadis Europe ?" », *Santa Clara J. Int'l L*, n°1, vol.12, 2014, pp.183-222, p.221.

¹⁸⁹ La proposition de règlement précise que « toute insécurité juridique [...] doit être évitée » et qu'à cet effet, la sécurité juridique « ne saurait être assurée par des instruments non contraignants, tels qu'une déclaration des services de la Commission ou du Collège sur le statut et la validité des accords bilatéraux d'investissement. C'est la raison pour laquelle le recours à un instrument législatif a été privilégié ». COM(2010) 344 final, p.3.

la sécurité juridique.¹⁹⁰ Au-delà du style rédactionnel,¹⁹¹ le caractère trop intégrationniste de la proposition originelle a été souligné,¹⁹² qui favorisait l'essor de la future politique commune au détriment de la prise en compte des réelles problématiques.¹⁹³

665. Pire, la lutte contre l'insécurité juridique ne serait pas assurée, attendu que le régime mis en place souffrirait d'une précarité formelle et matérielle.¹⁹⁴ Le risque d'insécurité juridique aurait été aussi exagéré par la Commission européenne.¹⁹⁵ En effet, la non-satisfaction aux obligations de notification et de mise en conformité des instruments conventionnels au droit européen est dépourvue d'effet sur la validité des traités en droit international.¹⁹⁶ N'oublions pas également les clauses de survie et leurs effets.¹⁹⁷ Quant au système de liste, établi en résultat de l'obligation de notification, il est possible d'y voir un simple moyen de pression sur les États membres.¹⁹⁸ L'ensemble de ces éléments nous invite à soutenir que la coopération constitue l'objectif central du texte. Voyons désormais les modalités d'établissement d'un tel régime.

¹⁹⁰ Un auteur a proposé d'autres possibilités, comme d'abord la conclusion d'un accord-cadre entre l'Union et les États tiers, qui laisse la gestion des détails aux États membres de façon individuelle. L'adoption d'une approche personnalisée en fonction des pays tiers, ne réservant la conclusion d'un accord d'investissement à l'Union européenne que dans certains cas, aurait pu être envisagée, tout comme le recours à une décision du Conseil. Voir M. Burgstaller, « The future of bilateral investment treaties of EU member States », *loc.cit.*, p.68 et suiv.

¹⁹¹ Pour un auteur, la proposition de règlement est mal rédigée, de façon incohérente et adopte le point de vue selon lequel la Commission européenne possède une compétence exclusive, alors que ce n'est pas le cas. Voir J. Asmus Bischoff, « A little BIT mixed? - The EU external competences in the field of international investment law », *loc.cit.*

¹⁹² Le manque de précisions, à propos de la possibilité de retrait de l'autorisation par la Commission, a été souligné. La publication au journal officiel de l'autorisation n'aurait pas empêché de pouvoir retirer l'autorisation ultérieurement. *Ibidem.*

¹⁹³ N. Lavranos, « In defence of member States' BIT gold standard: the regulation 1219/2012 establishing a transitional regime for existing extra-EU BITs – a member State's perspective », *Transnational Dispute management*, vol.10, issue 2, march 2013, p.4.

¹⁹⁴ La précarité est matérielle, puisque le règlement poursuit le macrocosme d'accords et qu'une politique commune d'investissement nettement définie reste à élaborer. S'agissant de la forme, il manque un mécanisme pour qu'une autre institution de l'Union puisse réétudier le fondement juridique de la décision d'autorisation de la Commission. L'absence d'une date d'expiration du régime transitoire est préjudiciable pour les États membres et les particuliers. Il n'a pas été fait mention d'une telle date, à part dans le projet de rapport du Parlement européen qui proposait une expiration de l'application de règlement huit ans après son entrée en vigueur. Voir F. J. Pascual Vives, « Los acuerdos sobre promoción y protección recíproca de las inversiones extranjeras y el derecho de la Unión europea », *loc.cit.*, p.482 et suiv.

¹⁹⁵ Ainsi, « une insécurité juridique est suggérée alors qu'il ne devrait pas y en avoir ». Voir S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.70 ; A. Dimopoulos, *EU foreign investment law*, *op.cit.*, p.323.

¹⁹⁶ F.J. Pascual Vives, « Los acuerdos sobre promoción y protección recíproca... », *loc.cit.*, p.480 ; I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, « Competencia de la Unión Europea en materia de inversiones extranjeras... », *loc.cit.*, p.132 ; S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.69.

¹⁹⁷ Si la Commission retirait l'autorisation, en vertu des clauses de survie les droits des investisseurs ne seraient pas affectés. Voir S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.69.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p.70 et p.74.

2) L'établissement d'une structure de coopération

666. Si la coopération est l'objectif premier du règlement, elle n'est pas automatique une fois le règlement entré en vigueur. En ce sens, des oppositions et des individualismes peuvent voir le jour et fausser la coopération. S'agissant de l'attitude des États membres, leur résistance vis-à-vis de l'application du règlement est non seulement potentielle mais aussi attendue,¹⁹⁹ considérant les multiples obligations qui pèsent désormais sur eux. Le règlement s'impose également et de manière indirecte aux pays tiers,²⁰⁰ puisque la mise en conformité des TBI existants et futurs implique de nouvelles négociations.²⁰¹

667. D'importantes difficultés pourraient aussi remettre en cause le régime de coopération, qu'il s'agisse d'abord du procédé de modification des TBI. Il n'a pas été fait mention des obstacles liés aux procédés de renégociation. En ce sens, le Parlement européen « *constate que la négociation de traités bilatéraux d'investissement exige du temps ; invite la Commission à investir les moyens humains et matériels qui sont les siens dans la négociation et la conclusion d'accords d'investissements au niveau européen* ». ²⁰²

668. Les traités sont donc susceptibles de rester en vigueur tels quels, en raison de l'inertie des États membres. Un auteur prend pour exemple la majorité des accords étatiques dans le domaine des transports aériens, qui devaient être renégociés.²⁰³ Il semble donc que la mise en conformité des TBI extra-européens par la renégociation ne soit pas efficace. C'est ce qu'avait conclu la Cour de Luxembourg dans les arrêts en manquement contre la Suède et l'Autriche, alors que ces pays voyaient dans la renégociation un remède possible permettant la mise en conformité des accords.²⁰⁴

669. La possibilité théorique de conclusion par un État membre d'un nouveau TBI extra-européen sous l'égide de la Commission a été également considérée avec scepticisme.²⁰⁵ L'ensemble

¹⁹⁹ Pour une opinion contraire, voir A. Dimopoulos, *EU foreign investment law, op.cit.*, p.321.

²⁰⁰ F. J. Pascual Vives, « Los acuerdos sobre promoción y protección recíproca... », *loc.cit.*, p.485.

²⁰¹ A. Dimopoulos, *EU foreign investment law, op.cit.*, p.345.

²⁰² Voir résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, §16.

²⁰³ Voir A. de Mestral, « Is a model EU BIT possible - or even desirable ? » *Columbia FDI Perspectives*, n°21, March 24, 2010, p.2. Voir CJCE, 3 mars 2009, *Commission c/ Autriche* et *Commission c/ Suède*, point 39.

²⁰⁴ Voir CJCE, 3 mars 2009, *Commission c/ Autriche* et *Commission c/ Suède*, point 39.

²⁰⁵ S'agissant de la conclusion d'un nouveau TBI sous l'égide de la Commission par un État membre, il s'avère que, par le passé, cette autorisation des États membres de conclure de nouveaux accords dans un domaine de compétence devenu exclusif n'a été accordée que rarement. Voir A. Dimopoulos, *EU foreign investment law, op.cit.*, p.324.

de ces difficultés a été traduit par les vacillements relatifs à la durée de la période de transition, qui pourrait se poursuivre *sine die*.²⁰⁶

670. Les États membres semblent encore détenir l'avenir du droit matériel des investissements extra-européens, d'où la version finale du texte qui leur octroie une marge de manœuvre suffisante, pour minimiser le risque de leurs résistances et permettre un transfert effectif de compétence dans le temps.²⁰⁷ Sinon, leur abstention plus ou moins directe pourrait constituer un obstacle au développement et à la mise en œuvre de la politique commune d'investissement. Elle aboutirait à la multiplication des négociations des accords d'investissement, au sein de laquelle les États membres auraient l'avantage.²⁰⁸

671. La réussite de ce régime de coopération dépend donc, en large partie, de l'établissement d'un compromis parmi la divergence des intérêts des divers acteurs. La Commission doit donc selon le règlement temporairement avec les États membres, en vertu d'une méthode devant passer par le stade de la coopération avant de viser la centralisation des compétences au sein de la Commission européenne. En réalité, c'est une longue période de transition qui attend cette dernière,²⁰⁹ pour que la compétence soit effectivement transférée et les instruments conventionnels existants modifiés puis remplacés.

B. La portée limitée du régime transitoire instauré par le règlement N°1219/2012

672. Intéressons-nous en dernier lieu aux lacunes du texte. La démarche de la Commission

²⁰⁶ Cette période de transition n'est en aucun cas une indication d'expiration., d'où l'insécurité juridique persistante qui en résulte. Pour un auteur, la proposition du projet de rapport Schylter de clore le régime de transition après huit ans était « irréaliste ». N. Lavranos, « Member States' bilateral investment treaties (BITs): lost in transition? », *loc.cit.*, p. 289. Comme le rappelle le projet de rapport de la commission du commerce international, en justification de son introduction d'une échéance de huit ans, « *Faute d'une échéance, le règlement rendrait possible l'émergence de régimes d'investissement parallèles et potentiellement incompatibles, ce qui accroîtrait l'incertitude juridique.* » Amendement 6 du projet de rapport de la commission du commerce international du Parlement européen du 11 novembre 2010.

²⁰⁷ Ce point a été souligné par la communication de 2010 qui déclare que « *les États membres conserveront une marge de manœuvre suffisante pour concevoir et mettre en pratique des politiques destinées à encourager les investissements, qui compléteront la politique commune en matière d'investissements internationaux et trouveront naturellement leur place à ses côtés. En règle générale, une politique commune nécessitera non pas moins, mais plus de coopération et de coordination entre l'Union et les États membres* ». COM (2010) 343 final, p.12.

²⁰⁸ En effet, les pays tiers pourraient préférer la renégociation d'un TBI avec un État membre, plutôt que de se lancer dans de nouvelles négociations avec la Commission européenne. Voir S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.66.

²⁰⁹ De l'avis d'un auteur, la période de transition ne devrait pas être aussi longue que celle initiée par la décision du Conseil 69/494/EEC dans le domaine commercial, qui a duré trente ans. Voir A. Dimopoulos, *EU foreign investment law*, *op.cit.*, p.321 et suiv.

apporte peu de réponses à deux problématiques qui pourraient constituer de véritables obstacles à l'édification d'une politique commune d'investissement. Le premier tient au champ d'application *ratione materiae* du règlement dont sont exclus les TBI intra-européens (1). Le second a trait à la résolution de différends entre les États membres et la Commission européenne, à propos de l'application du règlement instaurant un régime de coopération (2).

1) Exclusion des TBI intra-européens

673. Le règlement exclut de son champ d'application *ratione materiae* les TBI intra-européens.²¹⁰ Il faut rappeler en ce sens que l'existence de ces traités, au sein de l'ordre juridique européen, est remise en cause par la Commission européenne qui a initié des recours en manquement le 8 juin 2015. Elle souhaite en conséquence qu'ils soient dénoncés.²¹¹ Dans l'attente d'une décision de la CJUE,²¹² il conviendrait de s'en tenir à la sentence arbitrale *Electrabel*,²¹³ dont la portée a été de faire prévaloir les exigences du droit européen sur les obligations imposées à l'État membre hôte par le Traité sur la Charte de l'énergie. Le droit européen pourrait donc également à l'avenir prévaloir sur les TBI intra-européens devant les tribunaux arbitraux. Quelles sont à présent les possibilités dont dispose la Commission vis-à-vis de ces traités ?

674. Notons d'emblée qu'elles apparaissent très réduites. L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne n'est, en elle-même, pas suffisante pour remettre en cause la validité, en droit international, des TBI intra-européens dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Durant un temps, leur cas n'a pas fait l'objet d'une initiative particulière allant au-delà la participation de la Commission aux instances arbitrales en tant qu'*amicus curiae*.²¹⁴

675. La position de la Commission a évolué, puisque dans l'affaire *Micula*, elle est intervenue à la suite du prononcé de la sentence arbitrale condamnant la Roumanie au paiement d'une indemnité de compensation. Elle a ainsi fait suspendre l'exécution de la sentence arbitrale qui,

²¹⁰ Le considérant 15 du règlement N°1219/2012 précise que « les accords conclus entre États membres en matière d'investissement ne sont pas couverts par le présent règlement ».

²¹¹ L'exhortation n'a pas eu l'effet escompté sur les États membres. Le *World Investment Report* de 2010 citait la République tchèque, la Roumanie et la Hongrie comme États membres souhaitant terminer ou renégocier leurs TBI intra-européens. Le nombre de ces instruments conventionnels augmentera avec les prochaines adhésions, comme c'est le cas de la Croatie. Voir UNCTAD, *World investment report 2010*, Geneva and New York, 2010, p.86.

²¹² I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, « Los APPRI en la Unión Europea post-Lisboa », *loc.cit.*, p.791.

²¹³ CIRDI, *Electrabel SA c. République de Hongrie*, 30 novembre 2012, aff No. ARB/07/19.

²¹⁴ Un auteur remarque que le Traité de Lisbonne procède à une modification de l'article 60 §1 du TFUE, supprimant la référence aux États tiers, ce qui signifierait que les TBI intra-européens seraient visés par la Commission. Voir M. Burgstaller, « The future of bilateral investment treaties of EU member States », *loc.cit.*, p.76.

selon elle, est équivalente à une aide d'État prohibée par le droit européen.²¹⁵ Elle a par la suite engagé des recours en manquement contre cinq États membres afin qu'ils mettent fin à leurs TBI intra-européens.

676. Rappelons cependant qu'en vertu des clauses de survie la validité de ces TBI se poursuit jusqu'à leur extinction, ce qui amène à soutenir que leur futur rôle dans la construction de la politique commune d'investissement doit être souligné.²¹⁶

677. L'action des États membres, sur autorisation de l'Union européenne, vis-à-vis de leurs TBI extra-européens est autonome.²¹⁷ Ce n'est pas le cas pour leur action quant aux TBI intra-européens. Ceux-ci régulent une matière relevant du marché intérieur qui est un domaine partagé de compétence. En conséquence, l'action des États membres est en théorie dictée par l'intérêt européen et doit se dérouler pour le compte de l'Union.²¹⁸ En attendant le non-renouvellement de ces accords, une solution médiane serait l'insertion de clauses de déconnexion, précisant que le droit européen s'applique en priorité et qu'il sera fait référence au droit conventionnel international uniquement s'il n'existe pas de dispositions équivalentes.²¹⁹

678. Ainsi, des solutions sont à envisager de la part des instances européennes, bien qu'elles ne soient pas entièrement satisfaisantes. Plutôt que de prôner l'extinction des TBI intra-européens par une attitude de rejet, il serait souhaitable, tout comme les TBI extra-européens, de reconnaître leur validité et d'encadrer leur mise en conformité avec le droit européen. Les conflits d'obligations, soulevés devant les tribunaux arbitraux intra-européens, seraient ainsi résolus d'une manière préventive. Il est cependant improbable que la Commission s'engage sur une telle voie.

²¹⁵ Voir la décision C(2014) 3192 final du 26 mai 2014, adoptée dans l'affaire d'aide d'État S.A. 38517 (2014/NN).

²¹⁶ *Ibidem*. La question de la nature spécifique de ce rôle reste à déterminer. Il sera suggéré en partie 2 que ces TBI ont permis à la Commission européenne de se rapprocher, en tant qu'*amicus curiae*, du fonctionnement de l'arbitrage d'investissement.

²¹⁷ Ainsi, les États membres agissent en leur nom propre, non celui de l'Union. Voir E. Neframi, *L'action extérieure de l'Union européenne...*, *op.cit.*, p.131.

²¹⁸ Toutefois, cette *actio pro communitate* ne semble pas d'une grande portée sur leur comportement. Voir J.P. Terhechte, « Art. 351 TFEU, the principle of loyalty and the future role of member States' bilateral investment treaties », *loc.cit.*, p.88.

²¹⁹ E. Neframi, « La répartition intra-communautaire des compétences et les États tiers sous le prisme de la clause de déconnexion », *Revue hellénique de droit international*, vol.61, 2008, pp.477-497.

2) Résolution d'un différend entre un État membre et la Commission européenne au sujet de l'application du règlement N°1219/2012

679. Le travail d'édification de la politique commune d'investissement a pour meilleur point d'appui l'unité de l'action liant la Commission aux États membres. En tant que vecteur de cohérence, le règlement 1219/2012 ouvre, dès son entrée en vigueur et en principe, un régime dont les effets sont contraignants vis-à-vis des États membres.²²⁰ Ils doivent donc agir en fonction du principe de coopération loyale, qui apparaît consolidé par le Traité de Lisbonne.²²¹ Pourtant, il est probable que l'attitude des États membres s'inscrive dans une relative résistance vis-à-vis du régime imposé par le règlement, comme cela a été le cas lors des précédents transferts de compétence, comme par exemple en matière de transport aérien.²²²

680. Les risques de survenance d'un conflit, à propos de l'application du règlement, sont donc réels, bien qu'ils aient été fortement réduits par l'action du Conseil. En effet, un auteur remarque que l'instauration du système de remplacement a pu éviter un grand nombre de différends. De même, la proposition de règlement était moins précise sur le sort des TBI devant être négociés *a posteriori* de l'entrée en vigueur du règlement.²²³

681. Les conflits viseraient avant tout l'identification des incompatibilités devant être éliminées. S'agissant d'abord des accords existants, la définition du critère de l'obstacle sérieux de l'article 5 qui règlement 1219/2012 pourrait être source de tensions. On rappelle qu'en vertu de cet article, « *la Commission peut évaluer si une, deux ou plusieurs des dispositions des accords bilatéraux d'investissement notifiés en vertu de l'article 2 constituent un obstacle sérieux à la négociation ou à la conclusion par l'Union d'accords bilatéraux d'investissement avec des pays tiers* ».

682. Il en va de même pour la conception des mesures appropriées à prendre par les États

²²⁰ L'article 17 du règlement 1219/2012 précise que « *Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre* ».

²²¹ Un tel effet a été recherché par la généralisation du principe à l'article 4 §3 du TUE, visant la réalisation de l'ensemble des objectifs de l'Union. La cohérence désirée par le biais du devoir de coopération loyale irait au-delà de l'élimination des contradictions, pour viser la complémentarité des actions des instances européennes et des États membres. Ces derniers, peu importe le caractère exclusif ou non de la compétence de l'Union en matière d'IDE, doivent agir selon le principe de coopération loyale. L'Union européenne aurait donc la priorité s'agissant de la conclusion des accords d'investissement, même si les négociations entre l'État membre et le pays tiers précédaient l'attribution du mandat de négociation par le Conseil à la Commission. Voir CJCE, 10 mars 2005, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-531/03, points 66-71.

²²² S. El Boudouhi, « L'avenir des traités bilatéraux d'investissement conclus par les États membres... », *loc.cit.*, p.96.

²²³ Voir A. Dimopoulos, *EU foreign investment law, op.cit.*, p.323. Voir COM(2010) 344, considérant 7.

membres en vertu de l'article 6 pour que les accords notifiés ne constituent pas un obstacle sérieux à la négociation des futurs accords. Lors de la modification des TBI existants et de la conclusion des futurs TBI par les États membres sous l'égide de la Commission européenne, les différends pourraient être liés au devoir général d'information et empêcher la signature des futurs accords, en vertu d'un résultat des négociations jugé incompatible avec le droit européen.

683. En cas de survenance avérée d'un différend à propos de l'obligation de coopération relative aux TBI existants, le règlement prévoit spécifiquement le recours à la consultation, en vertu de son article 6 §2, qui dispose que « *si la Commission constate qu'une, deux ou plusieurs des dispositions d'un accord bilatéral d'investissement notifié en vertu de l'article 2 constituent un obstacle sérieux à la négociation ou à la conclusion par l'Union d'accords bilatéraux d'investissement avec des pays tiers, dans la perspective du remplacement progressif des accords bilatéraux d'investissement notifiés en vertu de l'article 2, la Commission et les États membres concernés engagent rapidement des consultations et coopèrent en vue de déterminer les mesures appropriées pour résoudre cette question. La durée de ces consultations ne peut excéder quatre-vingt-dix jours.* » S'agissant de l'obligation générale d'élimination des incompatibilités, en cas d'échec de la procédure de coopération, il est prévu que la Commission puisse initier une procédure d'infraction contre un État membre, par le biais de l'émission d'un avis motivé.²²⁴ L'État membre pourrait quant à lui initier un recours en annulation sur la base de l'article 263 du TFUE, en soutenant que la Commission européenne a commis une erreur d'évaluation,²²⁵ ce qu'il appartiendra à la CJUE de trancher.

²²⁴ Le considérant 11 rappelle que « *La mise en œuvre du présent règlement devrait être sans préjudice de l'application de l'article 258 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en ce qui concerne les manquements des États membres aux obligations qui leur incombent en vertu du droit de l'Union.* » Voir COM(2010) 344.

²²⁵ La Commission doit notamment émettre une décision, si elle n'accorde pas l'autorisation de signer et de conclure un nouveau TBI, en énonçant les motifs, article 11 §8, *ibid.* La force juridique de cette décision reste problématique.

Conclusion du chapitre 1

684. Au sortir de l'étude des fondements de la politique européenne d'investissement, il est loisible de constater que l'Union européenne dispose désormais des outils dont elle manquait avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, pour devenir un acteur mondial agissant en matière d'investissement étranger. Elle bénéficie tout d'abord d'une base légale pour la conclusion des futurs accords d'investissement, dont la portée, au-delà des débats, devrait être clarifiée par la pratique et possiblement par la Cour de justice. Retenons donc que l'Union européenne possède désormais la capacité conventionnelle en matière d'investissement international.

685. S'agissant des accords existants et de la nécessaire instauration d'une période de transition, le Règlement N°1219/2012 permet à la Commission européenne de mettre en conformité avec le droit européen les accords conclus par les États membres. Ces initiatives ne doivent toutefois pas faire oublier le rôle des États membres dans la construction de la politique d'investissement, que ce soit lors de la conclusion de nouveaux accords selon un mode mixte ou à propos la coopération qui s'établit entre eux et la Commission européenne pour la gestion des accords existants. Les États membres poursuivent d'ailleurs la conclusion de TBI avec l'autorisation de la Commission européenne, comme c'est le cas de la France.²²⁶

686. L'avenir du droit matériel des investissements internationaux semble donc être européen. Après les échecs liés aux tentatives de multilatéralisation, l'Union européenne pourrait apporter à cette problématique des réponses. Mais au-delà de la participation des institutions régionales dans le mode de négociation et de conclusion des accords, comment l'Union européenne va-t-elle influencer sur le contenu du droit matériel des investissements internationaux ? Quelles innovations est-elle en mesure d'apporter ? Analysons désormais ce thème.

²²⁶ Voir l'Accord de protection réciproque des investissements entre la France et la Colombie, signé le 10 juillet 2014.

Chapitre 2. Le futur européen du droit matériel des investissements internationaux

687. D'un point de vue plus prospectif, passons à l'étude de l'avenir européen du droit matériel des investissements internationaux maintenant que l'Union européenne dispose d'une base légale lui permettant en théorie de mettre en oeuvre le processus d'eupéanisation. Une double nouveauté pourrait en découler. En plus de la vraisemblable arrivée des institutions européenne au sein du mode de négociation et de conclusion des futurs accords d'investissement selon une modalité devant être précisée, l'organisation régionale pourrait influencer sur le contenu des sibyllines dispositions de ces accords.

688. En vertu des fondements de la politique commune *in statu nascendi*, la mise en compatibilité du contenu des TBI extra-européens au regard du droit européen a été lancée, de même que leur remplacement par des accords conclus avec la participation de l'Union européenne.²²⁷ L'analyse tentera donc de discerner les effets provoqués d'abord par l'annonce de la nouvelle compétence européenne, puis par l'entrée en vigueur du règlement N°1219/2012, sur la qualité de signataire des futurs accords d'investissement et sur le droit matériel qu'ils contiendront. La question de l'identité de ces futurs traités, de leurs signataires et de leur contenu est donc posée.

689. Afin d'y répondre, il conviendra de réfléchir à l'avenir européen du droit matériel des investissements internationaux, en premier lieu à partir d'une perspective théorique laissant ressortir de larges possibilités d'évolution (**Section 1**). Celles-ci seront par la suite confrontées à un perspective plus pratique, dévoilant les traits du droit matériel des investissements extra-européens (**Section 2**).

Section 1. Étude théorique des opportunités d'évolution du droit matériel des investissements internationaux

690. Les opportunités théoriques d'évolution du droit matériel des investissements internationaux sont nombreuses. La récente effervescence de ce droit, ayant débuté il y a environ une quinzaine d'années, a révélé la signification et la portée des dispositions contenues dans les instruments conventionnels, puis une nécessité de procéder à des modifications. Ainsi,

²²⁷ L'action de la Commission vise le remplacement d'environ 1300 instruments conventionnels conclus par les États membres par 175 accords. Voir M. Bungenberg, « Centralizing European BIT making under the Lisbon treaty », Draft to be presented at the 2008 biennial interest group, Washington DC, 2008, p.2.

indépendamment de l'arrivée de l'Union européenne en la matière, l'opinion générale est que le droit matériel des investissements internationaux doit évoluer d'une manière globale (**Paragraphe 1**).

691. Cet impératif d'évolution invite à considérer, *de lege ferenda*, le contenu en droit matériel des futurs accords d'investissement possiblement conclus par l'Union européenne, mais aussi celui des TBI extra-européens placés désormais sous la surveillance de la Commission européenne sur le fondement du règlement N°1219/2012. En écartant temporairement la problématique du mode de conclusion des futurs accords, l'exercice devra être conduit aussi bien en s'inspirant des meilleures pratiques, parmi les divers modèles d'accords internationaux d'investissement dans le monde, qu'en prenant en compte la nécessité de se conformer au droit européen (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. La nécessité d'évolution du droit matériel des investissements internationaux

692. Le droit des investissements internationaux est, dans sa totalité, en mutation.²²⁸ Il subit une « crise de croissance »²²⁹ qui remet en cause son bien-fondé et implique une phase de réexamen de ses principes fondamentaux. Avant même d'être relatives au mode de règlement des différends, les observations visent en premier lieu les dispositions de droit matériel portées par les instruments conventionnels. Il est majoritairement reconnu par la doctrine, les États hôtes des investissements et la société civile internationale que ceux-ci doivent être révisés. Ainsi, il existe une nécessité mondiale d'évolution du droit matériel des investissements internationaux (**A**).

693. C'est dans ce contexte agité qu'intervient la Commission européenne. Elle devrait alors tenter de renouveler la matière, en plus de devoir mettre en conformité le droit matériel des investissements extra-européens avec les exigences du droit européen. Cette action traduit la nécessité régionale d'évolution du droit matériel des investissements internationaux (**B**).

A. Une nécessaire évolution générale

694. Il faut agir vite. Certains pays hôtes des investissements étrangers ont souhaité se retirer du système de protection des investissements internationaux incarné par le CIRDI. Nous y reviendrons. D'autres ne souhaitent pas renouveler leurs TBI ou engagent des procédures de

²²⁸ A. Reinisch, *Recent developments in international investment law*, *op.cit.*, p.73.

²²⁹ Y. Fortier, « Investment and the rule of law: change or decline ? », *loc.cit.*, p.133.

dénonciation.²³⁰ D'autres désirent se départir du mode de résolution des différends relatifs aux investissements étrangers, en dénonçant la Convention de Washington portant création du CIRDI.²³¹ Les États d'origine des investissements sont donc invités à réagir promptement, en proposant des réformes de grande ampleur de leurs instruments conventionnels.

695. La justification de ces pays est peu ou prou la même, à savoir la carence d'équilibre entre les intérêts publics et privés que le droit matériel des investissements internationaux ne parviendrait pas à combler. Afin de comprendre pourquoi, il faudra s'intéresser aux origines de l'objectif de protection tel qu'assuré par ce droit **(1)**. Celui-ci a pu conduire au déséquilibre actuel au sein des intérêts des divers acteurs du droit matériel des investissements internationaux **(2)**. Le contenu des TBI n'aurait guère évolué depuis, alors même qu'un changement contextuel l'imposerait. Ces instruments conventionnels sont alors au centre de nombreuses critiques **(3)**.

1) Les origines de la protection du droit matériel des investissements internationaux

696. Déterminer les origines de l'objectif de protection des investissements, influençant encore de nos jours d'une manière cardinale le droit matériel des investissements internationaux, invite à se souvenir que ce pan du droit international économique est lui-même issu du droit de la condition des étrangers.²³² Rappelons que l'admission des étrangers sur le territoire national est un domaine de compétence discrétionnaire de l'État.²³³ Le droit international coutumier n'a vocation à limiter l'exercice de la souveraineté étatique qu'une fois l'étranger admis sur le territoire. La question de la portée du traitement accordé à cet étranger admis, étendu à ses biens, a été l'objet de débats.

697. Un conflit est né sur la portée de ce traitement, lors de l'acquisition du statut

²³⁰ À titre d'exemple, l'Afrique du Sud a fait part son refus de renouveler les TBI existants avec une douzaine d'États membres de l'Union européenne, notamment celui conclu avec l'Union Belgo-luxembourgeoise. Voir P. Leon, J. Veeran & E. Warmington, « South Africa declines to renew Bilateral Investment Treaties with European Union Member States », *Mondaq*, 05 October 2012.

²³¹ Il s'agit de l'Équateur, de la Bolivie et du Vénézuéla. L'Argentine pourrait faire de même. Le pays a déjà annoncé, comme l'Australie ou l'Inde en 2012, qu'il ne souhaite plus être lié à la procédure d'arbitrage investisseur-État. Voir S. Manciaux, « La Bolivie se retire du CIRDI », *Rev. arb.*, n°2, 2007, pp.351-358.

²³² Voir D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, loc.cit., p.432 et suiv. ; A. P. Newcombe et L. Paradell, *Law and practice of investment treaties : standards of treatment*, Kluwer, 2009, pp.3-18.

²³³ K.J. Vandeveld, « A brief history of international investment agreements », in *University of California at Davis journal of international law and policy*, vol.12, 2005, pp.157-194, p.159.

d'indépendance des premières colonies.²³⁴ La question était de savoir si l'étranger et ses biens sur un territoire étranger devaient se voir appliquer le standard de traitement national ou le standard minimum international.²³⁵ Ce dernier vise la garantie générale du respect des droits fondamentaux de la personne par les États hôtes, en palliant les insuffisances de certains systèmes juridiques et en protégeant les étrangers contre les traitements arbitraires.²³⁶ Il est à l'origine de l'actuel degré de protection élevé accordé aux investissements internationaux.

698. La portée de ce standard a été débattue dans le cadre des expropriations liées aux révolutions russe et mexicaine. Pour le Secrétaire d'État américain Cordell Hull, pour être légale une expropriation devait, en vertu du standard minimum international, donner lieu à compensation « prompte, adéquate et juste », opinion non partagée par son homologue Eduardo Hay.²³⁷ Les États d'origine des investissements ont eu recours à la voie conventionnelle bilatérale, afin de s'assurer du respect de cette formule à valeur coutumière et plus largement de la protection de leurs biens – qui ont alors pris la dénomination d'investissement – par la force du droit des traités.²³⁸

699. Ainsi, les pays importateurs d'investissement ont accepté de s'engager conventionnellement à ne pas porter atteinte aux investissements étrangers sur leur territoire, dans un contexte qui était favorable à la signature de tels traités.²³⁹ Toutefois, la question de la protection a perdu de sa pertinence à partir de la chute des régimes communistes au début de la décennie 90.

²³⁴ Il est donc loisible de rattacher l'origine du droit des investissements – tel que nous le connaissons aujourd'hui avec les TBI – aux relations entre les États-Unis et les pays d'Amérique Latine. Voir M. Sornarajah, *The international law on foreign investment, op.cit.*, p.19 et suiv.

²³⁵ Le point opposa spécifiquement le juriste argentin Carlos Calvo, partisan de l'application du standard de traitement national à l'étranger et à ses biens sur le territoire de l'État hôte, à Elihu Root, défendant le recours au standard minimum international.

²³⁶ La portée de ce standard n'est pas aisée à déterminer. Voir Commission des réclamations, *Neer (États-Unis d'Amérique c. Mexique)*, 15 octobre 1926 ; CIRDI, *Mondev International Ltd c. États-Unis d'Amérique*, aff. N°ARB (AF)/00/1, 9 janvier 2003, §116. En écho aux origines du droit des investissements fondées sur le droit de la protection des étrangers, des parallèles ont été établis entre les TBI et les conventions visant à protéger les droits de l'homme.

²³⁷ Voir S.P. Sudebi, *International investment law...*, *op.cit.*, p.16 et suiv.

²³⁸ Ce sont ainsi les décolonisations du XXe siècle, les problèmes liés aux successions d'États et aux dettes publiques ainsi que la délimitation des droits économiques des États qui « ont achevé de convaincre de la nécessité théorique et pratique d'une construction conceptuelle de la notion juridique d'investissement international séparée de celle de bien. » M. Sinkondo, « Un élixir de sagesse pour une vieille canaille : La notion d'investissement saisie par le droit international », *loc.cit.*, p.4.

²³⁹ Autant les États exportateurs qu'importateurs de capitaux avaient besoin d'un cadre juridique stable et l'offre et la demande d'investissement étaient présentes. Cette dynamique a conservé sa pertinence jusqu'en 1985, dans un contexte de dirigisme étatique qui considérait les TBI comme un instrument de politique commerciale Nord-Sud. Voir P. Juillard, « Bilateral investment treaties in the context of investment law », in OECD, *Investment compact regional roundtable on Bilateral Investment Treaties for the protection and promotion of foreign investment in South East Europe*, Dubrovnik, Croatia, 28-29 May 2001, p.1 ; P. Kahn, « Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'État d'accueil » (table ronde), in C. Leben (dir), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Paris, LGDJ, coll. Anthémis, 2006, pp.185-202, p.193.

Cette nouvelle configuration a en effet permis le décollage d'une discipline muée en droit de la mondialisation, ce qui s'est traduit par l'augmentation des TBI conclus, l'arrivée de nouveaux États en tant que signataires de tels instruments conventionnels et l'accent mis sur la problématique de la libéralisation des investissements.

700. Récemment, la mondialisation a procédé à une mise en concurrence des divers territoires récepteurs d'investissement. Les États hôtes, parmi lesquels des États développés, se sont alors lancés dans une quête d'attraction des investissements étrangers, qui pourrait écartier d'elle-même le risque de déni de justice. Désormais donc, la protection contre les risques politiques ne serait plus la problématique fondamentale du droit des investissements internationaux. Celui-ci aurait désormais pour visée la libéralisation des investissements étrangers, selon un modèle proche des échanges commerciaux de l'OMC.

2) La problématique de l'équilibre conventionnel parmi les intérêts des États parties

701. L'objectif de protection marque de son empreinte le contenu des TBI. Une absence de symétrie parmi les droits et obligations des États parties aux traités est à constater. Elle est admise par l'ensemble des acteurs et des spécialistes de la matière et se situe en premier lieu dans les dispositions de droit matériel du système conventionnel.²⁴⁰ En ce sens, un auteur des plus autorisés remarque que celui-ci, qui « n'a jamais prétendu être équilibré »,²⁴¹ est fondé sur des conventions dont le contenu traduit un certain déséquilibre,²⁴² en résultat des négociations des TBI qui ont été à la faveur des États développés.²⁴³

702. En conséquence, l'application de la maxime *in medio stat virtus* au contenu des traités est devenue l'une des questions centrales de la discipline.²⁴⁴ Cette dernière a, à l'origine, des liens de voisinage avec le droit au développement, qui n'a pas pu s'extirper du statut de droit mou.²⁴⁵ De

²⁴⁰ P. Juillard, « Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger... », *loc.cit.*, p.191 ; M.-Á. Michinel Álvarez, « Inversiones extranjeras y sostenibilidad », *AEDIPr*, t.X, 2010, pp.319-338, p.321.

²⁴¹ P. Juillard, *ibidem*, p.190.

²⁴² Un auteur affirme que le droit des investissements internationaux est « déséquilibré tantôt au profit de l'investisseur, tantôt au profit de l'État, en raison d'une mauvaise rédaction fréquente des traités bilatéraux et multilatéraux relatifs aux investissements ». Voir P. Mayer, « Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger... », *loc.cit.*, p.195.

²⁴³ B. Stern, « Compte rendu de la table ronde », in SFDI, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à un autre ?*, *op.cit.*, pp.87-95, p.93.

²⁴⁴ A. von Walter, « Balancing investor's and host States' rights – What alternatives for treaty makers? » in M. Bungenberg *et al.* (eds), *European yearbook of international economic law...*, *op.cit.*, pp.140-143.

²⁴⁵ L'effet non contraignant du droit au développement contraste très fortement avec la puissance du droit des

multiples initiatives ont été lancées par la suite, pour tenter d'intégrer les principes du droit au développement au sein des TBI,²⁴⁶ après que les effets des investissements étrangers sur l'économie des États hôtes ont été remis en cause.²⁴⁷

703. Pour rétablir l'équilibre conventionnel, la conclusion d'un accord global contraignant, qui ferait la synthèse entre la promotion et la garantie des investissements étrangers, d'une part, et du développement durable, d'autre part, a été proposée. Il réintroduirait la défense des intérêts publics au sein de son contenu.²⁴⁸ Par ailleurs, un procédé de rééquilibrage, qui pourrait être mené via une relecture du droit matériel des investissements internationaux à travers le prisme du droit public,²⁴⁹ permettrait à ce droit de retrouver la pertinence et la légitimité qu'il a pu perdre face aux récentes métamorphoses du contexte économique et politique mondial.

3) Les critiques visant les modèles existants de TBI

704. Le déséquilibre conventionnel est incarné par l'instrument par excellence du droit des investissements extra-européens, à savoir les TBI conclus par les États membres. La controverse aurait ainsi pour origine la généralisation du bilatéralisme ayant permis le développement phénoménal de la matière, sous la forme d'une « révolution silencieuse ».²⁵⁰ Ces accords ont été conçus *ab initio* comme des instruments de politique commerciale Nord-Sud au sein de leurs dispositions les investisseurs n'ont pas de devoirs équivalents à ceux des pays en développement. Ce constat avait été justifié à l'époque par la mise en place d'un système parallèle d'aide au développement.²⁵¹

investissements internationaux. D'aucuns rappellent que la participation au développement est l'un des critères d'identification d'un investissement, bien qu'il reste controversé. Voir M. Sornarajah, « A law for need or a law for greed? : Restoring the lost law in the international law of foreign investment », *Int. Environ. Agreements- politics law and economics*, vol.6, n°4, 2006, pp.329-357.

²⁴⁶ Les difficultés à trouver cet équilibre ont été révélées lors des tentatives de multilatéralisation. L'AMI s'est révélé être un échec. Quant aux négociations dans le cadre de l'OMC, elles ont échoué, une nouvelle fois à cause des intérêts opposés des États.

²⁴⁷ Les signataires de la Déclaration publique sur le régime d'investissement international du 31 août 2010 rappellent que « l'investissement étranger peut avoir des effets néfastes tout autant que bénéfiques » et que les interprétations des TBI par les arbitres « font prévaloir les droits de propriété et les intérêts économiques des corporations multinationales sur le droit des États de réglementer pour le bien-être de la société et sur le droit des peuples à l'autodétermination ». Voir les points 3 et 5 de la déclaration.

²⁴⁸ Voir le modèle d'accord sur l'investissement pour le développement durable (IIDD), par Howard Maan, Konrad von Moltke, Luke Eric Peterson, Aaron Cosbey, avril 2005.

²⁴⁹ S.W. Schill, « The public law challenge: killing or rethinking international investment law? », *Columbia FDI Perspectives*, n°58, January, 2012; D. Kalderimis, « Investment treaties and public goods », *Transnational Dispute Management*, 2010.

²⁵⁰ S.P. Sudebi, *International investment law...*, *op.cit.*, p.32.

²⁵¹ P. Kahn, « Compte rendu de la table ronde », in SFDI, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à un autre ?*, *op.cit.*, pp.87-95, p.92 ; Voir R. Preiswerk, *La protection des investissements privés dans*

705. De nos jours, les TBI sont au centre de toutes les attentions, à un tel point que l'on peut parler d'une « crise » concernant les quelque 3000 accords bilatéraux d'investissement mondiaux. Cette crise se manifeste par des réactions de rejet du système établi, via des dénonciations ou la création d'unions régionales.²⁵² La raison à cela est que les TBI sont les « derniers vestiges » du laissez-faire libéral au sein du droit international économique,²⁵³ qui sont devenus obsolètes en conservant comme trait saillant la coopération Nord-Sud. Leur laconisme quant à la protection des intérêts des pays récepteurs a aussi été évoqué.²⁵⁴

706. Les effets des TBI ont été également discutés. Il apparaît d'abord que le cadre juridique protecteur qu'ils procurent n'est qu'un élément parmi tant d'autres d'attraction des IDE.²⁵⁵ Pire, leurs effets sur la promotion sont contestés par plusieurs études.²⁵⁶ De nombreux efforts ont été envisagés pour améliorer le contenu des TBI, en mettant l'accent sur le développement durable,²⁵⁷ comme cela a été le cas dans les modèles de TBI américain et canadien.²⁵⁸ Des initiatives similaires sont

les traités bilatéraux, Zurich, éd. Polygraphiques, 1963, p.16.

²⁵² C'est le cas de l'*Alianza Bolivariana*, qui prône un retour à l'application du traitement national à l'investisseur étranger.

²⁵³ C. Titi, « EU investment agreements and the search of a new balance... », *loc.cit.*, p.1.

²⁵⁴ Ces caractéristiques sont particulièrement marquées au sein du contenu des TBI extra-européens, alors que les initiatives américaines ont largement pris en compte ces critiques.

²⁵⁵ Sont aussi pris en compte la stabilité macroéconomique, les infrastructures, le prix du sol, les formalités à effectuer pour l'achat ou la création d'entreprises, les salaires, le droit social, la taille et la croissance du marché. En ce sens, il est constaté que « les considérations économiques sont cruciales et, en effet, essentielles dans le processus menant à la décision d'investissement. Les investisseurs investissent sur la base des considérations économiques, non des considérations juridiques. Les considérations juridiques, toutefois, si elles ne jouent pas un rôle d'incitation, peuvent jouer un rôle dissuasif ». Voir P. Juillard, « Bilateral investment treaties in the context of investment law », *loc.cit.*, p.1.

²⁵⁶ Ces études affirment que seuls les accords de libre-échange ont un effet de promotion sur les investissements, grâce à la rédaction détaillée de leurs dispositions prenant en compte l'intérêt public et la libéralisation des investissements. Voir J. Salacuse & N. Sullivan, « Do BIT really work? An evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain », *Harvard journal of international law*, vol.46, 2005, pp.67-136; S.S. Guerin, « Do the European Union's bilateral investment treaties matter? », CEPS Working Document No.333, July 2010, disponible à <http://www.ceps.eu/ceps/download/3629> ; J. Chaisse and C. Bellak, « Do bilateral investment treaties promote Foreign Direct Investment ? Preliminary reflections on a new methodology », *Transnational Corporations Review*, vol.3, n°4, 2011, pp.3-11.

²⁵⁷ La CNUCED a distingué les accords prônant la liberté des investissements de ceux favorisant le développement durable, pour que naisse un droit des investissements « de qualité » à la lumière de la durabilité. A. Caliarì, « Le cadre de la CNUCED pour une politique d'investissement au service du développement durable : son potentiel et ses problèmes », *Investment Treaty News*, n°2, vol.3, janvier 2013, pp.10-11 ; K. Fack Gómez, « Construyendo un nuevo derecho internacional de las inversiones : las propuestas del instituto internacional para el desarrollo sostenible », *REEI*, n°18, 2009, pp.1-36 ; M.-Á. Michinel Álvarez, « Inversiones extranjeras y sostenibilidad », *loc.cit.*, p.321.

²⁵⁸ Dans leurs modèles de 2004 puis de 2012, les États-Unis et le Canada ont inséré des dispositions sur la promotion du développement durable, qui prennent en compte l'environnement et le droit du travail. Ceci a permis, selon le Parlement européen, de « limiter la capacité d'interprétation de l'arbitrage et [d']assurer une meilleure protection de leur espace d'intervention publique » qui avait été remise en cause dans des sentences rendues sur le fondement de l'ALENA. Voir P. Juillard, « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements », *AFDI*, vol.50, 2004, pp.669-682, p.672 ; résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, considérant H ; A. de Mestral & C. Lévesque (eds), *Improving international investment agreements*, London, Routledge, 2013.

encore trop rares dans la pratique conventionnelle des États membres.²⁵⁹

707. Pour conclure, il convient donc que ces TBI extra-européens existants ne servent pas *per se* de modèle s'agissant du contenu des futurs accords d'investissement. Ils devraient alors être à la base d'une transformation vers la prévisibilité et l'équilibre adéquat entre les intérêts publics et privés, en vertu de l'objectif de développement durable.²⁶⁰ Gardons en mémoire que les nécessités d'évolution du droit matériel des investissements internationaux ne sont pas seulement globales, elles sont aussi régionales, puisque le contenu des futurs accords doit être conforme au droit européen et aux objectifs de l'action externe de l'Union européenne.

B. Une nécessité spécifique d'évolution

708. Le face-à-face entre droit matériel des investissements extra-européens et le droit de l'Union européenne impose plus que la prise en compte du contexte global et une mise en compatibilité basique du contenu des instruments conventionnels au regard des exigences du droit européen. En effet, celui-ci contient un principe de cohérence,²⁶¹ dont le dessein est que l'action extérieure de l'Union européenne atteigne l'unicité horizontale. Le contenu des futurs accords doit donc par ailleurs s'intégrer parmi les politiques de l'action extérieure de l'Union européenne.²⁶²

709. Étant donné que le droit des investissements internationaux reste un édifice en construction, il est possible d'affirmer que « la dimension communautaire se prêtera à un nouvel

²⁵⁹ Se référer au modèle norvégien, abandonné, de TBI de 2007 ou aux TBI extra-européens de l'Union Belgo-luxembourgeoise. Voir aussi D. Vis-Dunbar, « Norway shelves its draft model bilateral investment treaty », *Investment Treaty News*, June 8, 2009; L.E. Peterson, « Norway proposes significant reforms to its investment treaty practices », *Investment Treaty News*, March 27, 2008.

²⁶⁰ M.-Á. Michinel Álvarez, « Inversiones extranjeras y sostenibilidad », *loc.cit.*, p.332 ; voir aussi le considérant H de la résolution du Parlement européen du 6 avril 2011.

²⁶¹ Cet objectif de cohérence s'est trouvé renforcé par le Traité de Lisbonne et il a accédé au statut de principe. Sur ce thème, voir I. Bosse-Platière, *L'article 3 du traité UE : Recherche sur une exigence de cohérence de l'action extérieure de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009 ; C. Hillion, « Cohérence et action extérieure de l'Union européenne », *loc.cit.*

²⁶² Le Conseil remarqua en ce sens que « Conformément à l'article 205 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et à l'article 21 du traité sur l'Union européenne, la nouvelle politique européenne en matière d'investissements internationaux devrait être guidée par les principes et les objectifs de l'action extérieure de l'Union, dont l'État de droit, le respect des droits de l'homme et le développement durable, et tenir compte des autres politiques de l'Union et de ses États membres ». Conclusions du Conseil sur une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux, 25 octobre 2010, §17. Sur le caractère politique de cette insertion, voir M. Bungenberg, « Centralizing European BIT making under the Lisbon treaty », *loc.cit.*, p.13 ; S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.18. L'article 9 §2 du règlement 1219/2012 précise que « la Commission peut exiger de l'État membre d'inclure ou de supprimer de ces négociations et de l'accord bilatéral d'investissement envisagé toutes clauses, lorsque cela est nécessaire pour assurer la cohérence avec la politique de l'Union en matière d'investissement. »

équilibre des règles d'investissement ». ²⁶³ L'idée est que la mise en adéquation du contenu des futurs accords d'investissement, avec le principe européen de cohérence, peut s'effectuer à deux niveaux, ²⁶⁴ via la recherche d'une cohérence non seulement partielle (1) mais aussi globale (2).

1) Une recherche de cohérence partielle au regard des objectifs de l'action extérieure européenne

710. En vertu de l'article 207 §1 du TFUE qui dispose que « *La politique commerciale commune est menée dans le cadre des principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union* », ²⁶⁵ l'élaboration du contenu d'une politique commune d'investissement doit être envisagée en fonction des objectifs politiques horizontaux de l'action externe européenne. Parmi les objectifs qui nous intéressent, l'article 21 §2 du TUE dispose que « *L'Union définit et mène des politiques communes et des actions et œuvre pour assurer un haut degré de coopération dans tous les domaines des relations internationales afin :* », [...] « *d) de soutenir le développement durable sur le plan économique, social et environnemental des pays en développement dans le but essentiel d'éradiquer la pauvreté ;* » [...] « *e) d'encourager l'intégration de tous les pays dans l'économie mondiale, y compris par la suppression progressive des obstacles au commerce international* ».

711. Le premier de ces objectifs est global : il s'agit du développement, influençant fortement l'action externe européenne et ayant fait l'objet de la politique européenne de coopération au développement. Selon l'article 208 §1 TFUE, « *L'Union tient compte des objectifs de la coopération au développement dans la mise en œuvre des politiques qui sont susceptibles d'affecter les pays en développement.* » Ainsi, une politique susceptible d'affecter des pays en développement, comme une politique commune d'investissement, est tenue de prendre en compte les objectifs de la coopération au développement. ²⁶⁶

²⁶³ R. Gieger, « Investissement et développement : une approche multilatérale », in J.-M. Sorel (dir.), *Le droit international économique à l'aube du XXI^e siècle, en hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, op.cit., pp.33-48, p.44 ; M. Bungenberg, « Going global ? The EU common commercial policy after Lisbon », loc.cit., p.128 ; J. Dutheil de la Rochère, « Le pouvoir des États membres de l'Union européenne... », loc.cit., p.394.

²⁶⁴ Voir E. Neframi, *L'action extérieure de l'Union européenne...*, op. cit., pp.141-149.

²⁶⁵ Le projet de rapport de la commission du commerce international précise que le système actuel doit être remplacé « par un nouveau cadre de traités modernes de l'UE conforme aux objectifs politiques horizontaux de celle-ci. » Voir le projet de rapport du 18 novembre 2011, p.26.

²⁶⁶ Voir COM(2005) 134 final, intitulée « Cohérence des politiques au service du développement - Accélérer la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement » et COM(2009) 458 final, intitulée « La cohérence des politiques pour le développement – établissement du cadre politique pour une approche "de toute l'Union" ». L'investissement étranger devra donc s'adjoindre aux douze domaines politiques mis en exergue dans la communication de 2005.

712. La protection de l'environnement constitue le deuxième objectif autour duquel une mise en adéquation doit être effectuée, selon l'article 11 TFUE. Cet article prévoit explicitement que « *les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable* ». ²⁶⁷ Les dispositions à insérer au sein des futurs accords d'investissement seraient alors obligées de viser ce domaine. ²⁶⁸ Enfin, le troisième objectif de l'action externe européenne, à considérer lors de la détermination *de lege ferenda* du contenu des futurs accords, est la responsabilité sociale des entreprises, telle que définie et intégrée au sein de la « stratégie Europe 2020 ». ²⁶⁹

713. Notons que cette mise en cohérence au regard des divers objectifs n'a qu'une portée partielle, car l'harmonisation se limite aux objectifs de l'action extérieure qui sont liés à la matière des investissements étrangers. Cependant, l'article 7 du TFUE fait du respect des objectifs d'action extérieure le prérequis indispensable à la cohérence entre les différentes politiques et actions de l'Union. Il prévoit que « *L'Union veille à la cohérence entre ses différentes politiques et actions, en tenant compte de l'ensemble de ses objectifs et en se conformant au principe d'attribution des compétences.* »

714. Puisque cette recherche de cohérence relève de la logique de la conciliation, des incohérences sont susceptibles de subsister à la suite du procédé de rééquilibrage des intérêts des parties aux accords. ²⁷⁰ Ce pourrait ne pas être le cas en vertu de l'objectif de cohérence globale de l'action européenne, impliquant que la future politique d'investissement soit conforme à l'ensemble des politiques de l'Union européenne et de ses valeurs.

2) Une recherche de cohérence globale au regard de l'ensemble des politiques et des valeurs européennes

715. Sur la base des articles 205 du TFUE et 21§ 2 du TUE, la cohérence globale doit

²⁶⁷ Voir également l'article 37 de la Charte des droits fondamentaux.

²⁶⁸ L'Union européenne pouvant être en position de territoire hôte des investissements, des dispositions environnementales seront donc insérées. S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.58

²⁶⁹ La façon dont doit être assurée la responsabilité sociale des entreprises est encore débattue. La RSE est présente parmi plusieurs initiatives, dont la Plateforme européenne contre la pauvreté et l'exclusion sociale et l'Acte pour le marché unique. Voir COM(2010) 758 final, COM(2011) 206 final et COM(2011) 681 final.

²⁷⁰ E. Neframi, *L'action extérieure de l'Union européenne...*, *op.cit.*, p.144 ; A. Dimopoulos, *EU foreign investment law*, *op.cit.*, p.215.

permettre la complète uniformité de la politique extérieure de l'Union européenne, condition nécessaire pour s'affirmer comme un acteur mondial porteur d'un particularisme. L'article 205 TFUE reprend l'article 21 du TUE et dispose que « *l'action de l'Union sur la scène internationale, au titre de la présente partie, repose sur les principes, poursuit les objectifs et est menée conformément aux dispositions générales visés au chapitre 1 du titre V du traité sur l'Union européenne.* »

716. L'objectif de l'organisation régionale est en effet d'agir sur la mondialisation en tant que modèle. Un des objectifs de la déclaration de Laeken était de faire une Europe « *repère* » et « *puissance qui veut encadrer la mondialisation selon les principes de l'éthique, c'est-à-dire l'ancrer dans la solidarité et le développement durable.* »²⁷¹ Pour cela, la Commission européenne souhaite étendre son projet et ses réalisations hors de ses frontières, via d'abord la projection extérieure de ses principes,²⁷² mais aussi par le biais de l'édification d'une politique extérieure désirée ouverte et axée sur la coopération et « *la volonté de faire converger le Nord et le Sud.* »²⁷³

717. Une attention suffisante à la cohérence entre la future politique commune d'investissement et l'ensemble des politiques européennes, aussi bien externes qu'internes, doit être accordée, selon les articles 21 §3 alinéa 2 du TUE et 7 du TFUE. Nous avons déjà vu que ce dernier précise, comme disposition d'application générale, que « *l'Union veille à la cohérence entre ses différentes politiques et actions* ». Seraient alors visées, parmi cet ensemble de politiques, en plus de la politique de coopération au développement et de la politique environnementale, la politique de santé publique, à l'article 168 §1 du TFUE, de même que la politique sociale. Selon l'article 168 §1 TFUE, « *Un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union* ».

718. Le contenu de la politique d'investissement est aussi en théorie subordonné au respect des valeurs que l'Union européenne entend projeter dans ses relations externes, selon les articles 21 du TUE et 205 du TFUE. Le §1 de l'article 21 TUE égrène ces valeurs qui comportent « *la démocratie, l'État de droit, l'universalité et l'indivisibilité des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le respect de la dignité humaine, les principes d'égalité et de solidarité et le respect*

²⁷¹ Voir Déclaration de Laeken sur l'avenir de l'Union européenne, annexes aux conclusions de la présidence, conseil européen de Laeken, 14 et 15 décembre 2001, bull. EU 12-2001, p.21.

²⁷² N. Fernández Sola, « La projection extérieure des principes fondateurs de l'Union européenne », in S. Poillot-Peruzzetto (dir.), *Trajectoires de l'Europe, Unie dans la diversité depuis 50 ans*, Paris, Dalloz, 2008, pp.63-72.

²⁷³ COM(2002) 247 final, p.4.

des principes de la charte des Nations unies et du droit international. » Les révisions à Lisbonne ont abouti à l'insertion, à l'article 21 du TUE, d'une clause horizontale au §3, faisant de ces valeurs le fondement de l'action externe. Ainsi, la valeur de solidarité, incarnée par l'objectif de l'intégration commerciale des pays en développement,²⁷⁴ encourage la recherche de l'équilibre conventionnel, de même que l'indivisibilité des droits de l'homme.

719. Constatons enfin que, contrairement à la recherche de cohérence partielle, l'élaboration de la politique européenne d'investissement par le prisme de la cohérence globale ne relève plus de la logique de conciliation,²⁷⁵ d'où un risque noté par les investisseurs de politisation du contenu des futurs accords d'investissement.²⁷⁶ Nous retiendrons qu'au vu de ces dispositions, l'Union européenne, en tant que lieu d'expérimentation,²⁷⁷ est en mesure d'influencer le contenu des dispositions du droit matériel des investissements internationaux et de procéder à un rééquilibrage, tout en réalisant une mise en compatibilité avec le droit européen.²⁷⁸

Paragraphe 2. Détermination de *lege ferenda* des dispositions matérielles des accords européens d'investissement

720. Le processus d'eupéanisation en cours place désormais les TBI extra-européens dans le champ d'action de la Commission européenne. Leur contenu ne doit pas s'opposer à la constitution du réseau conventionnel de l'Union européenne. Il n'en faut guère plus pour que les investisseurs se demandent comment les dispositions de protection passeront l'épreuve de ce « toilettage » des TBI en vigueur et celle des négociations des nouveaux accords menées par la Commission européenne. La doctrine est partagée sur ce point et plusieurs approches sont envisageables quant au futur contenu des instruments conventionnels.

²⁷⁴ À noter que dans la rédaction de l'article 21 § 2 e) du TUE, les adjectifs « *harmonieuse et progressive* » ont été éliminés de la qualification de l'insertion des pays en développement dans l'économie mondiale. Ceci pourrait être interprété comme un changement idéologique.

²⁷⁵ E. Neframi, *L'action extérieure de l'Union européenne...*, *op.cit.*, p.147. En conséquence, « dès lors que l'Union se substitue aux États membres, elle ne pourrait pas conclure des accords allant à l'encontre des intérêts des PVD, ni manquer d'exiger des investisseurs le respect des droits de l'homme, des politiques sociales et environnementales », J. Dutheil de la Rochère, « Le pouvoir des États membres de l'Union européenne... », *loc.cit.*, p.394.

²⁷⁶ S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.17 et suiv.

²⁷⁷ L. Cohen-Tanugi, *Quand l'Europe s'éveillera*, *op.cit.*, p.69.

²⁷⁸ Il est noté que le phénomène régional est au service du développement du droit et qu'il joue un rôle de veille, par rapport à des risques non maîtrisés au niveau mondial. Et un auteur d'ajouter que « la formation de droits régionaux de l'investissement est une voie palliant les dangers d'une normalisation à prétention universelle mais d'inspiration unilatérale ». Voir J. Dutheil de la Rochère, « Mondialisation et régionalisation », *loc.cit.*, p.444 ; R. Charvin, *L'investissement international et le droit au développement*, *op.cit.*, p.194.

721. Trois options sont envisageables : conserver les définitions larges des TBI des États membres, favoriser un accord au niveau de l'Union dont les dispositions seraient conformes au droit européen ou permettre une mise en équilibre des intérêts des parties par l'étude détaillée des normes.²⁷⁹

722. Évaluons l'impact théorique du processus d'eupéanisation sur le droit matériel des investissements extra-européens, en énumérant d'abord les diverses possibilités de clarification,²⁸⁰ visant tant la signification des dispositions des TBI extra-européens en vigueur que la délimitation de leur portée, l'ensemble devant être compatible avec les spécificités du droit européen (A). Ensuite, les possibles innovations à introduire, eu égard aux développements mondiaux les plus récents, seront listées (B).

A. La clarification des dispositions de droit matériel des investissements internationaux

723. L'arrivée de la Commission européenne au sein du processus de négociation des futurs accords internationaux d'investissement invite à un ré-examen des principes fondamentaux du droit matériel des investissements internationaux portés par les TBI extra-européens.²⁸¹ Il sera mené en premier lieu en vertu d'un objectif de clarification. Il s'agit d'une nécessité qui a été reconnue par les institutions européennes.²⁸²

724. La clarification doit aussi permettre la mise en conformité de ces instruments conventionnels avec le droit européen, de même que le rétablissement de l'équilibre conventionnel par le biais de l'interprétation restrictive des dispositions.²⁸³ Partant, seront réétudiés les notions

²⁷⁹ Voir S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.VIII ; N. Lavranos, « New developments in the interaction between international investment law and EU law », *loc.cit.*, p.433 ; Y. Fortier, « Investment and the rule of law : change or decline ? », in R. McCorquodale (ed.), *The rule of law in international and...*, *op.cit.*, p.134.

²⁸⁰ Nous prendrons appui sur le contenu de plusieurs TBI extra-européens signés en 2009 et 2010 entre le Canada et les pays d'Europe centrale et orientale. Ces TBI extra-européens ont été révisés entre le Canada d'une part, et la République tchèque, la Lettonie, la Roumanie et la République slovaque d'autre part. Ils sont considérés comme *sui generis*, car la Commission européenne a participé aux négociations. Voir C. Lévesque et A. Newcombe, « 3. Canada » in C. Brown (ed.), *Commentaries on selected model investment treaties*, Oxford, 2013, pp.53-129, p.59.

²⁸¹ Y. Fortier, « Investment and the rule of law: change or decline? », *loc.cit.*, p.134.

²⁸² Voir résolution du Parlement européen du 6 avril 2011 sur la future politique européenne d'investissement, §16 et 24 ; COM(2010) 343 final, pp.9-10 ; conclusions du Conseil du 25 octobre 2010, §14.

²⁸³ La CNUCED a constaté une évolution, permise grâce à une « expérimentation dans les accords récents de techniques permettant de réduire le champ interprétatif ». Une des possibilités est donc le recours au principe d'interprétation *in dubio mitius* des obligations des traités, préservant la souveraineté des États. Voir CNUCED, *Portée et définitions*, Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II, Nations Unies, New York et Genève, 2011, p.5 ; L. Crema, « Disappearance and new sightings of restrictive interpretation(s) », *EJIL*, vol. 21, n°3, 2010, pp.681-700 ; C. J. Larouer, « In the name of sovereignty ?

d'investissement et d'investisseur (1), le standard de traitement national (2), celui de la nation la plus favorisée (3), le traitement juste et équitable (4), la clause de libre transfert (5) et l'exigence d'une compensation en cas d'expropriation indirecte (6).

1) Redéfinition des notions d'investissement et d'investisseur

725. S'agissant de la portée de la notion d'investissement, il est annoncé que les futurs accords internationaux couvriront les IDE et les investissements de portefeuille, mais selon une volonté de nette différenciation entre les deux.²⁸⁴ Alors que la tendance est à l'interprétation extensive de la notion par les tribunaux arbitraux,²⁸⁵ des remèdes ont été proposés, afin de veiller aux effets collatéraux liés à cette méthode d'interprétation pour les États hôtes.²⁸⁶ Deux approches apparaissent possibles quant à la future définition de la notion, ce que la Communauté européenne a déjà considéré lors des négociations du cycle de Doha.²⁸⁷

726. Une définition large et imprécise de la notion a l'avantage de la flexibilité, nécessaire durant les prémices de l'édification de la politique commune.²⁸⁸ Elle peut également favoriser la Commission européenne et les investisseurs en vertu de la marge de manœuvre qu'elle octroie, bien qu'elle soit source d'une relative insécurité juridique.²⁸⁹ À l'opposé, une définition étroite est en mesure de créer des hésitations, lors du processus d'identification d'un IDE ou d'un investissement de portefeuille. Une définition rigide est ainsi difficilement applicable aux pratiques réelles.²⁹⁰ Ces

The battle over in dubio mitius inside and outside the courts », *Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers*, paper 22, 2009, disponible à http://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/22

²⁸⁴ Résolution du Parlement européen du 6 avril 2001, §11 ; COM(2010) 343 final, p.8.

²⁸⁵ Pour une extension controversée de la notion aux dettes publiques, voir CIRDI, *Abaclat et autres c. République argentine* (anciennement *Giovanna a Beccara et autres c. République argentine*), aff. N°ARB/07/5, 4 août 2011, décision sur la compétence et l'admissibilité.

²⁸⁶ Ainsi, la CNUCED recommande de réduire la définition de la notion d'investissement, selon le modèle de la liste fermée, en conservant les investissements conformes à la législation du pays d'accueil. De même, l'Argentine déclara vouloir renégocier ses TBI pour exclure les dettes publiques de la définition de l'investissement. CNUCED, *Portée et définitions*, *op.cit.*, p.5 et suiv.

²⁸⁷ OMC, *Document de réflexion sur la définition de l'investissement*, communication de la Communauté européenne et de ses États membres, *loc.cit.*, §6, p.2.

²⁸⁸ L'imprécision vient du caractère non-exhaustif de la définition sous forme d'une liste détaillée, positive ou négative, comme c'est le cas de l'article 1139 de l'ALÉNA. À titre d'exemple, le TBI extra-européen entre le Canada et la République tchèque, signé en 2010, reprend cette définition large, dans son article premier d) qui dispose, avant de donner une liste non exhaustive, que « le terme "investissement" s'entend des avoirs de toute nature possédés ou investis soit directement, soit indirectement par l'intermédiaire d'un investisseur d'un état tiers, par un investisseur de l'une des Parties contractantes sur le territoire de l'autre Partie contractante, en conformité avec les lois de cette dernière Partie, et plus particulièrement mais non exclusivement... ».

²⁸⁹ S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.14 et suiv.

²⁹⁰ Résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, considérant D.

remarques incitent à suggérer que la définition imprécise est celle qui sera retenue au final.²⁹¹

727. La définition de la notion d'investisseur personne morale, telle que contenue dans les TBI extra-européens, nécessite des précisions. Elle ne correspond pas à celle donnée par le droit de l'Union européenne, car elle prend en compte le critère du contrôle. En réaction aux tentatives de *treaty shopping*, des initiatives ont souhaité encadrer la notion,²⁹² ce que n'a pas manqué de constater le Parlement européen appelant à réagir, en considérant la pratique de l'OCDE dans l'établissement d'une « définition claire du terme "investisseur étranger" ». ²⁹³

728. Une mise en conformité avec le droit européen suppose que la définition de l'investisseur personne morale des futurs accords ne tienne pas compte du critère du contrôle, au regard du cas des sociétés qui satisfont aux critères posés par l'article 54 TFUE et qui sont placées sous contrôle étranger. Il est rappelé que le droit européen impose de traiter les sociétés constituées en accord avec l'article 54 TFUE comme une personne physique d'un État membre, peu importe qu'elles soient contrôlées par des intérêts étrangers. Cet article précise que « *les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres.* »

729. Au vu du §2 du même article qui dispose que « *Par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif* », se pose aussi la question d'inclure ou non les associations et autres organisations

²⁹¹ A. Dimopoulos, *EU foreign investment law, op. cit.*, p.186. L'auteur ajoute que l'imprécision de la définition permettrait de garantir une plus ample protection et des négociations plus efficaces vis-à-vis des pays tiers. La définition pourrait être aussi pragmatique. La Communauté avait annoncé en ce sens en 2002 : « nous pensons qu'une des options pourrait être d'appliquer une définition étroite pour l'admission des investissements étrangers et une définition plus large pour la protection des investissements après établissement. » Voir OMC, *Document de réflexion sur la définition de l'investissement, loc.cit.*, §10, p.5.

²⁹² Ainsi, les négociations actuelles menées par les États-Unis dans le cadre du partenariat transpacifique ont donné lieu à des initiatives d'encadrement de la notion d'investisseur, via les critères d'information sur les stratégies d'investissement, de bonne gouvernance et de transparence. Il est possible d'exiger des liens plus étroits entre l'investisseur personne morale et l'État de nationalité. Voir J. Chaisse, « Foreign Direct Investment in the TPP – Innovations in Rule-Making? » in C. Leng Lim, D. Elms, P. Low (eds), *The Trans-Pacific Partnership Trade Agreement (TPP) – A quest for twenty-first century trade agreement*, Cambridge University Press, 2012, pp.147-170; S.H. Nikièma, *Bonnes pratiques – Définition de l'investisseur*, IISD, mars 2012, p.11 et suiv.

²⁹³ Considérant E et §14 de la résolution du Parlement européen du 6 avril 2011.

caritatives « *qui ne poursuivent pas de but lucratif* » et qui sont exclues par le droit européen.²⁹⁴ Une définition ample de l'investisseur serait cohérente avec la position du Conseil, qui a appelé à ce que la future politique d'investissement « n'établisse aucune distinction entre différents types d'investisseurs et leurs investissements ». ²⁹⁵

2) Clarification et délimitation du standard de traitement national

730. Ce standard a été peu interprété par les tribunaux arbitraux,²⁹⁶ d'où un besoin de déterminer d'abord sur quelle base doit s'effectuer la comparaison entre l'investisseur étranger et l'investisseur national.²⁹⁷ Une disposition doit ainsi clarifier ce qui est entendu par l'expression « *dans des circonstances similaires* ». ²⁹⁸ Il est envisageable de prévoir que le traitement national s'applique à l'investisseur et à l'investissement, ce qui n'est pas toujours le cas dans les TBI, voire d'étendre le référentiel de comparaison à l'ensemble de l'Union européenne et d'accorder un « traitement européen », étant donné que la Commission européenne a pour volonté d'établir un unique territoire d'investissement.

731. La question du rattachement de l'obligation de non-discrimination à un niveau inférieur de gouvernement doit aussi être précisée. Il serait donc souhaitable d'explicitier si l'obligation de traitement national protège l'investisseur étranger contre d'éventuelles mesures prises par des gouvernements infranationaux,²⁹⁹ en plus de celles provenant des États et des instances bruxelloises, et à quel niveau sera établie la comparaison.

²⁹⁴ En ce sens, l'article premier e) ii) du TBI signé en 2010 entre le Canada et la République tchèque inclut les organisations et les associations dans la définition de l'investisseur.

²⁹⁵ §7 des conclusions du Conseil sur une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux.

²⁹⁶ Alors que l'intention de l'État hôte ne constitue pas un critère, la violation du standard se fonde sur l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. S'agissant de l'absence d'un critère intentionnel, voir CIRDI, *Siemens A.G. c. Argentine*, aff. N° ARB/02/08, 6 février 2007, §321. La sentence arbitrale *United Parcel Service* a proposé une approche en trois temps pour déterminer la violation du standard, en cherchant si le traitement mis en cause concerne un domaine couvert par le standard, si l'investisseur étranger est dans des circonstances similaires vis-à-vis d'un investisseur national et si le traitement a été moins favorable. Voir CNUDCI (ALÉNA), *United Parcel Service c. Canada*, 24 mai 2007, §83.

²⁹⁷ La détermination des circonstances similaires pose problème, comme cela a été soulevé par les arbitres dans la sentence arbitrale *Pope & Talbot*, qui ont remarqué que « *la signification du terme variera selon les faits de chaque cas d'espèce.* » CNUDCI (ALÉNA), *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, 10 avril 2001, §75. Nous traduisons.

²⁹⁸ CNUDCI (ALÉNA), *SD Myers Inc. c. Canada*, première sentence partielle, 13 novembre 2000, §18.

²⁹⁹ Voir S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, op.cit., p.37. Sur ce point, voir la note infra-paginale de l'article III du TBI Canada-République tchèque qui précise que « *le traitement accordé par une Partie contractante en vertu des paragraphes 2, 3 et 4 du présent article s'entend, en ce qui concerne un gouvernement infranational, du traitement accordé par celui-ci, dans des circonstances similaires, aux investisseurs, et aux investissements effectués par des investisseurs, d'un état tiers ou d'une Partie contractante, selon le cas.* »

732. En outre, des exceptions au standard, dont le caractère quasi-inconditionnel a laissé émaner une fausse impression de traitement égal, doivent être apportées par l'Union européenne, par exemple sous la forme d'une liste excluant certains secteurs d'activités économiques et industrielles jugés sensibles.³⁰⁰ De même, les exceptions posées au principe de libre circulation des capitaux par les articles 64 §3 et 66 du TFUE précédemment cités doivent être précisées. Il serait également souhaitable de préciser la portée de l'exclusion de l'application du standard aux fonds souverains.³⁰¹

3) Délimitation de la portée du standard de traitement de la nation la plus favorisée

733. Il conviendrait d'abord, comme pour le standard de traitement national, de délimiter la base de comparaison qui hésite entre des « *situations semblables* » et des « *circonstances similaires* ». ³⁰² Les possibilités d'interprétation de la portée de la clause ont aussi besoin d'être limitées. La largesse d'interprétation prise par certains arbitres a mené à une remise en question du principe *ejusdem generis* et à des incohérences au sein de la jurisprudence arbitrale.³⁰³ Ainsi, s'impose une réduction de l'interprétation de la portée du standard de la nation la plus favorisée.³⁰⁴

734. Pour cela, nous avons déjà vu que l'insertion d'une clause d'intégration économique régionale dans les accords permet de réduire la portée de ce standard. L'effet de cette clause dite ORIE est qu'elle exclut l'application du standard de la nation la plus favorisée s'agissant des avantages que les États membres d'une organisation régionale concèdent aux autres États membres de l'organisation et à leurs investisseurs.³⁰⁵ Ainsi, l'application du traitement de la nation la plus favorisée est sujette à exceptions, en vertu des spécificités du droit européen,³⁰⁶ et les investisseurs

³⁰⁰ Il s'agira alors d'une liste négative, sur le modèle de l'ALENA.

³⁰¹ J. Chaisse, « Promises and pitfalls of the European Union policy on foreign investment – How will the new EU competence on FDI affect the emerging global regime? », *loc.cit.*, p.18.

³⁰² Pour la caractérisation de la violation du traitement de la nation la plus favorisée, voir CIRDI, *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, aff. N°ARB/05/8, 11 septembre 2007, §369.

³⁰³ Il était pensé que la portée de la clause de la nation la plus favorisée se limitait aux dispositions matérielles des TBI. L'interprétation étendant la portée de la clause aux dispositions de droit processuel a été usitée dans les affaires CIRDI, *Emilio Agustín Maffezini c. Royaume d'Espagne*, aff. N°ARB/97/7, 25 janvier 2005, § 54 et 55 ; CIRDI, *Siemens c. République argentine*, aff. N°ARB/02/8, 3 août 2004, §120 ; CIRDI, *Gas natural c. République argentine*, aff. N°ARB/03/10, 17 juin 2005, §49. *A contrario*, des arbitres se sont opposés à une telle interprétation. Voir CIRDI, *Telenor Mobile communications A.S. c. Hongrie*, aff. N°ARB/04/15, 13 septembre 2006, §95 ; CIRDI, *Plama consortium c. Bulgarie*, aff. N°ARB/03/24, 8 février 2005, §223.

³⁰⁴ M.-Á. Michinel Álvarez, « Inversiones extranjeras y sostenibilidad », *loc.cit.*, p.334 ; E. Fernández Masía, « Atribución de competencia a través de la cláusula de la nación más favorecida : lecciones extraídas de la reciente práctica arbitral internacional en materia de inversiones extranjeras », *Revista electrónica de estudios internacionales*, n°13, 2007, pp.1-20.

³⁰⁵ Voir UNCTAD, *The REIO exception in MFN treatment clauses*, UNCTAD Series on international investment policies for development, United Nations, 2004, p.1.

³⁰⁶ J. Díez-Hochtleitner, *La posición del derecho internacional en el ordenamiento comunitario*, Madrid, McGrawHill, 1998, p.196.

européens peuvent bénéficier d'un meilleur traitement que les investisseurs tiers.

735. Enfin, la Commission européenne est en situation de voir dans la clause de la nation la plus favorisée un moyen de garantir le principe de non-discrimination entre les investisseurs européens à court terme, en prévoyant ce cas de figure dans le contenu des TBI extra-européens en vigueur lors des renégociations encadrées par le règlement N°1219/2012. Ainsi, le bénéfice de la protection serait étendu à tous les investisseurs européens,³⁰⁷ alors que les investisseurs tiers continueraient à bénéficier d'une protection limitée, par effet de la clause ORIE.

4) Encadrement de la portée du standard de traitement juste et équitable

736. Ce standard est une source possible d'incompatibilités avec le droit européen.³⁰⁸ Il a été interprété de façon extensive par les arbitres, comme allant au-delà de ce que prévoit la coutume internationale, c'est-à-dire la garantie du standard international minimum de traitement.³⁰⁹ Des initiatives ont été prises pour contrer cette tendance.

737. Dans le sens d'une équivalence entre traitement juste et équitable et standard minimum international, l'article 1105 de l'ALENA fait référence au droit international et le modèle américain de TBI de 2012, article 5 §2, prévoit que « *For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights.* »

738. Il semble que le débat sur l'identité ou non de ce standard par rapport au standard international minimum ait laissé place à la recherche de son interprétation autonome.³¹⁰ Sa portée reste ambiguë.³¹¹ Les institutions européennes ayant annoncé vouloir l'inclure dans le contenu des

³⁰⁷ T. Baert, « Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux... », *loc.cit.*, p.3.

³⁰⁸ J. Chaisse, « Promises and pitfalls of the European Union policy on foreign investment... », *loc.cit.*, p.16.

³⁰⁹ La portée du standard de traitement juste et équitable a été distinguée du contenu de la coutume, dans *Compañía de Agua del Aconquija*, alors qu'elle a été interprétée comme allant au-delà du droit coutumier dans *Azurix*. Voir CIRDI, *Compañía de Agua del Aconquija SA et Vivendi Universal c. République argentine*, aff. N°ARB/97/3, 20 août 2007, §7.4.7 ; CIRDI, *Azurix c. République argentine*, affaire N°ARB/01/12, 14 juillet 2006, §361.

³¹⁰ Dans l'affaire *Saluka*, il a été noté que cette différence pourrait être plus apparente que réelle. CNUDCI, *Saluka Investments BV (Pays-Bas) c. République tchèque*, 17 mars 2006, §291.

³¹¹ Les interprétations divergent. Des arbitres ont estimé que le standard a une grande portée, qui englobe les attentes légitimes de l'investisseur. Pour d'autres, le seuil d'exigence est relativement bas. Voir CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed SA c. Mexique*, aff. N°ARB(AF)/00/2, 29 mai 2003, §154 ; CIRDI, *MTD c. Chili*, aff.

futurs accords,³¹² il est nécessaire de le définir et des exceptions doivent encadrer sa portée.³¹³

739. Il convient de noter que ce standard est exprimé de façons diverses dans les TBI extra-européens, certains ayant déjà réduit sa portée. Il faut alors harmoniser sa signification, en s'inspirant des meilleures pratiques. L'indication visant à affirmer, pour protéger le pouvoir normatif des États hôtes, que le standard ne s'entend pas comme allant au-delà de ce que prévoit la norme minimale de traitement,³¹⁴ est à insérer. Pour éviter qu'une expropriation puisse constituer une violation du traitement juste et équitable, il est souhaitable de prévoir que la constatation d'un manquement à une autre disposition du présent accord n'est pas suffisante pour caractériser une violation du standard de traitement juste et équitable.³¹⁵

740. Enfin, il est aussi possible d'énumérer, par souci de clarté, les divers éléments recoupsés par ce standard, dont l'exigence de diligence, de protection, de transparence et de garantie du procès équitable, en y adjoignant le standard de la protection pleine et entière, comme c'est le cas du modèle allemand de TBI de 2008.³¹⁶ À propos de ce dernier standard, il faut ajouter que le traitement exigé ne va pas au-delà de la coutume, que sa portée ne s'étend pas comme allant au-delà de la protection physique de l'investissement et qu'une violation du standard de traitement juste et équitable n'implique pas nécessairement une violation du standard de la protection pleine et entière.³¹⁷

N°ARB/01/7, 25 mai 2004, §113.

³¹² COM(2010) 343 final, p.8 ; résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, §19.

³¹³ Une définition trop étroite aurait un effet dissuasif, mais une définition trop large augmenterait les risques d'incompatibilité avec le droit européen. Voir A. Dimopoulos, *EU foreign investment law, op.cit.*, p.188.

³¹⁴ La Commission du libre-échange de l'ALENA en 2001 a précisé, en réponse à la sentence controversée *Metalclad*, que le standard de traitement juste et équitable, contenu à l'article 1105 §1, devait être interprété comme étant équivalent au standard international minimum. Voir NAFTA Free Trade Commission clarifications related to NAFTA chapter 11 ; article III b) du TBI signé entre le Canada et la République tchèque ; J. Chaisse, « Promises and pitfalls of the European Union policy on foreign investment... », *loc.cit.*, p.16.

³¹⁵ Article III c) du TBI entre le Canada et la République tchèque.

³¹⁶ L'article 2 §2 du modèle prévoit que « *Each Contracting State shall in its territory in every case accord investments by investors of the other Contracting State fair and equitable treatment as well as full protection under this Treaty.* » De même, le TBI entre le Canada et la République slovaque fait référence, article III a), à « *un traitement juste et équitable, ainsi qu'[à] une protection et une sécurité intégrales* ».

³¹⁷ Il a été interprété qu'une violation du standard de traitement juste et équitable impliquait de façon automatique une violation de la pleine et entière sécurité. CNUDCI, *Occidental exploration and Production company c. République équatorienne*, affaire N°UN 3467, 1er juillet 2004, §187. Il est possible de s'inspirer de l'annexe D du TBI signé entre le Canada et la Roumanie en 2009, qui prévoit qu'« *Il est entendu que l'expression "traitement juste et équitable" comprend l'obligation de ne pas refuser de rendre justice dans les instances pénales, civiles ou administratives, conformément à la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier ; quant à l'expression "protection et sécurité intégrales", elle prévoit le niveau de protection policière que prévoit la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier.* »

5) Mise en conformité des clauses de libre transfert avec le droit européen

741. Le droit européen impose de porter atteinte au caractère inconditionnel de cette clause omniprésente dans les TBI extra-européens. En effet, les arrêts en manquement contre l'Autriche, la Suède et la Finlande ont mis en évidence son incompatibilité avec le TFUE. Nous renvoyons à nos précédents développements sur ce point. Ici, remarquons d'abord que la clause ORIE à insérer dans les futurs accords, afin de limiter le bénéfice du traitement de la nation la plus favorisée, s'appliquera également à la clause de libre transfert. L'Autriche avait, face à la Cour de Luxembourg, soutenu que l'insertion de ce type de clauses pouvait mettre fin à l'incompatibilité.³¹⁸

742. L'objectif de clarification suppose de rappeler, parmi la disposition de l'article contenant la clause généralement dénommée « transfert de fonds », que la clause ORIE vise spécifiquement à réduire la portée du libre transfert.³¹⁹ Il peut également être porté atteinte à l'inconditionnalité de la clause par le biais d'autres exceptions, prévoyant que l'État peut prendre des mesures remettant en cause le libre transfert, en vertu des articles relatifs aux exceptions à la libre circulation des capitaux ou dans d'autres domaines.³²⁰

6) L'exigence d'une indemnité de compensation en cas d'expropriation indirecte

743. Cette clause est appelée à être la plus importante des futurs accords d'investissements,³²¹ régulant un thème devenu d'actualité en Europe.³²² Plusieurs auteurs affirment que les dispositions des TBI extra-européens sur ce thème sont disparates³²³ : la majorité des TBI

³¹⁸ CJCE, 3 mars 2009, *Commission c/ Autriche et Suède*, point 7.

³¹⁹ Sur le modèle du protocole annexé au TBI signé entre la France et la Turquie du 15 juin 2006, il serait envisageable de rédiger la clause comme suit : « *les dispositions relatives au libre transfert n'empêchent pas l'exercice de bonne foi, par une Partie contractante, de ses obligations internationales et de ses droits et obligations découlant de sa participation à l'Union européenne.* »

³²⁰ L'article VII du TBI Canada-République tchèque signé en 2009 prévoit, §3 plusieurs domaines d'action, notamment a) la faillite, l'insolvabilité ou la protection des droits des créanciers ; c) les infractions criminelles ou pénales ou encore e) l'exécution des jugements rendus dans des instances judiciaires ou similaires. L'article VII §7, *ibidem*, prévoit qu'« *une Partie contractante peut restreindre les transferts des bénéfices en nature dans les cas où elle pourrait par ailleurs restreindre de tels transferts aux termes de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce.* »

³²¹ A. Dimopoulos, *EU foreign investment law*, *op.cit.*, p.189; J. Chaisse, « Promises and pitfalls of the European Union policy on foreign investment... », *loc.cit.*, p.14; COM(2010) 343 final, p.8.

³²² La question a retrouvé une actualité, après l'annonce faite par la République argentine de la nationalisation de la filiale YPF de la société espagnole Repsol. Pour une étude sur les nationalisations, voir E. Torralba Mendiola, « La propiedad privada extranjera : las inversiones internacionales ante la confiscación, la nacionalización », in J.L. Collantes González y B. de la Vega Justribó (coords), *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales*, *op.cit.*, pp.389-412.

³²³ S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op. cit.*, p.42 ; J. Chaisse, « Promises and pitfalls of the European Union policy on foreign investment... », *loc.cit.*, p.16.

extra-européens prévoit une protection contre l'expropriation indirecte, mais la moitié ne définit pas explicitement la notion et ne précise pas dans quel cas l'action réglementaire des États ne mène pas à l'octroi d'une indemnisation. S'il est indiscutable que les futurs accords doivent protéger les investissements contre l'expropriation indirecte, il convient de clarifier cette notion, en plus de la mettre en conformité avec l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux.

744. Les cas donnant lieu à l'octroi d'une compensation lors d'une expropriation indirecte restent flous,³²⁴ d'où une nécessité de faire le départ, sur le modèle de la sentence *Methanex*,³²⁵ entre les mesures réglementaires expropriatoires et les mesures réglementaires légitimes ne donnant pas lieu à compensation.³²⁶ L'expropriation indirecte doit être définie, pour que les États hôtes puissent retrouver leur pouvoir normatif qui a été gelé.³²⁷ La définition comprendrait une liste des domaines dans lesquels les États peuvent prendre des mesures légitimes, parmi lesquels la fiscalité non discriminatoire, la protection de l'environnement ou du consommateur. Elle peut aussi exclure certaines catégories de réglementations.³²⁸

745. Il conviendrait également d'exclure de la définition de l'expropriation indirecte légitime les mesures ayant un effet discriminatoire ou celles prises dans un contexte caractérisé par une absence de bonne foi,³²⁹ à l'image du modèle canadien de TBI de 2004. Celui-ci précise que des mesures édictées dans un but d'intérêt public ne constituent pas une expropriation indirecte sauf « dans de rares cas, par exemple lorsque la mesure est si rigoureuse au regard de son objet qu'on

³²⁴ Selon la « sole effect doctrine », le facteur à prendre en compte pour déterminer l'existence d'une expropriation indirecte est l'effet de la mesure sur l'investissement, non l'intention. Voir R. Dolzer, « The impact of international investment treaties on domestic administrative law », *N.Y.U.J. Int'l L. & P.*, vol 37, n°4, 2005, pp.953-972. Pour un exemple du recours à cette doctrine, voir CIRDI, *Metalclad Corporation c. Mexique*, aff. N°ARB(AF)/97/1, 30 août 2000, §283. À cette doctrine s'oppose un autre raisonnement, la « police effect doctrine », qui incite à prendre en compte l'intention dans l'étude de la caractérisation d'une mesure étatique. Voir B. Mostafa, « The sole effects doctrine, police powers and indirect expropriation under international law », *Australian international law journal*, Vol. 15, 2008, pp.267-296.

³²⁵ ALENA, *Methanex corporation c. États-Unis d'Amérique*, 3 août 2005, sentence arbitrale finale, §7.

³²⁶ Sur ce point, les arbitres ont estimé, dans la sentence arbitrale *Saluka*, que le droit international devait encore identifier, d'une façon complète et définitive, quelles mesures étaient considérées comme « admises » et comme « communément acceptées », car relevant du pouvoir réglementaire des États, et étaient donc non indemnissables. CNUDCI, *Saluka Investments BV c. République tchèque*, 17 mars 2006, §263. Nous traduisons en reformulant.

³²⁷ C. Yannaca-Small, « Indirect expropriation and the right to regulate in international investment law », in OECD, *International investment law, A changing landscape*, 2005, pp.43-72.

³²⁸ Le TBI Canada-Lettonie signé en 2010, Annexe B §2, prévoit que, pour établir l'existence d'une expropriation indirecte, il faut tenir compte des effets économiques de la mesure, de l'atteinte aux attentes légitimes de l'investisseur et de la nature de la mesure. Un auteur invite la Commission européenne à s'inspirer de l'accord de libre-échange entre la République dominicaine et l'Amérique centrale et du test pour caractériser l'existence d'une expropriation indirecte qu'il contient. Voir J. Chaisse, « Promises and pitfalls of the European Union policy on foreign investment... », *loc.cit.*, p.17.

³²⁹ Ainsi, certaines mesures prises en considération de l'intérêt public peuvent encore être expropriatoires. Voir CIRDI, *Vivendi Universal c. République argentine*, aff. N°ARB/97/3, 20 août 2007, §7.5.21.

ne pourra raisonnablement penser qu'elle a été adoptée et appliquée de bonne foi ». ³³⁰ À cette définition de l'expropriation indirecte, doit s'adjoindre une clarification des cas permettant à l'État hôte de justifier son action sur le fondement de l'état de nécessité, ne donnant pas lieu au paiement d'une compensation. ³³¹

746. Un important travail attend donc les négociateurs des futurs accords d'investissement, afin à la fois de clarifier et d'encadrer les dispositions de ces accords au regard de la nécessité de mise en conformité au droit européen et de prise en compte des meilleures pratiques. La rédaction des clauses et la délimitation de leur portée constituent un enjeu considérable. En conséquence, un souci de clarté et de précision est susceptible de caractériser les futures procédures de consultations et de négociations, ³³² ce qui est de très bon augure pour le développement et l'avenir du droit matériel des investissements internationaux.

B. Les innovations des dispositions de droit matériel des investissements internationaux

747. Indépendamment de savoir si de telles initiatives peuvent passer le test des négociations, de nombreuses innovations présenteraient l'opportunité d'intégrer le contenu des futurs instruments conventionnels, notamment en réaccordant aux États hôtes l'usage de leur pouvoir normatif. ³³³ Il faut reconnaître en ce sens que les TBI extra-européens doivent être renouvelés et que leur contenu, qui n'a pas subi de modifications majeures depuis la création de l'instrument conventionnel, ³³⁴ va servir de base aux nouveaux accords européens d'investissement.

748. L'analyse des opportunités d'innovation du droit matériel des investissements extra-européens consiste à proposer d'appliquer le bénéfice des standards de traitement durant la phase antérieure à l'investissement **(1)**, puis à s'efforcer de participer au rétablissement de l'équilibre conventionnel, en introduisant des exceptions d'intérêt général aux règles de protection **(2)**. Enfin, l'on peut conseiller d'insérer diverses clauses de cohérence vis-à-vis de l'action externe européenne **(3)**

³³⁰ Modèle canadien de TBI de 2004, article 13 §1 c) de l'annexe A.

³³¹ M.-Á. Michinel Álvarez, « Inversiones extranjeras y sostenibilidad », *loc.cit.*, p.336.

³³² Article XI du TBI Canada-République tchèque.

³³³ C. Titi, « EU investment agreements and the search for a new balance... », *loc.cit.*, p.2.

³³⁴ J. Chaisse, « Promises and pitfalls of the European Union policy on foreign investment... », *loc.cit.*, p.22.

1) Application des standards de traitement en phase antérieure à l'investissement

749. Jusqu'à présent, les TBI extra-européens se sont contentés d'une clause d'admission, favorisant les « meilleurs efforts » dans le domaine de l'admission. Lors des négociations du cycle de Doha, la Communauté s'était référée à l'Accord général sur le commerce des services pour justifier l'absence de règles contraignantes s'agissant de la phase antérieure à l'investissement, eu égard à une transparence et une flexibilité qui permettraient de restreindre l'accès au marché à certains secteurs.³³⁵ L'application contraignante des standards de traitement des TBI durant la phase antérieure à l'investissement serait alors une innovation,³³⁶ qui semble s'imposer au regard du contenu des accords de libre-échange qui couvrent la phase de l'admission.

750. Cette innovation semble prévue par les instances bruxelloises.³³⁷ Pour l'accorder, le plus logique est de reprendre le contenu des accords de libre-échange en vigueur, en optant pour l'application du traitement national dès l'admission des investissements internationaux.³³⁸ Il est aussi possible de se fonder, comme de nombreux TBI, sur l'exigence de non-discrimination durant les différentes phases d'investissement, sur la clause de la nation la plus favorisée ou sur l'approche de l'ALÉNA.³³⁹ Celle-ci est proche du modèle américain de TBI, qui accorde le bénéfice du traitement national à l'entrée,³⁴⁰ via l'insertion du fameux triptyque « établissement, acquisition et expansion » pour déterminer la portée du standard de traitement national.

751. Lors des négociations sur l'accès au marché, l'Union doit aussi veiller à différencier ses positions en fonction des pays partenaires, en garantissant la réciprocité de l'application du traitement national à l'admission vis-à-vis des pays développés, tout en excluant des secteurs sensibles dans une liste négative en annexe, et en maintenant une certaine asymétrie vis-à-vis des

³³⁵ OMC, *Document de réflexion sur les modalités avant établissement, communication de la Communauté et de ses États membres*, 27 juin 2002, WT/WGTI/W/121, p.1.

³³⁶ Les TBI extra-européens n'accordent pas de droit à l'entrée et se contentent d'une clause d'admission ou des meilleurs efforts en préambule, qui n'a donc pas de force contraignante. Voir I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, « Los APPRI en la Unión Europea post-Lisboa », *loc.cit.*, p.770; M. Bungenberg, « Going global ? The EU Common commercial policy after Lisbon », *loc. cit.*, p.142 et suiv.

³³⁷ COM(2010) 343 final, p.5 et suiv. ; résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, §21.

³³⁸ Pour un auteur, l'Union poursuivra l'approche de l'AGCS, pour ses bénéfices économiques et l'achèvement des objectifs qu'elle permet. Celle-ci est fondée sur une extension du régime applicable aux investissements intra-européens vers les pays tiers, en admission et traitement. Elle autorise un engagement bilatéral plus élevé que dans le cadre de l'OMC. Voir A. Dimopoulos, *EU foreign investment law, op. cit.*, p.187.

³³⁹ L'application du modèle de l'ALÉNA, s'agissant de la phase antérieure à l'investissement, est aussi prônée. Celui-ci prévoit le traitement national durant la phase antérieure à l'investissement et contient des exceptions. Voir S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op. cit.*, p.32 et suiv.

³⁴⁰ J. Chaisse, « Promises and pitfalls of the European Union policy on foreign investment... », *loc. cit.*, p.19.

pays en développement.³⁴¹ Les futurs accords européens sont donc en mesure d'accorder le standard de traitement national à l'admission, avec l'établissement d'une liste d'exceptions.

2) Insertion d'exceptions d'intérêt général à l'application des dispositions de protection des investissements

752. Rétablir l'équilibre conventionnel passe par l'introduction d'exceptions d'intérêt général à l'application des dispositions de protection. Des exceptions spécifiques et des exceptions générales peuvent donc compléter le contenu des futurs accords, sur la base de multiples possibilités théoriques.³⁴² La question de l'insertion d'exceptions spécifiques a déjà été abordée, par le biais de la clarification et de l'encadrement des dispositions de protection. Intéressons-nous à l'introduction des exceptions générales qui, par leur caractère générique, ont vocation à régir l'ensemble des dispositions de l'accord et constituent la « nouvelle génération » d'exceptions à l'application des règles de protection des TBI extra-européens.³⁴³

753. En ce sens, le Parlement européen a souligné la nécessité d'*« intégrer dans tous les futurs accords une clause spécifique qui précise le droit de l'Union européenne et de ses États membres à réglementer, entre autres, la protection de l'environnement, la santé publique, les droits des travailleurs et des consommateurs, la politique industrielle ainsi que la diversité culturelle »*.³⁴⁴ Une telle clause garantirait donc la « protection de l'espace public ».³⁴⁵ Le Parlement européen a justifié une telle insertion en soutenant que, puisque dorénavant les pays développés ne sont plus les seuls pays d'origine des investissements, *« l'Union européenne devrait garder à l'esprit qu'il est également nécessaire qu'elle se protège elle-même contre des investissements étrangers potentiellement agressifs »*.³⁴⁶

³⁴¹ Résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, §21.

³⁴² A. von Walter, « Balancing investor's and host States' rights – What alternatives for treaty makers ? », *loc.cit.*, p.142 ; L. Markert, « The crucial question of future investment treaties : balancing investors' rights and regulatory interests of host States », in M. Bungenberg *et al.* (eds), *European yearbook of international economic law...*, *op.cit.*, pp.145-171 ; S. El Boudouhi, « La notion d'intérêt général dans les règles substantielles de protection des investissements », *AFDI*, vol.51, 2005, pp.542-563 ; P. Juillard, « The law of international investment : can the imbalance be redressed ? », in K.P. Savant (ed.), *Yearbook on international investment law and policy 2008-2009*, Oxford University Press, 2009, pp.273-282.

³⁴³ Cette « nouvelle génération » vient en complément des exceptions dites traditionnelles, contenues dans les TBI extra-européens et qui sont relatives aux intérêts fondamentaux de l'État. Voir S. El Boudouhi, « La notion d'intérêt général dans les règles substantielles de protection des investissements », *loc.cit.*, pp.558-62.

³⁴⁴ Résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, §25.

³⁴⁵ Rapport du Parlement européen du 22 mars 2011 sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux, §24. Une telle clause avait été insérée à l'article 12 du modèle norvégien de TBI de 2007.

³⁴⁶ Il est aussi considéré qu'une clause contenant des exceptions générales est préférable à une clause dégageant des exceptions spécifiques, en ce que la première permet de « dégager un ensemble de valeurs prééminentes quelle que

754. Il est vrai que cette clause permettrait de « *rechercher le juste équilibre entre la protection des droits des investisseurs et le droit des autorités publiques de réglementer* ». ³⁴⁷ Pour cela, il faut qu'elle précise clairement que ce droit de réglementer provient des exigences du droit européen. ³⁴⁸ La rédaction de la clause doit aller au-delà d'une expression purement générique d'un droit de réglementer. C'est le cas de l'article 18 du Traité sur la Charte de l'énergie, qui dispose que « *les parties contractantes reconnaissent la souveraineté nationale et les droits souverains sur les ressources énergétiques. Elles réaffirment qu'ils doivent être exercés en conformité et sous réserve des règles du droit international* », ou l'article 1141.1 du chapitre 11 de l'ALENA, qui précise qu'« *aucune disposition du présent chapitre ne pourra être interprétée comme empêchant une Partie d'adopter, de maintenir ou d'appliquer une mesure, par ailleurs conforme au présent chapitre, qu'elle considère nécessaire pour que les activités d'investissement sur son territoire soient menées d'une manière conforme à la protection de l'environnement* ».

755. Des domaines d'exceptions précis doivent aussi être posés, sur le modèle de l'article XX du GATT tel que repris à l'article 135 de l'accord de libre-échange UE-Chili. ³⁴⁹ Enfin, il est aussi pertinent de songer à la protection du maintien ou de l'exécution des mesures édictées, via une clause d'exécution des mesures prises en raison des politiques publiques. ³⁵⁰

3) Clauses de cohérence vis-à-vis de l'action externe de l'Union européenne

756. En plus de l'affirmation d'un droit de réglementer des États, il est également souhaitable d'insérer des clauses de cohérence permettant la prise en compte des objectifs des diverses politiques publiques, ³⁵¹ eu égard aux principes et valeurs de l'action extérieure de l'Union

soit la règle protectrice dont il s'agit ». Voir S. El Boudouhi, « La notion d'intérêt général dans les règles substantielles de protection des investissements », *loc.cit.*, p.588.

³⁴⁷ Voir Parlement européen, « Politique européenne d'investissement : rechercher le juste équilibre », communiqué de presse du Parlement européen, 18 mars 2011, p.1.

³⁴⁸ L'article XV du TBI Canada-République tchèque prévoit, §3, que « *Toute référence dans le présent accord à des mesures d'une Partie contractante comprend les mesures applicables, conformément au droit de l'Union européenne, sur le territoire de cette Partie contractante de par sa qualité de membre de l'Union européenne.* »

³⁴⁹ Une réserve dans ce sens serait aussi prévue dans un document interne à la Commission européenne de juillet 2012, qui déclare que le droit de réglementer devrait être incorporé dans les TBI extra-européens, de la même façon que l'ont fait les accords de libre-échange conclus par la Commission européenne. Voir C. Titi, « EU investment agreements and the search for a new balance... », *loc.cit.*, p.1.

³⁵⁰ Ainsi, l'article XVII §2 du TBI Canada-Lettonie de 2009 prévoit qu'« *Aucune disposition du présent accord n'a pour effet d'empêcher une Partie contractante d'adopter, de maintenir en place ou d'exécuter une mesure, compatible avec le présent accord, qu'elle considère comme appropriée pour s'assurer que l'activité d'investissement faite sur son territoire est entreprise dans le respect des considérations environnementales.* »

³⁵¹ La Commission a reconnu qu'il était nécessaire de prendre en compte, dans ce domaine, « *les autres politiques en matière de protection de l'environnement, de travail décent, de santé et de sécurité sur le lieu de travail, de protection des consommateurs, de diversité culturelle, de développement et de concurrence.* » Voir COM(2010) 343

européenne. Il semble ainsi que la Commission européenne envisage d'inclure, au sein des futurs accords d'investissements, des dispositions de ce type, en s'inspirant du résultat de ses négociations avec le CARIFORUM. Toutefois, la modalité d'insertion reste à déterminer.³⁵²

757. S'agissant d'abord de la recherche de la cohérence sectorielle, la pratique conventionnelle récente de l'Union européenne peut servir de modèle.³⁵³ L'insertion d'une clause de cohérence dans le domaine de l'environnement, sur le modèle de l'article 11 du TFUE ou de l'article 168 §1 TFUE en matière de santé publique, est à étudier, à laquelle devrait s'adjoindre une définition par l'Union européenne du développement durable.³⁵⁴ La nécessité d'insérer une clause de responsabilité sociale des entreprises a été soulignée. Cette clause « devra inclure une obligation de transparence et de suivi, ainsi que la possibilité pour les victimes de non-respect de ces dispositions de saisir un juge, »³⁵⁵ en écho aux pratiques récentes des Nations Unies et de l'OCDE.³⁵⁶

758. La cohérence globale peut être atteinte par le biais de l'influence politique qu'obtient l'Union européenne en résultat de l'insertion de clauses dites de conditionnalité, incitatives ou négatives.³⁵⁷ En considérant la pratique conventionnelle européenne antérieure sur ce thème, il n'apparaît pas impossible d'élaborer une clause démocratique ou « d'éléments essentiels », sur le modèle des accords de libre-échange en vigueur, ce qui sera certainement repris dans les futurs accords de libre-échange avec volet investissement.

759. Une telle clause autorise la prise en compte effective des principes et valeurs de l'action extérieure de l'Union européenne, dépassant le caractère déclaratoire des clauses de cohérence

final, p.10.

³⁵² T. Baert, « Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux... », *loc.cit.*, p.4.

³⁵³ Voir les articles 9 et 12 du titre II de l'accord de Cotonou révisé le 22 juin 2010 à Ouagadougou.

³⁵⁴ Une telle définition permettrait d'assurer l'effectivité du droit de réguler des États en vertu de ce que recommande le modèle IISD. Un auteur conseille d'adopter une « définition "étroite" axée sur des domaines prioritaires spécifiques, comme les normes de protection des travailleurs et de l'environnement qui ont déjà été reprises dans certains accords commerciaux préférentiels de l'UE. Cette approche garantirait la clarté et la prévisibilité réglementaires par rapport à l'impact potentiel des accords sur les dimensions identifiées/définies du développement durable. » Voir S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.56.

³⁵⁵ Résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, §28 et 29. Voir aussi E. Chalamish, « The future of bilateral investment treaties : a *de facto* multilateral agreement ? », *loc.cit.*, pp.345-52.

³⁵⁶ Parmi ces initiatives, on note les principes directeurs du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme et les entreprises John Ruggie et les principes directeurs de l'OCDE pour les entreprises multinationales qui établissent un système de points de contact nationaux. Voir résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, §27.

³⁵⁷ Par l'insertion d'une clause de conditionnalité incitative, contenue dans l'accord de Cotonou et les accords euro-méditerranéens, le respect des principes démocratiques et des droits de l'homme constitue un élément essentiel de l'accord. Quant à la clause de conditionnalité négative, dite « bulgare », elle prévoit la suspension ou la dénonciation des accords, en cas de non-respect des éléments essentiels, par le biais d'une mesure qui doit être proportionnée. Voir E. Neframi, *L'action extérieure de l'Union européenne...*, *op.cit.*, p.147.

sectorielle. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht, la clause démocratique a été insérée dans les accords commerciaux conclus par la Communauté. Cependant, on note en pratique un manque de crédibilité de l'Union européenne, car cette dernière n'a quasi jamais appliqué les mesures-sanctions prévues.³⁵⁸

760. Pour conclure, les possibilités théoriques d'un renouvellement européen du droit matériel des investissements internationaux sont grandes. Il est même envisageable de prolonger cette tendance au plan institutionnel. Un auteur suggère en effet la création d'une agence européenne de garantie des investissements. Cette agence serait façonnée sur le modèle des agences nationales, qui perdront leur pertinence à mesure que l'Union européenne affirmera sa compétence.³⁵⁹

Section 2. Étude pratique des opportunités d'évolution du droit matériel des investissements internationaux

761. Déterminons désormais la capacité effective d'intégration de l'Union européenne au sein du processus de conclusion des traités internationaux d'investissement et les évolutions du contenu de ces traités. Des réponses précises doivent donc être apportées à la question de la nature des futurs accords, de leur contenu en droit matériel et de l'identité des parties signataires. Dans le cadre d'un contexte favorable au renouveau,³⁶⁰ le transfert de compétence en faveur de l'Union européenne a donc vocation à influencer le mode de production de la norme internationale et son contenu non seulement à l'échelle régionale, mais aussi possiblement à l'échelle mondiale.³⁶¹

762. Notons d'emblée que la nouvelle compétence de l'Union européenne en matière d'IDE, renforcée par le règlement N°1219/2012, n'entraîne pas à court terme de changements radicaux mais donne lieu à une évolution inscrite dans la progression et la gradation. L'on devrait ainsi assister à un début de retrait des États membres de la scène lorsque l'Union européenne aura exercé pleinement sa compétence et qu'un nouveau réseau conventionnel aura été constitué.³⁶²

³⁵⁸ Voir N. Fernández Sola, « La projection extérieure des principes fondateurs de l'Union européenne », *loc.cit.*, p.65 et suiv. ; R. Torrent, *Derecho y práctica de las relaciones exteriores*, *op.cit.*, p.216.

³⁵⁹ J. Chaisse, « Promises and pitfalls of the European Union policy on foreign investment... », *loc.cit.*, p.23.

³⁶⁰ La plupart des TBI extra-européens ont été conclus durant le décollage de la matière, pour une durée de quinze ans.

³⁶¹ « On ne sait pas encore de quelle façon le transfert des compétences en matière d'IED des États membres de l'Union européenne à l'Union européenne elle-même proprement dite influera sur le régime global des AII. » Voir CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde*, Nations Unies, New York et Genève, 2011, p.19.

³⁶² S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.VII ; S. El Boudouhi, « L'avenir des traités bilatéraux d'investissement conclus par les États membres de l'Union européenne avec les États

763. Analysons en premier lieu comment l'Union européenne envisage d'élaborer sa politique commune d'investissement, ce qui nous permettra de réfléchir à la nature des futurs accords d'investissement qui seront négociés, ainsi qu'à leur contenu (**Paragraphe 1**). En second lieu, nous verrons que le mode de conclusion de ces accords devrait être, au moins durant les prémices de l'édification de la nouvelle politique, plural, ce qui invite à retenir que l'identité des futurs signataires dépend de la nature des instruments conventionnels négociés (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. L'élaboration pragmatique et flexible de la politique européenne d'investissement

764. Nous avons déjà noté que la notion d'accord international d'investissement regroupe plusieurs catégories : les accords de libre-échange comprenant un volet investissement et les traités bilatéraux d'investissement. L'analyse de l'eupéanisation du droit matériel des investissements extra-européens suppose d'identifier en premier lieu la nature des futurs accords internationaux formant la politique commune d'investissement (**A**), parmi lesquels ceux que l'Union européenne peut négocier et conclure sur la base de l'article 207 TFUE.³⁶³

765. Par ailleurs, il est nécessaire de déterminer le contenu de ces futurs accords, en désignant les dispositions, parmi celles qui ont été énumérées dans le cadre de notre précédente analyse, retenues suite aux négociations avec les pays tiers (**B**). Lors de l'élaboration de la politique commune, nous sommes d'avis que les instances bruxelloises feront preuve de flexibilité et de pragmatisme,³⁶⁴ en adaptant la catégorie et le contenu des accords en fonction des pays tiers visés. Le document de référence pour ces développements est la note de synthèse de la Commission européenne du 12 mai 2015.³⁶⁵

A. L'identité des futurs instruments conventionnels

766. Négocier dans les plus brefs délais de nouveaux accords d'investissement est, pour

tiers », *loc.cit.*, p.101 ; I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, « Competencia de la Unión Europea en materia de inversiones extranjeras... », *loc.cit.*, p.132.

³⁶³ Pour un auteur, l'article 207 TFUE apparaît comme un choix par excellence de base légale pour la conclusion des futurs accords européens d'investissement. Puisque les dispositions de ces derniers iront au-delà de la matière des IDE, il faudra avoir recours à plusieurs bases légales. A. Dimopoulos, *EU foreign investment law, op. cit.*, pp.137 et suiv.

³⁶⁴ *Ibidem*, p.214.

³⁶⁵ Commission européenne, « Note de synthèse - L'investissement dans le TTIP et au-delà – La voie de la réforme », 12 mai 2015.

l'Union européenne, un impératif qui doit lui permettre d'affirmer et d'exercer sa compétence. Une inertie de sa part pourrait compromettre le lancement de sa future politique commune, en permettant aux pays tiers de poursuivre leurs politiques avec les États membres.³⁶⁶ La Commission élabore donc sa stratégie de négociation, qui est censée aboutir à la conclusion de divers instruments conventionnels composant la politique commune d'investissement, mais aussi participant momentanément au macrocosme d'accords.

767. En écartant pour le moment la problématique de l'identité des futurs signataires, deux types d'accord doivent être l'objet de négociations menées, à divers degrés, par la Commission européenne. Il s'agit tout d'abord d'accords de libre-échange comprenant un volet investissement, **(1)** puis de TBI extra-européens **(2)**. Dans l'attente d'un renforcement de la compétence, se pose la question de la préparation d'un nouveau modèle de TBI extra-européen pouvant servir de base aux futures négociations **(3)**.

1) Les négociations relatives aux accords de libre-échange

768. Il a déjà été mentionné que la Commission européenne souhaite favoriser, depuis un certain temps et sur le modèle des États-Unis, la conclusion d'accords de libre-échange comprenant un chapitre intégrant la protection à la libéralisation des investissements.³⁶⁷ Le Conseil a ainsi accordé, en 2011, des mandats de négociations à la Commission européenne visant l'insertion d'un volet investissement au sein des accords de libre-échange à négocier avec les pays tiers.³⁶⁸ Ces derniers ont été sélectionnés en vertu de plusieurs critères, parmi lesquels le potentiel des marchés, l'ampleur des flux d'investissement, la prévisibilité et la stabilité du climat d'investissement et le niveau de protection garanti aux investisseurs.³⁶⁹

769. Ces partenaires, avec lesquels la Commission européenne a annoncé dès 2010 souhaiter officiellement négocier, sont notamment le Canada, l'Inde, le Mercosur, la Russie, Singapour et la Corée du Sud.³⁷⁰ Plus récemment, la Tunisie, le Maroc, la Jordanie et l'Égypte ont été *inter alia*

³⁶⁶ F. J. Pascual Vives, «Los acuerdos sobre promoción y protección recíproca de las inversiones extranjeras y el derecho de la Unión europea», *loc.cit.*, p.483.

³⁶⁷ COM(2010) 343 final, p.5. Pour un état des négociations, se référer à EU trade, *Overview of FTA and other trade negotiation*, 5 February 2013, disponible à http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf

³⁶⁸ Pour le Canada, l'Inde et Singapour, voir le communiqué de presse du Conseil de l'Union européenne, 3109ème session, Affaires générales, Bruxelles, le 12 septembre 2011, p.13.

³⁶⁹ COM(2010) 343 final, pp.7-8 ; Conclusions du Conseil de 2010, considérant 12, p.4. Pour une étude de ces critères, voir S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, pp.24-34.

³⁷⁰ Les critères proposés par la Commission européenne suggèrent également de négocier avec d'autres pays, tels que

adjoints à la liste.³⁷¹ La Commission a donc ouvert les négociations avec le Canada, l'Inde et Singapour. Des accords de libre-échange avec volet investissement doivent alors être conclus avec ces pays tiers.³⁷² Enfin, les négociations plus récentes avec les États-Unis sont censées conduire à la conclusion d'un accord nommé partenariat transatlantique de commerce et d'investissement.³⁷³ La Commission parle aussi de négociations d'accords de libre-échange avec le Japon, la Malaisie, la Thaïlande et la Nouvelle-Zélande.³⁷⁴ Les négociations avec Singapour, le Vietnam, et le Canada ont depuis abouti.³⁷⁵

770. Jusqu'à présent, les accords de libre-échange se sont contentés de réguler la phase antérieure à l'investissement et ont encouragé la conclusion de TBI s'agissant de la phase postérieure à l'investissement. Avec l'obtention de la compétence en matière d'IDE, l'enjeu des futures négociations est d'insérer au sein du contenu des futurs accords de libre-échange les dispositions des TBI extra-européens relatives à la phase postérieure à l'investissement,³⁷⁶ ce que confirment la communication de 2010,³⁷⁷ puis les mandats de négociations obtenus par la Commission pour ses accords avec l'Inde, Singapour et le Canada.³⁷⁸

771. Ces mandats autorisent donc l'inclusion, au sein des futurs accords de libre-échange,

les membres du Conseil de coopération des États arabes du Golfe, la Malaisie et l'Afrique du Sud. Voir S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.28.

³⁷¹ Le Conseil a salué l'ouverture, depuis décembre 2011, de négociations avec la Tunisie et a adopté des mandats de négociation pour des accords, qui comprendront un volet investissement, avec le Maroc, la Jordanie, l'Égypte et la Tunisie. Voir le communiqué de presse de la Commission européenne, IP/11/1545, 14 décembre 2011.

³⁷² Un auteur avait suggéré que les négociations avec la Chine, l'Inde et la Russie tendraient vers la conclusion d'un TBI extra-européen. Pour savoir si un accord de libre-échange ou un TBI extra-européen sera conclu, il conviendrait de se rapporter aux critères dégagés. Voir S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.35.

³⁷³ La Commission a élaboré un mandat, le 12 mars 2013. Voir Commission européenne, « Ouverture des négociations entre l'Union européenne et les États-Unis en vue de la conclusion d'un partenariat transatlantique de commerce et d'investissement », Mémo/13/95, 13 février 2013 ; E. Bierbrauer, *Ways and means towards a future EU-US trade and investment agreement*, Étude du Parlement européen, octobre 2012.

³⁷⁴ Voir le site internet de la Commission européenne, *ec.europa.eu/trade*

³⁷⁵ Voir l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Vietnam, dont le texte préliminaire a été publié en février 2016 ; Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne, proposé à la signature par la Commission européenne le 5 juillet 2016 ; Accord de libre-échange entre l'Union européenne et Singapour, dont les négociations se sont achevées le 17 octobre 2014.

³⁷⁶ Le contenu des futurs accords de libre-échange avec volet investissement est décrit par la *Minimum platform*, qui comme nous l'avons vu, ne contient pas de dispositions sur l'exigence de compensation en cas d'expropriation et sur le recours à l'arbitrage d'investissement, mais se limite à une approche concernant la libéralisation. La nouvelle compétence permettrait donc de dépasser le cadre prévu par ce document de travail. Voir S. Nappert, « Le droit dérivé et les investissements », *loc.cit.*, p.89-94.

³⁷⁷ COM(2010) 343 final, pp.9-10.

³⁷⁸ Le texte des mandats de négociations accordés à la Commission européenne pour négocier des accords de libre-échange avec l'Inde, le Canada et Singapour a été rendu public. Voir Text of the mandates, « EU-Canada (CETA), India and Singapore FTAs - EC negotiating mandate on investment (2011) », 15 September 2011, disponible à <http://www.bilaterals.org/spip.php?article20272&lang=en>

des domaines de compétences encore controversés, comme les investissements indirects, la protection contre l'expropriation et le recours à la voie arbitrale mixte.³⁷⁹ Ils recouvrent l'ensemble des dispositions matérielles du droit des investissements extra-européens.³⁸⁰ La Commission a donc les outils pour fusionner les dispositions relatives à l'accès au marché avec celles de protection dans le cadre des futurs accords, ce qui renforce ainsi sa capacité de négociation.³⁸¹ Il conviendra de confirmer ces propos lors de la publication du texte des divers accords.

772. Il convient enfin de se demander en quoi la décision du Royaume-Uni pourrait perturber les négociations des accords. S'agissant de celles relatives à l'Accord transatlantique, la Commission européenne souhaite pourtant poursuivre les négociations au nom du Royaume-Uni qui reste membre,³⁸² en vertu de l'article 50 TFUE, jusqu'à la conclusion de l'accord de retrait, ou « dans les deux ans à dater de la notification de retrait », en sachant que « *Le Conseil peut décider de prolonger cette période* ».

2) L'avenir des négociations de TBI extra-européens

773. Face à la conclusion d'accords de libre-échange comprenant des chapitres complets en matière d'investissement, il est possible de s'interroger sur la nécessité de négocier de nouveaux TBI extra-européens.³⁸³ L'avenir de cette catégorie d'instrument conventionnel ne semble cependant pas remis en cause,³⁸⁴ puisque la Commission a déjà annoncé vouloir négocier de nouveaux TBI extra-européens, devant aboutir à des conclusions possiblement sans l'appui des États membres. Les pays tiers devant faire l'objet de négociations en ce sens seraient la Chine et la Birmanie.³⁸⁵ La

³⁷⁹ Se référer aux dispositions du « Title 3 A : Investment protection, objectives », *ibidem*.

³⁸⁰ Il est précisé que ces dispositions devront être regroupées sous la forme d'un chapitre séparé des dispositions relatives à l'accès au marché. *Ibid.*

³⁸¹ Toutefois, l'alliance des deux types d'accord ne se fera pas sans difficultés. Du côté des investisseurs et de certains États membres, il est soutenu que l'insertion des dispositions de protection au sein des accords diminuerait leurs effets, par un avantage donné à la phase antérieure à l'investissement et au principe de cohérence, en résultat d'une politisation du contenu des accords. Les TBI extra-européens deviendraient aussi redondants, puis obsolètes. Voir A. Dimopoulos, *EU foreign investment law*, *op. cit.*, p.193 ; S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.20 ; COM(2010) 343 final, p.6.

³⁸² Voir « Nouvelles en bref », *Investment Treaty News*, n°3, vol.7, août 2016, p.11.

³⁸³ B. Poulain et M. Raux, « Actualité du droit européen des investissements internationaux », *loc.cit.*, p.117.

³⁸⁴ La communication de 2010 annonce à première vue la fin des TBI extra-européens en employant, au sujet des réseaux étatiques de TBI extra-européens, le terme d'« héritage », faisant dire à la doctrine que la Commission européenne dispose d'un « droit d'inventaire ». COM(2010) 343 final, p.11. Voir B. Poulain et M. Raux, « Actualité du droit européen des investissements internationaux », *loc.cit.*, p.119.

³⁸⁵ S. Falletti, « UE/Chine – Le traité d'investissement toujours dans les limbes », *Europolitique*, 30 novembre 2012 ; Commission staff working document, *External sources of growth, Progress report on EU trade and investment relationship with key economic partner*, July 2012, p.3 ; pour une description du contenu des négociations, voir K. de Gucht, « EU-China trade relations », China Britain Business Council Summer Lunch/ London, 9 July 2012.

Commission européenne souhaite ainsi s'approprier cette catégorie d'AI.

774. Les TBI doivent également participer au développement de la future politique commune, eu égard aux traités conclus par les États membres, restant en vigueur tant que l'Union européenne n'a pas conclu d'accords équivalents selon le règlement N°1219/2012. Reste à savoir ce que la Commission européenne souhaite obtenir de cet encadrement des TBI extra-européens.

775. Il ne s'agit probablement pas de la mise à l'écart de ce type d'instrument conventionnel. En effet, il se peut que les États membres restent compétents *sine die* s'agissant de la conclusion des futurs TBI extra-européens placée sous la houlette de la Commission européenne. La Commission précise en ce sens que, pour l'Union européenne, « il ne semble ni faisable ni souhaitable qu'elle se substitue aux efforts de promotion des investissements des États membres. »³⁸⁶ Ainsi, la Commission européenne aurait les moyens de se concentrer sur les négociations des accords de libre-échange.³⁸⁷

776. L'intégration des dispositions de protection au sein des accords de libre-échange pose la question de la possible obsolescence des TBI extra-européens. Toutefois, pour certains auteurs, les futurs chapitres investissement n'ont pas pour effet de remplacer les TBI extra-européens et d'entraîner leur caducité.³⁸⁸ Le particularisme des TBI extra-européens a été ainsi souligné, en les caractérisant comme des instruments à part entière de protection des investissements, dont la disparition reviendrait à priver les investisseurs européens d'un instrument de coopération économique fait « sur-mesure », en fonction du pays tiers.³⁸⁹

3) L'élaboration d'un nouveau modèle européen de TBI ?

777. Durant la période de transition initiée par le règlement 1219/2012, il est permis de se demander si les instances bruxelloises envisagent la création d'un nouveau modèle de TBI extra-européen. En tant qu'unique instrument conventionnel, il servirait de référence à la Commission européenne et aux États membres, lors des négociations avec les pays tiers. Le Parlement européen

³⁸⁶ COM(2010) 343 final, p.6.

³⁸⁷ Les éventuelles négociations d'un TBI extra-européen de la Commission avec les pays tiers ne seraient qu'un essai. En ce qui concerne la conclusion d'un éventuel TBI extra-européen entre l'Union européenne et la Chine, les négociations montreront si l'Union peut conclure un tel instrument, selon des délais réalistes avec des résultats ambitieux et équilibrés. Voir S. Falletti, « UE/Chine – Le traité d'investissement toujours dans les limbes », *ibidem* ; Commission staff working document, *External sources of growth...*, *ibidem*, p.9 et suiv.

³⁸⁸ B. Poulain et M. Raux, « Actualité du droit européen des investissements internationaux », *loc.cit.*, p.117.

³⁸⁹ *Ibidem*, p.119.

a encouragé l'établissement d'un tel texte, invitant « *la Commission à concilier ces différences afin de créer un modèle européen solide pour les accords d'investissement, qui serait également ajustable en fonction du niveau de développement du pays partenaire.* »³⁹⁰ La Commission européenne a indiqué, dans sa communication de 2010, qu'elle ne souhaitait pas élaborer un modèle de TBI extra-européen.³⁹¹ De multiples raisons ont été invoquées à l'appui de ce choix.

778. L'élaboration d'un modèle de TBI extra-européen est tout d'abord contraire à la logique de flexibilité et de pragmatisme qui irrigue l'approche de la Commission européenne du droit matériel des investissements internationaux.³⁹² Elle s'oppose en outre à la vélocité et à l'efficacité avec lesquelles les futurs accords doivent être négociés et conclus.³⁹³ La Commission tire certes profit de l'expérience des États membres,³⁹⁴ mais selon une approche plus pratique et réaliste. Et un auteur d'ajouter qu'il existe déjà un modèle partiel d'accord européen d'investissement incarné par la *Minimum platform*, qui nécessite des amendements et une intégration des dispositions relatives à la protection des investissements pour que naisse un véritable modèle de TBI extra-européen.³⁹⁵

779. Enfin, la nécessité d'un modèle de TBI a été questionnée.³⁹⁶ Son plus grand avantage est un gain de cohérence, de transparence et d'uniformité dans le régime applicable aux investissements extra-européens, mais aussi une possibilité d'introduction de dispositions novatrices. Toutefois, de trop nombreux obstacles ont raison de l'élaboration d'un tel modèle,³⁹⁷ puisque sa portée concrète s'avère douteuse et limitée.³⁹⁸ Sa plus-value restant à démontrer, la Commission devrait opter pour une approche plus directe et réaliste. Plus qu'un modèle de TBI,

³⁹⁰ Résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, §9. Le Parlement remarque également la volonté de la Commission européenne de ne pas établir un modèle, en reconnaissant qu'elle souhaite conserver une marge de manœuvre. Voir le rapport Arif sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux du 22 mars 2011, pp.14-15.

³⁹¹ COM(2010) 343 final, p.6 ; J. Chaisse, « Promises and pitfalls of the European Union policy on foreign investment... », *loc.cit.*, p. 13

³⁹² La proposition d'adapter les dispositions des futurs accords d'investissement au contexte des négociations, en fonction du pays partenaire, est à noter. En ce sens, « nous ne pensons pas que cela [l'utilisation d'une approche unique] soit approprié pour des négociations avec des économies en développement, émergentes et développées. » T. Baert, « Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux... », *loc.cit.*, p.4 ; S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.18.

³⁹³ Construire un modèle « signifierait consacrer une année ou plus à discuter en interne, et avec d'autres institutions, du modèle parfait ». Voir T. Baert, « Vers une politique européenne globale... », *ibidem*.

³⁹⁴ *Ibid.*

³⁹⁵ Voir A. de Mestral, « Is a model EU BIT possible - or even desirable ? », *loc.cit.*, p.2.

³⁹⁶ La doctrine met en avant la nécessité d'un modèle, qui permettrait au moins de servir de guide aux États membres dans les négociations, avant que l'Union n'exerce sa compétence. Voir F. J. Pascual Vives, « Los acuerdos sobre promoción y protección recíproca de las inversiones extranjeras y el derecho de la Unión europea », *loc.cit.*, p.483 et suiv.

³⁹⁷ D. Müller, « European model BIT – What do we need it for? », Charles University Prague, disponible à <http://worldtradelaw.typepad.com/files/modelbit-muller.pdf>

³⁹⁸ *Ibidem*.

c'est un modèle d'accord de libre-échange que l'Union mettrait en place.

B. Le contenu des futurs instruments conventionnels

780. Quelle sera ensuite la capacité concrète d'eupéanisation du contenu des futurs accords d'investissement ? Après avoir procédé à la désignation des divers types d'accords d'investissement devant composer la future politique commune, il convient tout d'abord de constater que le contenu de ces accords devrait être globalement similaire. Après avoir constaté que le *statu quo* sera maintenu s'agissant de l'existence du macrocosme d'accords, il est souhaité démontrer que ce dernier devrait également globalement s'appliquer à leur contenu.

781. La raison peut en être les positions divergentes des différentes instances bruxelloises à propos du renouvellement du contenu des accords.³⁹⁹ Eu égard au délicat jeu de la conciliation des intérêts mais aussi aux capacités renforcées de négociation des pays tiers, l'Union européenne dispose donc d'une marge de manœuvre réduite pour faire évoluer les accords au-delà d'une mise en conformité avec le droit européen (1). Elle ne pourra alors insérer certaines innovations qu'à moyen et long terme (2).

1) Un *statu quo* quant au contenu des dispositions de droit matériel

782. Nous sommes d'avis que, durant les prémices de la construction de la politique commune, le contenu des futurs accords ne devrait pas s'inscrire en nette rupture avec le contenu des instruments conventionnels étatiques. Ainsi, l'encadrement des TBI extra-européens en vigueur devrait aboutir à un toilettage *a minima* de leurs dispositions,⁴⁰⁰ assurant la conformité avec le droit européen et l'exercice future de la compétence européenne.⁴⁰¹ Le contenu des chapitres

³⁹⁹ Ainsi, le Parlement européen a retenu une approche très ambitieuse s'agissant des possibilités d'innovation, par le biais de l'insertion d'obligations contraignantes dans le domaine des droits de l'homme, alors que la Commission est plus réaliste. Voir résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, §37 ; A. Dimopoulos, *EU foreign investment law, op.cit.*, p.219.

⁴⁰⁰ A. Dimopoulos, *EU foreign investment law, op.cit.*, p.322.

⁴⁰¹ Les TBI extra-européens, sous surveillance de la Commission européenne durant l'application du règlement 1219/2012, devraient contenir des clauses de terminaison automatique des accords, afin de s'assurer de l'exercice futur de la compétence de l'Union, via la réalisation de ce que prévoit l'article 351 §2 du TFUE. Il serait possible de s'inspirer de pratique relative aux règlements N°662/2009 et N°664/2009, notamment l'article 5 §2 du règlement N°662/2009, qui prévoit la dénonciation ou la substitution de l'accord antérieur. Voir E. Neframi, *L'action extérieure de l'Union européenne...*, *op.cit.*, p. 131 ; F. J. Pascual Vives, « Los acuerdos sobre promoción y protección recíproca de las inversiones extranjerías y el derecho de la Unión europea », *loc.cit.*, p.483 et note infra-paginale n°172 ; règlement (CE) N°662/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 instituant une procédure pour la négociation et la conclusion d'accords entre les États membres et des pays tiers sur des questions particulières

investissement des accords de libre-échange devrait être fondé sur celui des TBI. Pourraient cependant s'adjoindre quelques clarifications, voire des dispositions ayant l'allure d'innovations.

783. Il n'y aurait donc pas, à court terme, de nouveautés majeures dans le contenu des futurs TBI extra-européens et des volets investissement des accords de libre-échange.⁴⁰² Le contenu du chapitre investissement de l'accord UE-Canada le révèle. S'agissant des dispositions de droit matériel, il introduit en préambule une disposition visant à réaffirmer le pouvoir normatif des États,⁴⁰³ définit le standard de traitement juste et équitable via une liste détaillée et précisent le cas de l'expropriation indirecte, celui-ci ne pouvant être caractérisé que lorsque l'investisseur est substantiellement privé des prérogatives liées à la propriété.⁴⁰⁴ Notons que les parties à l'accord peuvent délivrer des interprétations contraignantes des dispositions qui nécessitent des éclaircissements.⁴⁰⁵

784. Rappelons, pour expliquer ces avancées à la portée limitée,⁴⁰⁶ que l'élaboration de la politique commune est encore au stade préliminaire du désir d'appropriation des politiques étatiques.⁴⁰⁷ Par ailleurs, l'entrée en vigueur du règlement 1219/2012 vise en premier lieu à garantir la protection des intérêts européens et non des intérêts globaux,⁴⁰⁸ en conservant la conception classique s'agissant de la fonction des TBI extra-européens, à savoir que ces derniers sont vus comme un outil de protection permettant la libéralisation des échanges, non comme un outil de coopération et de développement économique.⁴⁰⁹

785. Les seules innovations que la Commission vise sont l'obtention de droits à l'entrée et

concernant le droit applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles.

⁴⁰² Le contenu est néanmoins appelé à évoluer et le niveau de protection sera variable, en fonction du « *climat politique, institutionnel et économique* » des pays partenaires. COM(2010) 343 final, p.7.

⁴⁰³ Voir l'article 8.9 de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne, proposé à la signature par la Commission européenne le 5 juillet 2016.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, articles 8.10 et l'Annexe 8A.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, article 8.31.

⁴⁰⁶ Voir Investment provisions in the EU-Canada free trade agreement (CETA), 3/12/2013, p.1 et suiv ; N. Bernasconi-Osterwaler, « Le projet de chapitre sur l'investissement de l'accord économique et commercial global entre le Canada et l'UE : l'UE et le Canada font-ils marche arrière ? », *Investment Treaty News*, n°4, vol.3, 2013, pp.10-13.

⁴⁰⁷ En ce sens, un auteur constate que l'Union européenne dispose du « matériel sans le logiciel ». Voir R. Torrent, « La politique de l'UE en matière d'investissements : le matériel sans le logiciel », *Investment Treaty News*, vol.1 septembre 2010, p.6.

⁴⁰⁸ COM(2010) 343 final, pp. 3-4 ; A. Dimopoulos, *EU foreign investment law, op.cit.*, p.217 ; J. Chaisse, « Promises and pitfalls of the European Union policy on foreign investment... », *loc.cit.*, pp.13-14.

⁴⁰⁹ Voir I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, « Competencia de la Unión Europea en materia de inversiones extranjeras y sus implicaciones en el arbitraje inversor-Estado », *loc.cit.*, p.127; du même auteur, « Los APPRI en la Unión Europea post-Lisboa », *loc.cit.*, p.790 ; B. Poulain et M. Raux, « Actualité du droit européen des investissements internationaux », *loc.cit.*, p.126.

l'affirmation générale du pouvoir normatif des États.⁴¹⁰ Elle dispose en plus pour cela d'une capacité réduite de négociation face aux pays tiers émergents.⁴¹¹ En se remémorant les infructueuses tentatives de multilatéralisation du droit des investissements internationaux,⁴¹² une Union européenne trop ambitieuse pourrait éprouver des difficultés à obtenir la signature des pays tiers partenaires,⁴¹³ voire conduire au rejet de l'accord.⁴¹⁴ On rappelle aussi que l'insertion des clauses d'éléments essentiels ne constitue pas le premier objectif des négociations.⁴¹⁵

786. En effet, dans les faits le principe européen de cohérence peut relever de l'ordre du déclaratoire.⁴¹⁶ Les engagements de l'Union européenne pris dans le domaine de la coopération au développement restent, du moins pour certains, flous.⁴¹⁷ La seule marge de manœuvre réside dans la flexibilité,⁴¹⁸ en réservant les innovations visant à rétablir l'équilibre conventionnel à d'éventuels accords conclus avec les pays les moins avancés.⁴¹⁹ Il faudra ainsi être persévérant pour assister à l'introduction de dispositions visant à résoudre certaines problématiques inhérentes à la spécificité du droit européen⁴²⁰ et tenant compte des principes et des valeurs de l'action extérieure de l'Union européenne d'une façon contraignante.

⁴¹⁰ J. Chaisse, « Promises and pitfalls of the European Union policy on foreign investment... », *loc.cit.*, pp.13-14.

⁴¹¹ Voir E. Chalamish, « The future of bilateral investment treaties: a *de facto* multilateral agreement? », *loc.cit.*, pp.321 et suiv.

⁴¹² En ce sens, le Parlement européen « invite la Commission à ne pas perdre de vue les leçons qui ont été tirées aux niveaux multilatéral, plurilatéral et bilatéral, en particulier en ce qui concerne l'échec des négociations de l'OCDE sur un accord multilatéral d'investissement. » Résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, §8.

⁴¹³ La Chine ne souhaiterait pas signer un accord comportant des obligations contraignantes relatives aux normes essentielles en droit du travail. De même, la promotion des objectifs uniquement économiques apparaît plus réaliste, eu égard au contexte actuel de fin de crise. Voir S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.59 ; A. Dimopoulos, *EU foreign investment law*, *op.cit.*, p.229 et suiv.

⁴¹⁴ L'ambitieux modèle de TBI norvégien de 2007, qui avait introduit des dispositions visant la protection de l'environnement et le respect du droit social, a été un échec. Quant à l'Australie, elle a refusé de signer un accord avec la Communauté qui contenait une clause de respect des principes démocratiques. La paralysie a été débloquée, en contournant le problème par la signature d'un acte sans valeur contraignante en 1997. Voir J. Chaisse, « Promises and pitfalls of the European Union policy on foreign investment... », *loc.cit.*, p.13.

⁴¹⁵ Les objectifs de développement resteront donc en arrière-plan, par rapport à la recherche de l'accès aux marchés et de la compétitivité dont les négociations se révèlent déjà d'une difficulté particulière. Voir résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, §16.

⁴¹⁶ L'effectivité des clauses de cohérence dépend de la volonté politique des institutions. Pour un auteur, les objectifs des articles 205 et 3 §1 du TFUE ont une forte généralité et un potentiel de contradiction, ce qui mènera sans doute à un pouvoir discrétionnaire de la Commission et du Conseil dans l'atteinte de ces objectifs, alors que la CJUE ne remettra probablement pas en cause des mesures allant contre ces objectifs. Voir E. Neframi, *L'action extérieure de l'Union européenne...*, *op.cit.*, p.144.

⁴¹⁷ A. Dimopoulos, *EU foreign investment law*, *op.cit.*, p.220.

⁴¹⁸ La Communauté européenne a fait référence en 2002 au document de la CNUCED, *International Investment Agreements : Flexibility for Development*. Voir OMC, *Document de réflexion sur la définition de l'investissement, communication de la Communauté européenne et de ses États membres*, *loc.cit.*, §10, p.5.

⁴¹⁹ Il convient de noter que les pays les moins avancés ne sont pas annoncés comme les futurs partenaires de l'Union européenne dans l'édification de sa politique commune d'investissement. S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.57.

⁴²⁰ R. Torrent, « La politique de l'UE en matière d'investissements : le matériel sans le logiciel », *loc.cit.*, p.6.

2) L'innovation réelle du contenu des accords

787. Avant de véritablement garantir la cohérence des futurs accords d'investissement avec les principes d'action extérieure de l'Union européenne, cette dernière doit contenir un temps l'ambition qu'elle a pris soin d'afficher.⁴²¹ La Commission européenne reconnaît elle-même dans sa note de synthèse de mai 2015 que des améliorations doivent être apportées.⁴²² Le passage de la clarification à la réelle innovation du contenu des futurs accords ne pourra se faire qu'à moyen et long terme. Il convient pour cela de réfléchir, dès à présent, à la manière la plus efficiente d'introduire de nouvelles dispositions au sein du contenu des futurs accords, s'agissant en premier lieu de la clause dite de protection de l'espace public.

788. En théorie, on décompte trois façons d'insérer une telle clause. Celle-ci peut être placée soit en préambule des accords, soit au sein des dispositions de protection, ou soit en rédigeant une nouvelle clause parmi le texte de l'accord qui aurait vocation à régir l'ensemble du traité.⁴²³ Si chaque modalité est porteuse de possibilités et de limites,⁴²⁴ la façon la plus efficiente est une insertion dans le texte du traité, via la rédaction d'un nouvel article.

789. Pour garantir au mieux l'équilibre conventionnel et rétablir la confiance des États hôtes, il faut alors déterminer son degré de généralité. Trois degrés de généralité sont envisageables. La clause peut se contenter d'affirmer le pouvoir des États de réguler sans précision. Pourraient s'adjoindre des exemples concernant les matières et les conditions dans lesquelles les États peuvent réguler. L'approche la plus stricte implique de déterminer des exceptions et des conditions très précises, relevant de l'intérêt général et justifiant l'action des États.⁴²⁵ Le plus souhaitable est d'introduire une clause sur le modèle de l'article XX du GATT, détaillant des exemples spécifiques

⁴²¹ « Comme dans tous les domaines politiques européens, l'Union, en tant que telle, doit s'efforcer d'obtenir des résultats meilleurs que ceux que les États membres ont obtenus ou auraient pu obtenir en agissant chacun de leur côté. Les futures actions qu'elle entreprendra dans ce domaine devraient donc être inspirées et dictées par les meilleures normes disponibles, de sorte que tous les investisseurs de l'UE bénéficient de conditions de concurrence homogènes et de haute qualité ». Voir COM(2010) 343 final, p.7.

⁴²² Commission européenne, « Note de synthèse - L'investissement dans le TTIP et au-delà... », *loc.cit.*, p.6.

⁴²³ Voir L. Markert, « The crucial question of future investment treaties: balancing investors' rights and regulatory interests of host States », *loc.cit.*, pp.159-164.

⁴²⁴ Une insertion de la clause au sein des préambules permet de conserver la structure des instruments existants et de clarifier l'interprétation de l'ensemble des clauses de l'accord. Elle prive toutefois la clause d'un caractère contraignant. S'agissant de l'introduction de la clause parmi les diverses dispositions de protection, ces dernières gagnent en complexité, ce qui peut suggérer une diminution de la protection des investissements. Il est possible de s'inspirer du modèle américain de 2004 et de ses articles 12 et 13. Voir P. Juillard, « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral... », *loc.cit.*, p.677.

⁴²⁵ Voir L. Markert, « The crucial question of future investment treaties : balancing investors' rights and regulatory interests of host States », *loc.cit.*, p.161.

d'exceptions relevant de l'intérêt général, les conditions pouvant mener à l'usage du pouvoir normatif des États et les effets juridiques de l'édition de telles mesures.⁴²⁶

790. Notons toutefois que ce modèle de clause est très rare dans le réseau conventionnel mondial actuel.⁴²⁷ L'innovation visant à rétablir l'équilibre conventionnel peut donc présenter *in concreto* des limites. Même à moyen et long terme, il est possible que ces dispositions soient insérées dans les préambules.⁴²⁸ Les dispositions de non-abaissement des normes,⁴²⁹ celles relatives aux normes sociales⁴³⁰ et à l'affirmation du pouvoir normatif des États peuvent aussi être insérées dans le texte des accords, mais être encadrées d'une façon telle que leurs effets seraient neutralisés.

791. Dans sa note de synthèse de mai 2015, la Commission européenne propose d'introduire « une disposition à part entière (un article du dispositif) qui fera mention du droit des États à prendre des mesures permettant d'accomplir des objectifs légitimes de politique publique, en fonction du niveau de protection qu'ils jugent approprié. »⁴³¹ Une autre disposition à insérer, suite à l'affaire *Micula* et la suspension de la sentence arbitrale, est celle 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. »⁴³²

792. Précisons enfin que les États-Unis et le Canada ont pu adjoindre de nombreuses innovations dans leurs modèles de TBI, à partir du moment où ils ont été attirés à l'arbitrage. Rappelons aussi que nos propos ne constituent que le point de départ du rétablissement de l'équilibre conventionnel,⁴³³ dont les effets ne peuvent que partiellement être traduits en des termes théoriques.⁴³⁴

⁴²⁶ Il convient de préciser que la mesure ne doit pas être constitutive d'une discrimination arbitraire ou injustifiable, ou d'une restriction déguisée. *Ibidem*, p.166 et suiv.

⁴²⁷ L. Markert, « The crucial question of future investment treaties... », *loc.cit.*, p.162 ; S. El Boudouhi, « La notion d'intérêt général dans les règles substantielles de protection des investissements », *loc.cit.*, p.560.

⁴²⁸ A. Dimopoulos, *EU foreign investment law*, *op.cit.*, p.192.

⁴²⁹ Le modèle américain de TBI prévoit une clause de non-abaissement des normes dans le domaine environnemental et social. L'article II §5 du TBI Canada-Lettonie de 2009 prévoit que « *Les Parties contractantes reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement en assouplissant les mesures nationales qui se rapportent à la santé, à la sécurité ou à l'environnement.* » Voir également la résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, §30.

⁴³⁰ L'insertion de normes sociales peut viser la déclaration de l'OIT. Voir S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement ...*, *op.cit.*, p.59.

⁴³¹ Commission européenne, « Note de synthèse - L'investissement dans le TTIP et au-delà... », *loc.cit.*, p.7.

⁴³² *Ibidem*.

⁴³³ L. Markert, « The crucial question of future investment treaties... », *loc.cit.*, p.170.

⁴³⁴ A. von Walter, « Balancing investor's and host States' rights – What alternatives for treaty makers? », *loc.cit.*, p.142.

Paragraphe 2. Un mode de conclusion spécifique et plural des futurs accords européens d'investissement

793. Désignons l'identité des signataires des futurs accords en fonction de chaque catégorie d'accords d'investissement. L'intégration de l'Union européenne au mode de conclusion des accords devrait être progressive **(A)**. Ainsi, certains accords d'investissement composant la nouvelle politique continueront à être conclus par les États membres, de nouveaux accords seront conclus à la fois par l'Union et les États membres, tandis que la Commission se réserve la possibilité d'en conclure d'autres selon une modalité dite pure.

794. Maintenant que les instances européennes disposent d'une base légale pour conclure des accords internationaux d'investissement selon la modalité mixte, il convient d'examiner le rôle précis de chacune de ces instances durant la conclusion des futurs accords. Alors qu'elles-mêmes sont soumises au principe de cohérence institutionnelle,⁴³⁵ la configuration européenne de conclusion des futurs accords internationaux d'investissement pourrait avoir de grandes répercussions, notamment sur le contenu des accords **(B)**.

A. La progressive intégration des instances européennes au sein des procédures de conclusion des accords

795. Sur la base de la nouvelle compétence en matière d'IDE, l'Union européenne doit intégrer, à divers degrés, la conclusion des futurs accords d'investissement. Alors qu'il est évident que les futurs accords de libre-échange comportant un volet investissement continueront à être conclus selon le modèle de l'accord mixte, des doutes persistent s'agissant du mode de conclusion, à long terme, des futurs TBI extra-européens.

796. Au vu de son interprétation de la nouvelle compétence en matière d'IDE, il semble que la Commission européenne souhaite que l'Union conclue de nouveaux instruments conventionnels selon la modalité pure. La faisabilité d'un tel projet doit être questionnée, alors même que la prudence invite à ce que les instances bruxelloises s'intègrent de façon graduelle au sein des procédés de conclusion des accords. Ainsi, la désignation de l'identité des futurs signataires est aisée

⁴³⁵ Cette cohérence institutionnelle est garantie par l'article 13 du TUE, dont le §2 dispose que « Chaque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées dans les traités, conformément aux procédures, conditions et fins prévues par ceux-ci. Les institutions pratiquent entre elles une coopération loyale. »

s'agissant de la conclusion des futurs accords de libre-échange comprenant un volet investissement (1). Elle l'est nettement moins, s'agissant de la conclusion des TBI extra-européens durant et après la période de transition régie par le règlement N°1219/2012 (2).

1) Conclusion selon la modalité mixte d'accords de libre-échange comprenant un volet investissement

797. Il est vraisemblable que les futurs accords de libre-échange comprenant un volet investissement seront conclus selon un mode mixte, comme cela a été auparavant le cas pour les accords de ce type.⁴³⁶ Le recours à la mixité a été spécifiquement visé par la doctrine,⁴³⁷ qui a noté qu'il constitue la modalité incontournable pour l'édification de la future politique commune d'investissement. Déjà utilisée lors des précédents transferts de compétence, la mixité permet que la nouvelle compétence en matière d'IDE soit exercée dans les meilleures conditions. Aussi bien l'Union européenne que les États membres auront alors la qualité de signataire de ces accords.

798. Il reste que le mode mixte de conclusion est *in concreto* un long et lourd processus.⁴³⁸ Il implique, en plus de la procédure décrite aux articles 207 et 218 TFUE, d'adjoindre les procédures de ratification devant les parlements des États membres signataires. Les délais de conclusion étaient déjà de plusieurs années au sein d'une organisation régionale comprenant quinze États membres. Ils seraient ainsi rallongés pour les futurs accords de libre-échange signés par les vingt-sept États membres. La nécessaire vélocité de l'action de l'Union européenne, pour être au diapason des évolutions du droit des investissements internationaux, peut être remise en cause.

799. En conséquence, l'objectif a été d'accélérer la conclusion des accords internationaux selon le modèle mixte, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Nice, via la mise en place de divers

⁴³⁶ À ce propos, « nous pensons que nos futurs accords d'investissement seront des accords mixtes, pas tant en raison de l'investissement, mais pour d'autres raisons. Nous suggérons dans la communication que nous traiterons en particulier de l'investissement (bien que pas seulement) dans le contexte des accords de libre-échange (ALE), et nos ALE contiennent généralement des éléments relevant de la compétence partagée », d'où un recours aux accords mixtes. Voir T. Baert, « Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux... », *loc.cit.*, p.3.

⁴³⁷ En vertu de la répartition des compétences et de la diversité des domaines régulés par ces accords, le mode mixte de conclusion sera utilisé. Voir J. Dutheil de la Rochère, « Le pouvoir des États membres de l'Union européenne... », *loc.cit.*, p.396 ; A. Dimopoulos, *EU foreign investment law, op.cit.*, p.128 ; J. Asmus Bischoff, « A little BIT mixed ? - The EU external competences in the field of international investment law », *loc.cit.*

⁴³⁸ Un exemple cité est l'accord de coopération et d'union douanière entre la Communauté économique européenne et la République de Saint-Marin, signé le 16 décembre 1991, qui nécessita onze ans pour entrer en vigueur et qui a fait l'objet d'un accord intérimaire. Voir C. Flaesch-Mougin, « L'Union européenne élargie en tant qu'acteur sur la scène internationale. Quelques réflexions institutionnelles », in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 2003, pp.59-77, p.70.

outils. Ceux-ci ont été jugés insatisfaisants,⁴³⁹ qu'il s'agisse de l'établissement d'une échéance relative à la ratification des accords ou du recours à la signature d'accords intérimaires permettant, dans l'attente de l'entrée en vigueur de l'accord mixte, l'application provisoire des engagements. Malgré le rôle accru accordé aux parlements nationaux par le Traité de Lisbonne,⁴⁴⁰ de nombreuses difficultés liées au mode de conclusion mixte des accords sont en mesure d'entraver l'édification de la politique commune d'investissement.⁴⁴¹

800. Quant au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, il pourrait avoir pour effet de ralentir les procédures de ratifications, au vu de la nécessaire gestion de cette situation inédite.⁴⁴² Il peut aussi inciter à accélérer la procédure afin que les accords soient ratifiés avant que l'article 50 TFUE soit invoqué, rappelant que jusqu'à la formalisation du retrait, le Royaume-Uni reste un État membre soumis au respect du droit européen et cela pour une période qui est encore incertaine. Il faudra attendre au Royaume-Uni son retrait effectif pour officiellement ouvrir ses propres négociations visant la conclusion d'accords bilatéraux.⁴⁴³

2) Mode de conclusion des futurs TBI extra-européens durant et *a posteriori* de la période de transition

801. Que les accords de libre-échange comprenant un volet investissement soient conclus selon le modèle de l'accord mixte n'est en rien novateur, l'est plus l'application de la mixité à la conclusion des futurs TBI extra-européens. Dans le cadre du régime de transition du règlement N°1219/2012, les TBI seront conclus sous la forme d'une sorte de mixité anticipée.⁴⁴⁴ En vertu du régime de réattribution de compétence, seuls les États membres auront la qualité de signataire des traités, le nouveau rôle de la Commission visant uniquement une surveillance interne relative à l'ouverture des négociations et au contrôle de leurs résultats.⁴⁴⁵

⁴³⁹ *Ibidem*.

⁴⁴⁰ J. Dutheil de la Rochère, « Le pouvoir des États membres de l'Union européenne... », *loc. cit.*, p.397.

⁴⁴¹ Un auteur n'hésite pas à suggérer qu'une révision de l'article 207 du TFUE peut être envisagée. Considérant les nombreuses révisions de cet article, ceci ne serait pas insensé. Voir J. Asmus Bischoff, « A little BIT mixed? - The EU external competences in the field of international investment law », *loc.cit.*

⁴⁴² Pour le cas de l'accord UE-Singapour, voir T. See Kit, « Brexit and the EU-Singapore FTA: further delay or slow death? », 11 July 2016, disponible sur Channel NewsAsia.

⁴⁴³ Voir « Nouvelles en bref », *Investment Treaty News*, n°3, vol.7, août 2016, p.11.

⁴⁴⁴ Il s'agit des TBI signés entre le 1er décembre 2009 et le 9 janvier 2013 et des TBI négociés après le 9 janvier 2013. Voir les considérants 8 et 9 du règlement 1219/2012.

⁴⁴⁵ Voir le chapitre III, *ibidem*, spécifiquement l'article 11 §4 qui prévoit que « Lorsque la Commission estime que les négociations ont abouti à un accord bilatéral d'investissement qui satisfait aux exigences de l'article 9, paragraphes 1 et 2, elle autorise l'État membre à signer et à conclure un tel accord ».

802. Peu après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la Commission a annoncé vouloir négocier elle-même de nouveaux TBI extra-européens, dans l'exercice de sa nouvelle compétence. Quel sera le mode de conclusion de ces accords ? Bien que la logique d'intégration appelle à ce que l'Union européenne se substitue aux États membres,⁴⁴⁶ la portée controversée de nouvelle compétence en matière d'IDE suppose que ces accords soient conclus selon le mode mixte.⁴⁴⁷ Les difficultés,⁴⁴⁸ déjà avérées, des négociations relatives à ces futurs TBI démontrent que la Commission européenne n'a pas intérêt à aller trop vite en besogne.

803. Une période de transition devra être respectée et l'Union européenne devra avant tout s'appuyer sur l'expérience des États membres s'agissant de cette catégorie d'instrument conventionnel.⁴⁴⁹ D'éventuels accords conclus par la seule Union européenne pourraient sinon avoir un contenu réduit et approximatif en droit des investissements internationaux.

804. Enfin, de nombreuses questions se posent, lorsque l'on songe à la poursuite de l'application du chapitre III du règlement N°1219/2012 intitulé « *Autorisation de modifier ou de conclure des accords bilatéraux d'investissement* ». En admettant que le régime de réhabilitation de compétence prenne fin, la Commission européenne serait apte à intégrer pleinement les négociations vis-à-vis des pays tiers et devenir signataire des futurs TBI. Toutefois, ces derniers devraient une fois de plus être conclus selon la modalité mixte.

805. En effet, l'usage du mode mixte de conclusion pour les futurs TBI extra-européens a été spécifiquement souligné par la doctrine, car la signature d'un TBI extra-européen au contenu exhaustif, couvrant les IDE et les investissements indirects, ne relève pas encore de la seule compétence des instances bruxelloises.⁴⁵⁰ Toutefois, d'ici là, la compétence en matière d'IDE aura commencé à s'exercer et pu se développer, ouvrant des possibilités de conclusion d'accords par

⁴⁴⁶ Pour l'exemple d'un accord de coopération avec l'Inde conclu selon la modalité pure, c'est-à-dire conclu uniquement par la Communauté, voir CJCE, 3 décembre 1996, *Portugal c/ Conseil*, aff. C-268/94.

⁴⁴⁷ La mixité a été analysée par la doctrine la plus autorisée comme « la seule formule juridique permettant d'aborder dans un instrument unique les aspects divers de la protection et de la promotion de l'investissement étranger dans l'Union européenne ». Et un auteur d'ajouter qu'il serait peu probable que des accords « purement européens » soient majoritaires au sein des accords composant la future politique commune. Voir J. Dutheil de la Rochère, « Le pouvoir des États membres de l'Union européenne... », *loc. cit.*, p.396 ; S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement...*, *op.cit.*, p.66.

⁴⁴⁸ S. Falletti, « UE/Chine – Le traité d'investissement toujours dans les limbes », *loc.cit.*

⁴⁴⁹ Et un auteur d'ajouter qu'il est invraisemblable, considérant ses ressources, que la Commission puisse conclure des TBI avec des États tiers à grande échelle. Elle se contenterait donc d'une approche fragmentaire, limitée à quelques pays tiers. Voir M. Burgstaller, « The future of bilateral investment treaties of EU member States », *loc.cit.*, p.69.

⁴⁵⁰ Voir J. Dutheil de la Rochère, « Le pouvoir des États membres de l'Union européenne... », *loc.cit.*, pp.396-397 ; M. Bungenberg, « The division of competences between the EU and its member States », *loc.cit.*, p.41.

l'Union européenne dépassant possiblement le cadre de la mixité.

806. Au moins durant la période de transition régie par le règlement N°1219/2012, l'on pense que la mixité constituera le mode de conclusion par excellence de l'ensemble des accords internationaux d'investissement composant la future politique commune. L'intégration des instances bruxelloises à la conclusion des accords sera donc marquée par une certaine progression et reste, durant les prémices de l'élaboration de la politique commune, limitée.

B. Le rôle des instances européennes au sein du processus de conclusion des futurs accords

807. Le rôle revenant aux instances européennes, durant le processus de conclusion des futurs accords d'investissement, doit être enfin précisé. Le raisonnement est alors applicable aux accords conclus par l'Union européenne, d'abord selon la modalité mixte, puis possiblement selon la modalité stricte Union européenne-pays tiers. Apportant un nouveau regard sur le droit usuel des traités en matière d'investissement international, il faut se référer à la procédure législative européenne de droit commun appliquée aux accords internationaux. L'article 207 TFUE doit ainsi se lire de concert avec l'article 218 TFUE et ses onze paragraphes.⁴⁵¹ Cette procédure législative est marquée par l'intervention des institutions européennes durant l'ensemble du processus de conclusion.

808. Un nouvel équilibre institutionnel devra donc s'établir. Seront mis successivement en exergue la fonction d'impulsion et de représentation de la Commission européenne **(1)**, le rôle de veille active du Parlement européen, **(2)** la question du vote au sein du Conseil de l'Union européenne **(3)** et enfin la possible intervention de la Cour de justice **(4)**. Nous fonderons nos propos sur la pratique récente des instances bruxelloises relative aux accords de libre-échange et sur les apports du Traité de Lisbonne.

1) Les fonctions d'impulsion et de représentation confiées à la Commission européenne

809. La Commission européenne est à l'origine de l'élaboration de la politique commune d'investissement, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht. Elle continuera à tenir ce rôle

⁴⁵¹ L'article 207 constitue pour l'article 218 TFUE la *lex specialis*.

d'impulsion, mais aussi de représentation des États membres, lors de la conclusion des futurs accords européens d'investissement placée sous le sceau de la concertation.⁴⁵² Notons qu'en vertu de l'article 17 §1 du TUE, « à l'exception de la politique étrangère et de sécurité commune et des autres cas prévus par les traités, elle [la Commission européenne] assure la représentation extérieure de l'Union ».

810. Ce rôle externe est encadré par le Conseil de l'Union européenne et le Parlement européen. La fonction d'impulsion implique en amont d'établir une liste de pays partenaires, selon des critères spécifiques. La Commission européenne doit donc judicieusement différencier les pays tiers avec lesquels elle souhaite négocier des accords de libre-échange comportant un volet investissement de ceux avec lesquels elle envisage des négociations relatives à un TBI extra-européen.⁴⁵³

811. Afin de pouvoir négocier les futurs accords européens d'investissement,⁴⁵⁴ la Commission européenne doit obtenir un mandat de négociation du Conseil de l'Union européenne, sur le modèle de sa pratique relative aux accords de libre-échange. À cet effet, l'article 207 §3 du TFUE précise qu'elle « présente des recommandations au Conseil, qui l'autorise à ouvrir les négociations nécessaires »⁴⁵⁵ via une décision désignant le négociateur, en vertu de l'article 218 §3 TFUE. Une fois les négociations autorisées, la Commission européenne les mène face aux représentants des pays tiers. Elle en réfère à un comité spécial et au Parlement européen.⁴⁵⁶

812. La procédure décrite par les articles 207 et 218 du TFUE permet donc à la Commission européenne, lors de la négociation des futurs accords d'investissement, de tenir une fois de plus son rôle externe de représentation de l'organisation régionale et des États membres vis-à-vis des pays

⁴⁵² « L'adoption d'une décision autorisant la Commission à négocier un accord multilatéral au nom de la Communauté marque le début d'une action communautaire concertée sur le plan international et implique, à ce titre, sinon un devoir d'abstention dans le chef des États membres, à tout le moins une obligation de coopération étroite entre ces derniers et les institutions communautaires de manière à faciliter l'accomplissement de la mission de la Communauté ainsi qu'à garantir l'unité et la cohérence de l'action et de la représentation. » CJCE, 2 juin 2005, *Commission européenne c/ Grand-Duché du Luxembourg*, affaire C-266/03, point 60.

⁴⁵³ Résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, considérant I ; COM(2010) 343 final, pp.7-8.

⁴⁵⁴ Il est reconnu que la division théorique des compétences, lors de la conclusion des accords mixtes, n'influence pas la participation aux négociations. En effet, la pratique est décidée en fonction de chaque cas, mais généralement la Commission européenne agit comme seul négociateur pour l'ensemble de l'accord selon le mandat accordé par le Conseil. Voir P. Craig & G. de Búrca, *EU law: Text, cases and materials*, Oxford, 4th ed., 2011, pp.198-199.

⁴⁵⁵ La suite de l'article 207 §3 TFUE précise qu'« Il appartient au Conseil et à la Commission de veiller à ce que les accords négociés soient compatibles avec les politiques et règles internes de l'Union. »

⁴⁵⁶ L'article 207 §3 TFUE dispose que « Ces négociations sont conduites par la Commission en consultation avec un comité spécial désigné par le Conseil pour l'assister dans cette tâche et dans le cadre des directives que le Conseil peut lui adresser. La Commission fait régulièrement rapport au comité spécial, ainsi qu'au Parlement européen, sur l'état d'avancement des négociations. »

tiers, parallèlement à l'action du Haut représentant de l'Union. Une part importante de son rôle interne intervient ensuite en phase finale de la procédure. Elle propose au Conseil deux copies du texte approuvées par le Parlement européen auxquelles elle appose sa signature.⁴⁵⁷

813. À l'intérieur de l'Union européenne et durant les prémices de l'édification de la politique commune d'investissement, nous retiendrons que le rôle de la Commission européenne est de coordonner les positions possiblement divergentes du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne, pour que l'exercice de la nouvelle compétence en matière d'IDE puisse être effectif.⁴⁵⁸

2) Le rôle de veille active du Parlement européen

814. Le Traité de Lisbonne vise à renforcer les pouvoirs de l'organe parlementaire de l'Union européenne, en généralisant la procédure législative ordinaire décrite à l'article 294 TFUE, s'agissant des matières relevant de l'article 207 du TFUE. La Commission et le Conseil doivent désormais coopérer davantage avec le Parlement : la consultation de ce dernier est de droit commun et son approbation est notamment requise, en vertu de l'article 218 §6 a) i) du TFUE, pour les « *accords d'association* ». Cette notion est assez ample pour couvrir aussi bien les accords de libre-échange avec volet investissement que les TBI extra-européens. Le contenu de ces accords nécessite alors d'être approuvé par les députés européens.

815. Avant cela, le Parlement européen doit d'abord être informé des diverses étapes de la procédure de négociations,⁴⁵⁹ en résultat des obligations qui pèsent sur la Commission européenne.⁴⁶⁰ Quel sera l'impact de la nécessaire approbation du Parlement européen sur la conclusion des futurs accords européens d'investissement et sur leur contenu final ? Considérant ses positions exprimées aussi bien avant qu'après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne,⁴⁶¹ il est

⁴⁵⁷ Ces deux copies présentées au Conseil portent signature et conclusion de l'acte. Voir l'article 218 §5 et 6 du TFUE.

⁴⁵⁸ J.A. Maupin, « Where should Europe's investment path lead ?... », *loc.cit.*, p.221.

⁴⁵⁹ L'article 218 §10 du TFUE dispose que « *Le Parlement européen est immédiatement et pleinement informé à toutes les étapes de la procédure.* »

⁴⁶⁰ L'article 207 §3, *ibidem*, précise que « *La Commission fait régulièrement rapport au comité spécial, ainsi qu'au Parlement européen, sur l'état d'avancement des négociations.* »

⁴⁶¹ Voir la résolution du Parlement européen sur la clause relative aux Droits de l'homme et à la démocratie dans les accords de l'Union européenne, 2005/2057(INI). Le §10 précise que le Parlement européen « *n'est plus disposé à donner son avis conforme à de nouveaux accords internationaux ne contenant pas de clause relative aux Droits de l'homme et à la démocratie* ». Voir aussi COM/2001/0252 final ; résolution du Parlement européen du 24 avril 2008 sur l'accord de libre-échange entre la CE et le Conseil de coopération du Golfe, §17 ; Résolution du Parlement européen du 18 avril 2012 sur le rapport annuel sur les droits de l'homme dans le monde en 2010 et la politique de

probable que le Parlement européen, disposant d'un rôle de veille active, souhaite mettre en oeuvre le rétablissement de l'équilibre conventionnel au sein du contenu des futurs accords.⁴⁶² Cette fonction a été mise en exergue par la doctrine.⁴⁶³

816. L'ambition du Parlement européen peut donc avoir de grandes conséquences sur le futur de la politique commune d'investissement, puisqu'il est en mesure de ralentir, voire de bloquer, les processus de conclusion.⁴⁶⁴ Il apparaît comme étant le mieux placé pour répondre aux problématiques soulevées par la société civile internationale.⁴⁶⁵ Ces éléments laissent présager que l'institution, au-delà de sa participation active à l'édification de la future politique commune selon une conception précise,⁴⁶⁶ est celle qui défendra le thème de la cohérence avec les objectifs globaux de l'action extérieure de l'Union européenne.⁴⁶⁷ À ce propos, la Commission européenne est restée très discrète, en visant d'abord à asseoir sa compétence par le biais d'un transfert effectif de compétence.

3) La question du vote au sein du Conseil de l'Union européenne

817. L'organe intergouvernemental de l'Union européenne est appelé à avoir un rôle prépondérant, au début et à la fin des procédures de conclusion des futurs accords. En effet, le Conseil autorise, par le biais d'une décision, l'ouverture des négociations et il délimite le contenu de celles-ci.⁴⁶⁸ Après l'avis ou l'approbation du Parlement européen, il est tenu d'adopter une décision «*autorisant la signature de l'accord et, le cas échéant, son application provisoire avant l'entrée en*

l'Union européenne en la matière, notamment les implications pour la politique stratégique de l'UE en matière de droits de l'homme, 2011/2185(INI), §54-59.

⁴⁶² Résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, §17.

⁴⁶³ Ce rôle renforcé du Parlement, ajouté à la politisation du contenu de la politique commerciale commune, constitue le plus grand impact potentiel du Traité de Lisbonne sur la politique européenne en matière de commerce extérieur. Pour un autre auteur, l'extension des pouvoirs du Parlement européen a indubitablement un impact sur la politique commerciale de l'Union, étant donné que le Parlement est plus sensible aux questions environnementales et sociales soulevées par les ONG. Voir M. Bungenberg, « Centralizing European BIT making under the Lisbon treaty », *loc.cit.*, p.14.

⁴⁶⁴ Le parlement européen pourrait donc bloquer - ou du moins retarder - le processus de conclusion d'un futur TBI extra-européen ou d'un futur accord de libre-échange avec volet investissement, comme cela a été le cas en novembre 2009 pour l'accord d'intérim dit SWIFT entre les États-Unis et l'Union européenne, ou encore pour l'accord ATCA.

⁴⁶⁵ J.A. Maupin, « Where should Europe's investment path lead ?... », *loc.cit.*, p.221.

⁴⁶⁶ Il est noté que « *le Parlement doit être associé comme il convient à la définition de la future politique d'investissement, ce qui signifie qu'il doit être dûment consulté sur les mandats pour les négociations à venir et être informé de manière régulière et satisfaisante au sujet de l'état d'avancement des négociations en cours* ». Voir la résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, considérant 2.

⁴⁶⁷ M. Maes, « Reconquérir l'intérêt du public pour la politique européenne en matière d'investissements internationaux... », *Investment Treaty News*, n°1, vol°1, septembre 2010, p.5.

⁴⁶⁸ Voir l'article 218 §2, 3 et 4 du TFUE. Le §2 résume le rôle du Conseil en précisant qu'il « *autorise l'ouverture des négociations, arrête les directives de négociation, autorise la signature et conclut les accords.* »

vigueur », ⁴⁶⁹ mais aussi « *une décision portant conclusion de l'accord* ». ⁴⁷⁰ Elle doit être accompagnée d'une procédure de ratification de l'accord au sein de chaque État membre, en vertu de leurs constitutions respectives, s'agissant de la modalité mixte de conclusion.

818. L'apport du Traité de Lisbonne est d'exiger désormais l'unanimité au sein du Conseil, en vertu de l'article 207 §4 du TFUE, pour négocier et conclure des accords en matière d'IDE comprenant certaines dispositions « *pour lesquelles l'unanimité est requise pour l'adoption de règles internes* ». ⁴⁷¹ Au vu de la portée de la nouvelle compétence, il est évident que le Conseil devra statuer à l'unanimité pour conclure les futurs accords d'investissement. ⁴⁷² Ceci pourrait être une source de nombreuses incertitudes, puisque les risques de blocage au sein du Conseil sont bien réels. ⁴⁷³

819. Le rôle du Conseil, parmi les autres institutions, est donc de contenir le pouvoir d'impulsion de la Commission européenne et l'ambition du Parlement européen lors de sa décision finale. En disposant du pouvoir de veto, il peut faire respecter les intérêts particuliers des États membres. ⁴⁷⁴ N'oublions pas enfin le rôle de la Cour de justice au sein de la procédure de conclusion des futurs accords européens d'investissement.

4) La possible participation de la Cour de justice

820. L'intervention de la CJUE lors de la conclusion des accords européens d'investissement est envisageable dans deux cas. Elle pourrait tout d'abord être à titre consultatif et se dérouler durant le processus de conclusion des accords. Elle serait également susceptible d'avoir lieu *a posteriori* de la conclusion des accords, afin de contrôler les engagements souscrits par l'Union européenne. Notons d'emblée que le contrôle de la Cour, qui constitue une procédure exceptionnelle, vise la

⁴⁶⁹ Article 218 §5 TFUE.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, article 218 §6.

⁴⁷¹ L'article 207 §4, *ibid.*, dispose que « *Pour la négociation et la conclusion d'un accord dans les domaines du commerce de services et des aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, ainsi que des investissements étrangers directs, le Conseil statue à l'unanimité lorsque cet accord comprend des dispositions pour lesquelles l'unanimité est requise pour l'adoption de règles internes.* » Nous soulignons.

⁴⁷² A. Dimopoulos, *EU foreign investment law, op.cit.*, p.133. L'auteur constate que si le Conseil statue à la majorité qualifiée s'agissant des questions d'établissement et d'opération des investissements étrangers, la protection contre l'expropriation requiert l'unanimité, de même que la présence dans les futurs accords européens d'investissement de restrictions à la libéralisation des investissements ou de risques pour la diversité culturelle et linguistique. Voir *ibidem*, pp.130-133.

⁴⁷³ On se souvient que la Commission européenne avait envisagé que le Conseil puisse refuser de lui accorder un mandat de négociation. Voir COM(2010) 344 final, article 6 §1 d).

⁴⁷⁴ J.A. Maupin, « *Where should Europe's investment path lead ?...* », *loc.cit.*, p.221.

validité tant formelle que substantielle de l'accord négocié et *in fine* à garantir le respect et l'uniformité du droit de l'Union européenne.

821. S'agissant de la procédure consultative, la CJUE peut apprécier *ex ante* la légalité de l'accord négocié, en vertu de l'article 218 §11 TFUE qui précise qu'un « *État membre, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission peut recueillir l'avis de la Cour de justice sur la compatibilité d'un accord envisagé avec les traités. En cas d'avis négatif de la Cour, l'accord envisagé ne peut entrer en vigueur, sauf modification de celui-ci ou révision des traités.* » Il faut donc pour cela que la Cour soit saisie d'une demande d'avis par un État membre, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission. Précisons que l'avis peut porter sur un accord aussi bien mixte que pur et qu'il peut se dérouler tant que le consentement des parties à l'accord négocié n'a pas été donné. En cas d'avis négatif de la CJUE, l'article 218 §11 TFUE prévoit que l'accord ne peut pas entrer en vigueur et qu'il doit être modifié ou abandonné, ou que le traité doit être révisé.

822. Quant à la procédure contentieuse, celle-ci est controversée. En effet, le principe de force obligatoire des traités tel que rappelé par l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités implique que les accords internationaux conclus par l'Union ne puissent pas être annulés *ex post*, en raison des dispositions internes du droit européen.⁴⁷⁵ S'il n'est donc pas possible de demander l'annulation de l'accord international conclu,⁴⁷⁶ il reste envisageable d'attaquer l'acte communautaire pris pour la conclusion de l'accord, en vertu de l'article 263 TFUE. En cas d'annulation de la décision portant conclusion de l'accord d'investissement, la CJUE pourrait demander aux parties de conclure un nouvel accord.

823. A titre d'exemple, la Cour a été saisie d'une demande d'avis à propos de la conclusion de l'accord conclu avec Singapour,⁴⁷⁷ afin de savoir si l'Union européenne avait compétence pour signer et conclure seule cet accord et quels sont les domaines qui relèvent de la compétence exclusive et ceux qui relèvent de la compétence partagée de l'Union. La Cour pourrait ainsi résoudre la problématique de l'étendue réelle de la compétence européenne en matière d'investissement étranger. Il est loisible de penser que la Cour devrait favoriser la conception la plus

⁴⁷⁵ L'article 46 §1 CVDT précise que « *Le fait que le consentement d'un État à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet État comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale.* »

⁴⁷⁶ CJCE, 9 août 1994, *Commission c/ France*, aff. C-327/91, points 13 et suiv.

⁴⁷⁷ CJUE, 10 Juillet 2015, *Demande d'avis présentée par la Commission européenne au titre de l'article 218, paragraphe 11, TFUE, Avis 2/15.*

ample de cette compétence européenne.⁴⁷⁸

⁴⁷⁸ J.A. Maupin, « Where should Europe's investment path lead ?... », *loc.cit.*, p.215.

Conclusion du chapitre 2

824. De nos développements, il ressort que, grâce aux fondements de la politique européenne d'investissement, les institutions régionales vont pouvoir influencer sur le droit matériel des investissements internationaux et être vectrices d'importantes évolutions. Retenons que l'europanisation vise aussi bien le mode de création de ce droit que son contenu et que plusieurs indices suggèrent que l'action de l'Union européenne va apporter des améliorations et des clarifications.

825. Au niveau mondial, il est d'abord reconnu que le droit des investissements internationaux nécessite des réformes et la prise en compte de nouvelles problématiques. Au niveau régional, ce droit devrait se conformer non seulement au droit européen mais aussi aux objectifs et valeurs de l'action externe de l'Union européenne. *De lege ferenda*, l'arrivée de l'Union européenne dans les négociations des accords devrait permettre de détailler les dispositions habituelles des accords, mais aussi d'apporter des innovations.

826. En pratique, c'est le pragmatisme qui devrait marquer la négociation des futurs accords. L'Union européenne est appelée à conclure des accords de libre-échange comprenant un volet investissement et des accords d'investissement, dont le contenu sera basé sur les accords existants et comprendra d'importantes modifications. Quant à la procédure de conclusion des accords, celle-ci a vocation à faire intervenir l'ensemble des institutions européennes, mais aussi les États membres s'agissant des accords mixtes. Il convient donc de retenir que l'arrivée de l'Union européenne au sein du droit des investissements internationaux ne constituent pas une remise en cause mais une opportunité de réforme, qui jusqu'à présent semblait être dans une impasse.

Conclusion du titre 2

827. De nos précédents propos, il apparaît que l'eupéanisation du droit matériel des investissements internationaux est une réalité. Ce processus marque le passage officiel d'une cohabitation à un face-à-face qui soulève de nombreuses questions, auxquelles les institutions européennes ont apporté des réponses. Ce titre s'est tout d'abord appliqué à montrer que l'eupéanisation est un processus en deux temps, qui a commencé par ce que nous avons appelé les fondements de la politique commune d'investissement, puis par la révision du contenu des accords existants et la participation des institutions européennes à la conclusion des nouveaux accords.

828. S'agissant des fondements de la politique commune, nous avons déjà souligné que l'Union européenne dispose désormais de la capacité conventionnelle, sur le fondement de sa nouvelle compétence en matière d'IDE. Quant au Règlement N°1219/2012, il vise à encadrer la période de transition et à assurer l'effectivité du transfert de compétence. Les institutions peuvent désormais conclure des accords d'investissement en s'assurant de la conformité de leurs dispositions au droit européen et que les nouvelles problématiques du droit des investissements internationaux sont prises en compte.

829. Ainsi, l'on souhaite souligner que l'eupéanisation en cours du droit des investissements internationaux a pour visée de mettre en place un « nouveau mode de gouvernance » dont parlait un auteur précédemment cité et dont l'organe central serait donc l'Union européenne. Rappelons toutefois la nature graduelle du processus, qui invite à se remémorer que ce mode de gouvernance ne pourra pas véritablement s'ériger sans la participation des États membres, qui conserveront un large rôle durant les années à venir.

830. N'oublions pas en dernier lieu que le processus d'eupéanisation vise non seulement le droit matériel des investissements internationaux mais aussi le volet procédural de ce même droit. En conséquence, pour être complètes, nos conclusions doivent être confirmées par celles qui seront tenues à la fin de l'analyse de l'eupéanisation du droit procédural des investissements internationaux.

Conclusion de la partie 1

831. Dans le cadre de cette première partie de thèse, nous avons souhaité démontrer que l'approche européenne du droit matériel des investissements internationaux est constitutive d'un long processus, qui a été amorcé sous l'angle des aspects matériels de ce droit et qui comprend deux composantes. En premier lieu, avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, cette approche a pris la forme d'un rapprochement vis-à-vis du droit matériel des investissements internationaux, dont l'objectif était d'obtenir une compétence en matière d'investissement étranger.

832. Une politique commune a alors été lancée, lors de la deuxième étape de l'approche dont la progression s'est accentuée depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, pour donner lieu à une tentative d'appropriation. Si l'obtention d'une nouvelle compétence dans le texte du TFUE est indéniable, des doutes pouvaient subsister quant à la portée pratique de cette nouvelle base légale. Au vu de la récente conclusion de l'accord Union européenne-Canada et de l'accord Union européenne-Vietnam comprenant un volet investissement, de tels doutes ne semblent plus permis.

833. Par ailleurs, l'une des limites de l'approche européenne du droit matériel des investissements internationaux pouvaient être des modifications *a minima* du contenu des accords, limitées à une simple mise en conformité avec le droit européen. Là encore, il convient de noter, en observant le contenu des nouveaux accords, que l'Union européenne a pu insérer des précisions et clarifications, comme le droit de réglementer ou la définition de l'expropriation indirecte, mais aussi des innovations en matière procédurale que nous traiterons par la suite.

834. À ce propos, il convient désormais de déterminer quel est le mode de résolution des différends prévu par les accords d'investissement conclu par l'Union européenne. Par mode de résolution, l'on entend le recours à l'arbitrage. Nos conclusions quant aux avancées de l'approche européenne en droit matériel doivent être confirmées par l'analyse des rapports entre l'Union européenne et l'arbitrage d'investissement. Etudions désormais, dans le cadre d'une seconde partie, la problématique de l'approche européenne du droit procédural des investissements internationaux.

Seconde partie – L'approche européenne du droit procédural des investissements internationaux

835. Nos conclusions de fin de première partie doivent désormais être mises en perspective. Ce pouvoir d'aimantation déployé vis-à-vis des aspects matériels du droit des investissements internationaux peut-il être battu en brèche par le volet formel du même droit qui, par sa spécificité, constitue une matière nettement moins réceptive à l'appel de l'Union européenne ? De sérieux doutes peuvent *a priori* être émis à propos de l'extension de l'approche européenne en cours au droit procédural des investissements internationaux, qui est pourtant devenue une nécessité depuis l'acquisition de la compétence en matière d'IDE.

836. Il sera constaté que, jusqu'alors, l'arbitrage n'a pas fait l'objet d'une stratégie d'ensemble de la part de la Commission européenne.¹ L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne pose donc de nouvelles problématiques et invite à se demander comment ce mode de résolution des différends va être pris en compte par les institutions européennes.

837. Cela étant, dans le cadre de la construction de sa politique commune d'investissement, l'Union européenne ne peut désormais pas faire l'impasse sur la question. Elle doit proposer un mode de résolution des différends à résoudre sur le fondement des accords d'investissement qu'elle négocie. De nombreuses problématiques juridiques consécutives à l'obtention d'une compétence matérielle doivent alors être abordées dans la précipitation et de leur bonne résolution dépend la viabilité du projet politique dans son intégralité.

838. Dans le cadre de cette seconde partie, le phénomène de convergence entre l'Union européenne et le droit procédural des investissements sera tout d'abord mis en exergue, aussi bien dans le cadre des relations externes du projet européen qu'au sein même du marché commun. (**Titre 1**). Par la suite, en conséquence de cette convergence, les possibilités d'eupéanisation de l'arbitrage d'investissement seront analysées, devant à partir de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne se dérouler concomitamment à l'eupéanisation du droit matériel des investissements internationaux (**Titre 2**).

¹ C. Kessedjian, « L'arbitrage comme mode de règlement des différends est-il remis en cause par le droit européen ? », in C. Kessedjian et C. Leben (dirs), *Le droit européen et l'investissement*, op.cit., pp.107-121, p.121 ; E. Loquin et S. Manciaux, « Les propositions de l'Union européenne en matière d'arbitrage d'investissement », in P. Mayer (dir.), *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, op.cit., pp.153-174, p.167.

Titre 1. Le règlement international des différends relatifs aux investissements communautaires

839. Le rapprochement opéré par l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne met en relief les relations distantes liant le droit procédural des investissements internationaux, ou plus précisément le recours au mode arbitral de résolution des différends, au projet européen institutionnalisé. Remarquons pour expliquer cela qu'il s'agit d'une discipline qui relève du principe communautaire d'autonomie procédurale des États membres,² d'où l'inexistence d'un « droit communautaire de l'arbitrage ».³ Cette méthode de résolution des conflits est restée jusqu'à présent un domaine situé hors de la compétence des instances bruxelloises.⁴ Nous verrons que la convergence est le résultat d'un processus en deux phases.

840. Dans un premier temps, le recours à l'arbitrage d'investissement est progressivement devenu le mode naturel de résolution des litiges opposant une personne privée à un État et relatifs aux investissements extra-communautaires, activé par les investisseurs sur le fondement des accords de protection des investissements. Rappelons que ces derniers ont été conclus par les États membres, en dehors du circuit communautaire, et qu'ainsi les réclamations des investisseurs n'ont pas encore pu être dirigées contre l'organisation régionale (**Chapitre 1**).

841. Dans un second temps, l'éloignement au sein de ces disciplines s'est amenuisé, d'abord en raison des nécessités des opérateurs économiques qui ont conduit à la reconnaissance de l'arbitrabilité du droit communautaire. Plus récemment, l'émergence de la voie arbitrale mixte sur le fondement des TBI intra-communautaires, par effet de la politique européenne d'élargissement, a déclenché un rapprochement systémique qui s'est inscrit dans la continuité de la controverse relative à l'applicabilité de ces instruments conventionnels (**Chapitre 2**).

² Voir CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe*, aff. C-33/76, point 5 et CJCE, 16 décembre 1976, *Comet BV*, aff. C-45/76, point 12.

³ C. Jarrosson et L. Idot, « Arbitrage », *Encyclopédie Dalloz de droit communautaire*, janvier 2010, p.3 ; F. Knoepfler, « Le point de vue extérieur à l'Union européenne », *RAE*, n°2, 2005, pp.213-226, p.213.

⁴ P. Leboulanger et E. Loquin, « Avant-propos », in P. Mayer (dir.), *L'arbitrage et le droit de l'Union européenne*, *op.cit.*, pp.11-12, p.11 ; V. Christianos et F. Picod, « L'insertion de l'arbitrage dans le système juridictionnel communautaire », *RAE*, n°2, 2005, pp.161-168, p.166.

Chapitre 1. Règlement international des différends relatifs aux investissements extra-communautaires et droit communautaire

842. Intéressons-nous à présent aux effets en matière procédurale de la conclusion précédemment évoquée des accords d'investissement extra-communautaires par les États membres. Celle-ci a permis de faire évoluer la méthode de résolution des différends dans ce domaine, en participant à la libéralisation de l'accès au prétoire arbitral dont la compétence est alors de source conventionnelle. La spécificité de la mission des arbitres est désormais de déterminer la conformité de la conduite d'un État aux dispositions de droit international public contenues dans ces accords, selon une modalité privée de résolution des conflits.

843. En raison du principe d'autonomie procédurale mais aussi de certaines tergiversations, l'on tentera de montrer qu'une approche élaborée en matière d'arbitrage mixte n'a pas été menée par la Commission européenne avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Un timide rapprochement entre ce mode de résolution des différends et l'ordre juridique communautaire a tout de même eu lieu auparavant, ce qu'il faudra révéler par le biais de la détermination du point d'impact latent des systèmes.

844. Partant, voyons en quoi la voie arbitrale mixte fondée sur les accords d'investissement constitue un mode de résolution exceptionnel des différends liés aux investissements extra-communautaires et un domaine au sein duquel il convient que les instances bruxelloises cherchent à s'intégrer (**Section 1**). Il conviendra par la suite de mettre en exergue l'évolution des liens entre le recours à la voie arbitrale et le système juridique communautaire, afin de préfigurer quelles seront les capacités d'intégration de l'Union européenne dans le déroulé d'une instance arbitrale mixte (**Section 2**).

Section 1. L'arbitrage fondé sur un traité comme mode exceptionnel de règlement des différends relatifs aux investissements extra-communautaires

845. Parmi les modes de règlement des différends liant un investisseur à un pays hôte,⁵ le recours à l'arbitrage sur le fondement d'un traité se distingue par son efficience et sa nature hybride.

⁵ CNUCED, *Différends entre investisseurs et État : prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage*, Études de la CNUCED, Nations Unies, New York et Genève, 2010.

Celle-ci est la conséquence de l'octroi du *ius standi* à l'investisseur privé,⁶ lui permettant de diriger ses prétentions directement contre un État hôte. Même en l'absence de relations contractuelles avec ce dernier, l'investisseur peut accéder à un mode juridictionnel de résolution des différends susceptible d'aboutir au prononcé d'une sentence arbitrale condamnant cet État au paiement d'une indemnisation pécuniaire. Remarquons qu'il s'agit de la juridiction de droit commun des litiges en la matière, et que les clauses d'arbitrage contenues dans les TBI extra-communautaires sont considérées comme un élément central de protection.⁷

846. En prélude à l'étude des interactions entre l'arbitrage d'investissement et le système juridique communautaire, comparons les modes de résolution des différends relatifs aux investissements communautaires proposés par chaque système. En premier lieu, les caractéristiques de l'arbitrage d'investissement extra-communautaire seront dégagées, en soulignant que le recours à une telle méthode de résolution des différends a été le résultat d'une acquisition progressive (**Paragraphe 1**). Par la suite, on observera que le droit communautaire ne prévoit pas de mécanisme équivalent et envisage la résolution des éventuels différends liés aux investissements intra-communautaires d'une toute autre façon (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. L'avènement progressif de l'arbitrage d'investissement extra-communautaire

847. Le recours effectif à l'arbitrage d'investissement sur le fondement d'un traité n'est une réalité que depuis une quinzaine d'années.⁸ L'essor de ce mode de résolution des différends est intervenu en réponse aux carences et à la rareté des modes plus traditionnels permettant d'opposer une personne privée à l'État hôte de son investissement,⁹ qu'il s'agisse notamment du recours aux tribunaux internes. Plébiscité par les investisseurs, il faut avant tout souligner que l'accès à l'arbitrage d'investissement a été le résultat d'un long processus, guidé par la volonté d'externalisation complète de la résolution des différends liant des investisseurs étrangers à un État.

848. Pour cela, lors d'un survol historique, nous reviendrons au « point de départ de

⁶ J.A. Vives Chillida, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, McGraw Hill, 1998, p.153.

⁷ E. Fernández Masiá, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p.129.

⁸ F. de Trazegnies Granda, « Arbitrando la inversión », *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol.1, n°2, 2008, pp.469-494, p.469.

⁹ Voir E. Fernández Masiá, *Arbitraje en inversiones extranjeras : el procedimiento arbitral en el CIADI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1a ed., 2004, pp.15-23 ; G. Guyomar, « L'arbitrage concernant les rapports entre États et particuliers », *AFDI*, vol.5, n°5, 1959, pp.333-354.

l'évolution du droit des investissements internationaux », ¹⁰ à savoir le recours à la protection diplomatique, qui a été initié à partir du XIXe siècle. En décrivant succinctement les rouages de ce mode de règlement des différends opposant un individu à un État, ses lacunes seront mises en exergue (A). En conséquence, un mode alternatif de résolution des conflits a été prévu. Il s'agit d'abord de la voie arbitrale internationale d'abord fondée sur un lien contractuel, qui a pu ensuite être initiée d'une manière unilatérale sur le fondement d'un traité (B).

A. Le règlement politique des différends opposant les investisseurs aux États hôtes

849. Dans le cadre du développement des modes pacifiques de règlement des différends, le recours à la protection diplomatique est apparu comme un remède à la saisine infructueuse du for de l'État hôte de l'investissement, présentant les liens les plus étroits avec les litiges mais étant suspecté par les investisseurs étrangers de partialité, alors même que le recours au juge de l'État d'origine de l'investissement pose un problème de compétence et d'efficacité.

850. Le principe de la protection diplomatique est apparemment simple (1). Cette méthode de résolution des différends a pourtant présenté des inconvénients majeurs pour l'expansion des relations d'investissement (2). De nos jours, elle n'a pas été totalement éclipsée par les autres modes de règlement applicables aux différends relatifs aux investissements extra-communautaires, notamment l'arbitrage mixte (3).

1) Le principe de la protection diplomatique

851. La protection diplomatique est l'expression du droit légitime des États d'exiger la protection de leurs ressortissants à l'étranger. En vertu du droit international coutumier, elle est fondée sur une violation alléguée du standard minimum de traitement imputable à un État hôte. Elle s'appuie sur l'endossement étatique d'une prétention individuelle, laissée sans recours ou insatisfaite.¹¹ Par l'engagement de la responsabilité internationale d'un État, sa visée est d'exiger la cessation d'une activité illicite, l'obtention d'une réparation ou la prévention d'une future violation d'une norme internationale.¹² Tandis que la manifestation concrète du principe de la protection

¹⁰ C. Leben, « L'évolution du droit international des investissements : un rapide survol », in C. Leben (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements : nouveaux développements*, op.cit., pp.9-22, p.10.

¹¹ G. Berlia, « Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique », *AFDI*, vol.3, 1957, pp.63-72, p.63.

¹² J.L. Collantes González, « La protección diplomática : ¿Retorno a lo interestatal cuando otros mecanismos han fallado ? », in J.L. Collantes & B. de la Vega Justrubó (coords), *Derecho internacional económico y de las*

diplomatique semble aisée à décrire, la question de l'identité du détenteur de ce droit reste débattue, dans le contexte de l'émergence du droit transnational.

852. Notons d'abord que la protection diplomatique est *stricto sensu* un recours spécifique, devant être distingué des procédés diplomatiques informels.¹³ Pour cela, il convient de se référer au critère discriminant de l'invocation de la responsabilité de l'État,¹⁴ ou dans des cas plus ambigus à l'étroitesse des liens existant entre le ressortissant et son État de nationalité.¹⁵

853. Le principe de la protection diplomatique est le suivant. En raison de l'échec du recours aux juridictions nationales de l'État hôte, l'État de nationalité de l'étranger peut intervenir auprès de cet État, en conférant au différend une nature non plus mixte mais interétatique. Le conflit est alors résolu par une voie non contraignante telle que l'action diplomatique,¹⁶ ou par d'autres voies pacifiques, incluant le mode juridictionnel de règlement des différends.¹⁷

854. Constatons que les avis divergent en doctrine lorsqu'il s'agit d'analyser l'élévation de la nature du conflit. Selon l'analyse classique de la protection diplomatique, portée par le *dictum* de l'affaire *Mavrommatis*, l'État de nationalité « épousera » la requête, qui parvient au niveau international par une fiction qui la transforme en son « droit propre ».¹⁸ S'oppose à cette analyse un courant qui voit dans la protection diplomatique un droit individuel, expression de l'évolution du droit international dont les sujets sont devenus multiples.¹⁹ Remarquée par la Cour de La Haye,²⁰ cette relecture de la protection diplomatique est défendue par l'émergence de l'arbitrage

inversiones internacionales, *op.cit.*, pp.651-676, p.652.

¹³ J. Díez-Hochleitner, « Protección diplomática v. arbitraje de inversiones », in *El Derecho Internacional : Normas, Hechos y Valores. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid, Universidad Complutense, 2005, pp.469-505, p.501.

¹⁴ M.A. Burgos-De la Ossa & N. Lozada-Pimiento, « La protección diplomática en el marco de las controversias internacionales de inversión », *International Law : Revista colombiana de derecho internacional*, n°15, 2009, pp.243-278, p.248 et suiv.

¹⁵ *Ibidem*, p.266 et suiv.

¹⁶ *Ibid.*, p.253.

¹⁷ L'article 1er du projet d'articles sur la protection diplomatique de 2006 de la Commission du droit international se réfère à « l'invocation par un État, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre État ». Ces moyens visent tant la négociation, la médiation, que la voie judiciaire interne ou internationale, ou encore l'arbitrage. Il semble donc qu'il n'y ait pas de liste exhaustive des moyens permettant la résolution du différend.

¹⁸ CPJI, 30 août 1924, *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, Publications de la C.P.J.I., série A, n°2, p.12 ; C. Santulli, « Entre protection diplomatique et action directe : la représentation, éléments épars du statut international des sujets internes », in SFDI, *Le sujet en droit international*, colloques du Mans, Paris, Pedone, 2005, pp.85-100.

¹⁹ C. Dominicé, « Regard actuel sur la protection diplomatique », in *Liber Amicorum Claude Reymond - Autour de l'arbitrage*, Paris, Litec, 2004, pp.73-81, p.77 ; S. Garibian, « Vers l'émergence d'un droit individuel à la protection diplomatique », *AFDI*, vol.54, n°54, 2008, pp.119-141.

²⁰ S. Garibian, « Vers l'émergence d'un droit individuel à la protection diplomatique », *loc.cit.*, pp.127-129.

d'investissement fondé sur un traité, qui octroie aux investisseurs un mécanisme permettant de faire valoir directement leurs prétentions face aux États hôtes.²¹

2) Les écueils de la protection diplomatique

855. *In concreto*, le recours à la protection diplomatique est accompagné de critères devant être satisfaits par l'investisseur étranger. L'admissibilité de la demande est ainsi soumise à deux conditions posées par le droit coutumier international, relatives à la nationalité de l'investisseur et à l'épuisement préalable des voies de recours internes de l'État hôte. Le résultat de la procédure, une fois la requête endossée, est aussi incertain. Notons cependant qu'il n'est pas exigé l'existence d'un lien contractuel préalable entre l'individu et l'État hôte.

856. Premier critère, un État ne peut épouser la réclamation d'un particulier qu'en conséquence du lien d'allégeance les unissant, à savoir la nationalité. Il s'agit de la condition fondamentale à l'exercice de la protection diplomatique.²² Déterminer la nationalité d'une personne physique ou d'une personne morale relève en général de la nécessité et non de la difficulté.²³ Les règles de l'effectivité et de la continuité protègent du *nationality shopping*, pour que l'État ait un intérêt à endosser la requête.²⁴

857. Le critère de la nationalité a été repris *a posteriori* par les TBI extra-communautaires, d'un large point de vue, afin notamment que certains actionnaires puissent avoir recours à une méthode de résolution des différends autre que la protection diplomatique, à laquelle ils n'ont pas accès en vertu de la jurisprudence *Barcelona Traction*.²⁵

858. Second critère, l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes. La résolution

²¹ Le recours est dit « direct » car il ne nécessite plus de passer par le truchement de l'État de nationalité.

²² Voir l'article 3 §1 du projet d'articles sur la protection diplomatique de 2006.

²³ Pour déterminer la nationalité de la personne morale, le critère de l'incorporation, puis celui du contrôle lié à celui du siège de l'administration, sont pris en compte. *Ibidem*, article 9.

²⁴ La règle de la continuité signifie que la nationalité de l'investisseur doit être la même, « depuis la date du préjudice jusqu'à la date de la présentation officielle de la réclamation. La continuité est présumée si cette nationalité existait à ces deux dates ». Voir *ibidem*, article 5.

²⁵ La conclusion des accords d'investissement peut être analysée comme une conséquence de la jurisprudence *Barcelona Traction* et de son impact sur le bénéfice de la protection diplomatique pour les actionnaires. En retenant que seul l'État du lieu d'incorporation de la société pouvait exercer la protection diplomatique, les actionnaires belges ont été exclus du bénéfice de la protection diplomatique en l'absence d'un instrument conventionnel. Voir International Law Association, committee on the diplomatic protection of persons and property, « Final report », in International Law Association, *Report of the seventy-second conference*, Toronto, London, International law association, 2006 §126

des litiges doit ainsi d'abord être soumise à l'ordre juridique de l'État hôte. Il s'agit d'une règle de droit coutumier international que le recours à l'arbitrage mixte a permis de contourner.²⁶ Si l'épuisement des voies de recours internes est consubstantiel à l'exercice de la protection diplomatique, la règle connaît des exceptions.²⁷ Ainsi, il n'est pas exigé d'avoir épuisé les voies de recours internes si celles-ci n'existent pas, ou en cas de retard injustifié de l'administration. De plus, il est concevable que les États renoncent à la satisfaction de cette règle ou qu'ils la déclarent inapplicable,²⁸ attestant donc son caractère dispositif.

859. Il y a plus dans l'incertitude. Une fois ces critères satisfaits, l'endossement de la requête par l'État de nationalité de l'investisseur reste soumis à sa discrétion,²⁹ probablement aussi à la règle de la conduite irréprochable.³⁰ À considérer que les négociations aboutissent, à la suite de l'endossement de la réclamation, en cas d'obtention d'une compensation l'État peut ne pas octroyer celle-ci à la victime réelle du dommage, marquant là une compétence étatique doublement discrétionnaire.³¹ Partant, il est aisé de relever les écueils liés à la protection diplomatique, qu'il s'agisse des nombreux freins politiques,³² des aléas de l'action de l'État de nationalité ou encore d'une résolution des différends dont la dimension juridique est ternie.³³

3) La pertinence contemporaine du recours à la protection diplomatique

860. La protection diplomatique est, de nos jours, à nouveau un sujet de réflexions doctrinales, d'abord à propos des risques d'un éventuel parallélisme procédural.³⁴ Notons en ce sens que le recours à la protection diplomatique est en effet une méthode de résolution des différends prévue par les clauses procédurales des accords d'investissement, en cas de situation pathologique.³⁵

²⁶ CIJ, 24 mai 2007, *aff. Ahmadou Sadio Diallo*, (République de Guinée c. République Démocratique du Congo), §42.

²⁷ C. Santulli, « Entre protection diplomatique et action directe... », *loc.cit.*, p.95.

²⁸ Il est noté au §50 de l'arrêt *ELSI* que la règle est inapplicable si les États l'ont déclarée comme telle. Voir CIJ, 20 juillet 1989, *Elletronica sicula S.p.a. (ELSI)*, (États-Unis d'Amérique c. Italie).

²⁹ Ce caractère discrétionnaire peut toutefois être limité par les constitutions des États de nationalité des requérants. Globalement, une marge de manœuvre est conservée, puisque les conditions sont « nécessaires sans être suffisantes » et que « l'État peut accorder ou refuser l'endossement sans avoir à se justifier de quelque manière que ce soit ». Voir G. Berlia, « Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique », *loc.cit.*, p.63.

³⁰ Cette règle, dénommée en anglais « *clean hands* » rule, vise à ce que l'illicéité d'une réclamation emporte l'impossibilité d'avoir recours à la protection diplomatique.

³¹ G. Berlia, « Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique », *loc.cit.*, p.64.

³² C. Santulli, « Entre protection diplomatique et action directe... », *loc.cit.*, p.90.

³³ M.A. Burgos-De la Ossa & N. Lozada-Pimiento, « *La protección diplomática en el marco...* », *loc.cit.*, p.247.

³⁴ *Ibidem* ; M. Potestà, « State-to-State dispute settlement pursuant to Bilateral Investment Treaties : Is there potential ? », in N. Boschiero *et al.* (eds), *International courts and the development of international law*, The Hague, TMC Asser Press, 2013, pp.753-768.

³⁵ La convention de Washington prévoit l'intervention de l'État d'origine de l'investissement, au cas où l'État attrait s'abstiendrait de se conformer à la sentence. L'article 27 §1 précise : « *Aucun État contractant n'accorde la*

Toutefois, il a été prévu de faire obstacle à la formation d'un désordre procédural. La clause *electa una via* laisse ainsi le choix à l'investisseur. Toutefois, l'initiation du recours à l'arbitrage exclut la possibilité d'avoir recours au juge national de l'État hôte et *in fine* à la protection diplomatique.

861. En filigrane, la question est de savoir si l'arbitrage mixte fondé sur un traité a remplacé la nécessité d'avoir recours à la protection diplomatique. Bien qu'elle conserve une pertinence générale s'agissant de la protection internationale des individus,³⁶ en droit des investissements internationaux, la protection diplomatique semble être devenue obsolète.³⁷

862. Toutefois, ce mode de résolution des différends reste une alternative subsidiaire, étant donné que l'universalité de la Convention de Washington reste à acquérir et que des sentences arbitrales CIRDI peuvent encore avoir des difficultés d'exécution.³⁸ Ainsi, la protection diplomatique, loin d'avoir subi l'occultation totale du CIRDI, est en théorie une voie de recours disponible, afin de trancher les litiges liés aux investissements étrangers.³⁹

863. En outre, la protection diplomatique conserve une pertinence pour l'Union européenne. L'expansion des domaines de compétence et l'édification d'une action extérieure impliquent la prise en compte de la problématique à l'échelle européenne.⁴⁰ Pour cela, un transfert de compétence est nécessaire, bien qu'il ne soit pas encore d'actualité.⁴¹ Toutefois, la proclamation d'une compétence exclusive en matière d'IDE peut inciter la Commission européenne à devenir compétente dans ce domaine, ce qui relève aujourd'hui de l'ordre du *de lege ferenda*.

protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre État contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre État contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend ».

³⁶ S. Garibian, « Vers l'émergence d'un droit individuel à la protection diplomatique ? », *loc.cit.*, pp.125-130.

³⁷ J. Díez-Hochleitner, « Protección diplomática v arbitraje de inversiones », *loc.cit.*, p.503.

³⁸ Voir T. Lin, « Systemic reflections on Argentina's non-compliance with ICSID arbitral awards: a new role of the annulment committee at enforcement? », *Contemporary Asia arbitration journal*, vol.5, n°1, May 2012, pp.1-22.

³⁹ M.A. Burgos-De la Ossa & N. Lozada-Pimiento, « La protección diplomática en el marco... », *loc.cit.*, p.274 ; B. Poulain, « Discussion », in C. Kessedjian (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, *op.cit.*, pp.79-90, p.90 ; B. Poulain et M. Raux, « Actualité du droit européen des investissements internationaux », *loc.cit.*, p.120.

⁴⁰ Sur la question de la protection diplomatique et de ses rapports avec les organisations internationales, voir J.-P. Ritter, « La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale », *AFDI*, vol. 8, 1962, pp.427-456.

⁴¹ Le procédé de communautarisation de la protection diplomatique est envisagé dans le cadre du programme de Stockholm.

B. L'émergence de l'arbitrage d'investissement extra-communautaire fondé sur un traité

864. Pour comprendre la spécificité de l'arbitrage d'investissement, il faut s'interroger sur la source de la compétence des arbitres et la nature de leur mission. Afin de proposer une alternative à la protection diplomatique, le régime de l'arbitrage commercial international a d'abord été appliqué à la résolution des différends mixtes, par la conclusion de contrats d'États constituant le fondement de la compétence des tribunaux arbitraux. Ces derniers ont alors pour mission de trancher les litiges relatifs à l'exécution de ces contrats, en statuant sur l'éventuelle violation d'une obligation contractuelle par un État.

865. Désormais, la majorité des tribunaux arbitraux sont compétents sur le fondement d'un traité d'investissement et leur mission est de contrôler l'exercice du pouvoir normatif des États, signataires de tels accords, au regard du droit international. Afin de percevoir les pourtours de cet arbitrage, seront étudiés les initiatives ayant participé de sa création et de son expansion **(1)**, sa localisation vis-à-vis de l'arbitrage tant privé que public **(2)** et enfin ses principaux traits distinctifs **(3)**.

1) L'obtention de l'arbitrage d'investissement extra-communautaire fondé sur un traité

866. Cette transition, reflétée par ces modifications ayant trait au fondement de la compétence des tribunaux arbitraux et à la nature de leur mission, est le résultat du processus d'internationalisation du droit des investissements contenu dans les contrats d'États. Disons d'emblée que ce mouvement s'est composé de trois phases.⁴² Son objectif a été de remédier aux écueils liés à l'arbitrage fondé sur un lien contractuel, en s'éloignant notamment de l'application du droit de l'État contractant à la résolution du litige.

867. La création du CIRDI a été la première étape. La Convention de Washington du 18 mars 1965 a instauré un cadre stable et neutre pour la résolution des litiges en matière d'investissement étranger, par le biais du recours à l'arbitrage ou à la conciliation.⁴³ Les premiers cas de saisine du Centre concernaient alors des litiges relatifs à une relation contractuelle investisseur-État. À noter que le Centre n'est qu'un intermédiaire, qui met à la disposition des investisseurs une

⁴² C. Leben, « L'évolution du droit international des investissements : un rapide survol », *loc.cit.*, p.10.

⁴³ Un mécanisme additionnel a été prévu en 1978, afin d'ouvrir l'accès au Centre lorsque l'État hôte ou l'État de nationalité ne sont pas parties au CIRDI, ou encore lorsque le litige n'est pas directement relatif à un investissement. Voir J.A. Vives Chillida, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones*, *op.cit.*, p.34.

administration facilitant la résolution des différends confiée à des tribunaux arbitraux. L'application du droit international pour la résolution des litiges est admise.⁴⁴ L'arbitrage CIRDI constitue en conséquence le premier choix des investisseurs parmi la gamme des arbitrages disponibles.⁴⁵

868. La seconde étape a été marquée par la conclusion des accords bilatéraux d'investissement, initiée par les États membres de la CEE. Sur la base d'un projet de convention de l'OCDE,⁴⁶ les États ont choisi de protéger les investissements et les investisseurs en ayant recours à la voie conventionnelle, étant donné que contrairement aux droits internes, il est impossible de modifier de façon unilatérale un traité. Après la création du Centre, des clauses d'arbitrage ont été insérées dans le contenu de ces accords d'investissement bilatéraux.⁴⁷ Ces clauses, prévoyant le recours à l'arbitrage CIRDI, SCC, CCI ou encore CNUDCI, ont été disséminées en conséquence de l'augmentation du nombre d'accords d'investissement dès la fin du monde bipolaire.

869. Dernière étape ayant permis l'émergence de l'arbitrage fondé sur un traité, la création du CIRDI et l'augmentation des accords d'investissement ont été combinées dans le cadre de l'affaire *AAPL c. Sri Lanka*.⁴⁸ À la lecture de l'accord d'investissement conclu entre le Royaume-Uni et le Sri Lanka, le tribunal arbitral a estimé que l'État hôte avait accepté de résoudre par voie arbitrale l'ensemble des différends. Le tribunal arbitral était alors compétent pour statuer sur le différend, même en l'absence de relations contractuelles entre cet État et la personne privée, sur le fondement de l'accord d'investissement.⁴⁹

870. A ainsi été posé le principe du consentement dissocié, qui constitue la spécificité de l'arbitrage mixte fondé sur un traité. La dissociation du consentement à l'arbitrage est fondée sur une offre générale d'arbitrage faite par un État, lors de la signature des accords d'investissement.⁵⁰ L'offre indirecte de l'État reste alors en suspens, tant qu'elle n'a pas rencontré l'acceptation de l'investisseur qui, lors de sa demande d'initiation de l'arbitrage, est constitutive du consentement. Le

⁴⁴ Voir l'article 42 §1 de la Convention de Washington.

⁴⁵ Se distinguent également les voies arbitrales mixtes placées sous la férule de la Chambre de commerce de Stockholm ou de la Chambre de commerce internationale et l'arbitrage CNUDCI. Un auteur rapporte qu'en 2009, 65% des différends ont été résolus devant le CIRDI ou son instance additionnelle, 25% par le biais d'un arbitrage CNUDCI et 5% par un arbitrage CCI. Voir S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement international*, *op. cit.*, p.50.

⁴⁶ Voir l'article 7 du projet de convention sur la protection des biens étrangers de l'OCDE du 12 octobre 1967.

⁴⁷ Le recours a été prévu pour la première fois au sein de l'accord d'investissement signé en 1969 entre l'Italie et le Tchad, Voir A.P. Newcombe & L. Paradell, *Law and practice of investment treaties : Standard of treatment*, *op.cit.*, p.45.

⁴⁸ CIRDI, *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) c. République du Sri Lanka*, 27 juin 1990, aff. ARB/87/3.

⁴⁹ *Ibidem*, §25 et suiv.

⁵⁰ L'offre d'arbitrage peut également être contenue dans une loi nationale.

décalage existant entre l'offre d'arbitrage étatique et l'acceptation de l'investisseur a conduit à qualifier l'arbitrage fondé sur un traité d'arbitrage sans lien direct,⁵¹ ou encore d'arbitrage transnational unilatéral.⁵²

2) L'arbitrage d'investissement extra-communautaire vis-à-vis de l'arbitrage commercial et de l'arbitrage interétatique

871. Une nouvelle catégorie d'arbitrage, la voie arbitrale mixte fondée sur un traité, est apparue. La question de sa nature au regard des deux catégories usuelles d'arbitrage, à savoir l'arbitrage public et l'arbitrage privé, se pose. Si la voie arbitrale mixte sur la base d'un traité peut être considérée comme le produit d'un syncrétisme,⁵³ les mécanismes et la philosophie qu'elle emprunte sont indubitablement celles de l'arbitrage privé, qui rappelons-le lui a servi de modèle et de régime de référence.⁵⁴ Cette parenté directe est confirmée par la possibilité qu'ont les institutions d'arbitrage commercial d'administrer la résolution de conflits relatifs aux investissements étrangers par des tribunaux arbitraux dont la compétence est de source conventionnelle.

872. Par-delà certaines similitudes,⁵⁵ des traits distinctifs entre l'arbitrage commercial et l'arbitrage mixte sont à noter. Il s'agit du fondement de la demande, de la possibilité d'appliquer le droit international à la résolution du différend,⁵⁶ mais aussi de la faculté de contrôler l'exercice du pouvoir normatif des États.⁵⁷ Ces spécificités ont pour origine la participation d'un État à l'instance arbitrale,⁵⁸ en tant que partie défenderesse, qui remet en cause l'horizontalité de la relation des

⁵¹ J. Paulsson, « Arbitration without privity », *ICSID Review - FILJ*, vol.10, n°2, 1995, pp.232-257.

⁵² W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral – Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse, Paris II, 2003.

⁵³ A. Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, *op.cit.*, p.60.

⁵⁴ Cet arbitrage est vu comme « l'institution d'une justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun, pour être résolus par des individus revêtus, pour la circonstance, de la mission de les juger ». Il est, pour d'autres auteurs, « tout arbitrage international opposant des entreprises à propos d'un litige à caractère économique ». Voir J. Robert & B. Moreau, *L'arbitrage - Droit interne, droit international privé*, Paris, Dalloz, 6e ed., 1993, p.3 ; P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldmann, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p.38, §59.

⁵⁵ Ces similitudes sont la possibilité de résoudre un différend par le biais d'un tribunal arbitral dont la composition dépend de la volonté des parties, en se référant à des règles de procédure pouvant être communes et en accordant des indemnités par le biais du prononcé d'une sentence arbitrale. Le sort de celle-ci est régi par la Convention de New-York, s'il n'est pas régi par la Convention de Washington. Voir G. Van Harten & M. Loughlin, « Investment treaty arbitration as a species of global administrative law », *EJIL*, vol.17, n°1, 2006, pp.121-150, p.139.

⁵⁶ Y. Banifatemi, « The law applicable in investment treaty arbitration (chapter 9) », in K. Yannaca-Small (ed.), *Arbitration under international investment agreements: A guide to the key issues*, Oxford University Press, 2010, pp.191-210, p.204.

⁵⁷ G. Van Harten & M. Loughlin, « Investment treaty arbitration as a species of global administrative law », *loc.cit.*, p.125.

⁵⁸ S.L. Feldstein de Cárdenas, « Arbitraje e inversiones extranjeras », in C.A. Hernández (coord.), *El derecho Privado*

parties à l'arbitrage commercial et déclenche la « délicate »⁵⁹ question de la conservation du caractère commercial de la voie arbitrale investisseur-État fondée sur un traité.

873. Jusqu'à quel point la voie arbitrale mixte fondée sur un traité se démarque-t-elle de ses racines commerciales ? Les avis sont partagés. En effet, une certaine autonomie a été reconnue à cette catégorie d'arbitrage,⁶⁰ ce qui n'empêche pas que, de l'avis de la doctrine la plus autorisée sur ce thème, l'arbitrage qui « oppose un État ou une de ses émanations à une entreprise privée étrangère » reste commercial.⁶¹ Toutefois, conserver l'arbitrage d'investissement au sein de son socle commercial originel n'est pas dénué d'inconvénients, puisque cela fait d'abord obstacle au développement d'une procédure spécifique.⁶² Une telle position perd aussi en pertinence, lorsque l'on constate la relative perte de confidentialité des procédures arbitrales mixtes.

874. Enfin, la voie arbitrale mixte a été caractérisée comme un mode de résolution des différends participant de la réalité d'un droit administratif global,⁶³ symbole de la globalisation juridique et de l'émergence d'une gouvernance globale.⁶⁴ En vertu de plusieurs indices, la nature de cette méthode de résolution des différends ne serait pas à rattacher à l'arbitrage privé ou public, mais à un arbitrage spécial,⁶⁵ voire à un droit public d'un nouveau genre.⁶⁶ Qu'elle relève de l'arbitrage commercial ou non,⁶⁷ la nature de l'arbitrage investisseur-État semble être en mutation. Ce trait devrait être accentué par l'action de la Commission européenne, dans le cadre du mouvement d'européanisation du droit procédural des investissements internationaux.⁶⁸

ante la internacionalidad, la integración y la globalización, Homenaje al Prof. Dr. Miguel A. Ciuro Caldani, Buenos Aires, Argentina, Editorial Jurídica La Ley., 2005, pp.571-596, p.579.

⁵⁹ P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldmann, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op.cit.*, §69, p.43.

⁶⁰ F. de Trazegnies Granda, « Arbitrando la inversión », *loc.cit.*, p.470.

⁶¹ P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldmann, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op.cit.*, §69, p.43.

⁶² F. de Trazegnies Granda, « Arbitrando la inversión », *loc.cit.*, p.469.

⁶³ G. Van Harten & M. Loughlin, « Investment treaty arbitration as a species... », *loc.cit.*, pp.121-150.

⁶⁴ J.E. Alvarez, « Is the international investment regime a form of global governance? », in *Arbitration – The next fifty years*, ICCA Congress Series No 16, 2012, pp.137-160.

⁶⁵ J.C. Rivera, *Arbitraje comercial internacional y doméstico*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, pp.58-59.

⁶⁶ Ces indices sont la non nécessité d'épuiser les voies de recours internes, la possible obtention d'une indemnisation pécuniaire en résultat d'une action directe, l'éventuelle demande d'exécution forcée devant les juges nationaux et une facilitation faite aux investisseurs d'avoir recours au *forum shopping*. Voir G. Van Harten & M. Loughlin, « Investment treaty arbitration as a species... », *loc.cit.*, p.122.

⁶⁷ Sur les difficultés pratiques à faire le départ entre l'arbitrage commercial et l'arbitrage mixte, voir K.-H. Böckstiegel, « Commercial and Investment Arbitration : How Different are they Today ? », *Arbitration International*, vol.28, n°4, 2012, pp.577-590, p.578.

⁶⁸ E. Loquin et S. Manciaux, « Les propositions de l'Union européenne... », *loc.cit.*, p.173.

3) Spécificités de l'arbitrage d'investissement fondé sur un traité

875. Au-delà de ce débat doctrinal sur la nature de l'arbitrage d'investissement, réaffirmons que ce mode de résolution des différends est spécifique, en vertu de l'identité des sujets parties, de la nature des sources du droit des investissements internationaux, de la notion d'investissement, du droit applicable à la résolution des différends et du raisonnement juridique adopté par les tribunaux arbitraux.⁶⁹

876. Sur le fondement des accords d'investissement, l'investisseur a en réalité accès à plusieurs arbitrages. Sont généralement prévus, par les clauses procédurales des accords, le recours à l'arbitrage spécialisé en la résolution des différends liés aux investissements étrangers, l'arbitrage CIRDI, mais aussi le recours à l'arbitrage non spécialisé, à savoir l'arbitrage commercial institutionnel et l'arbitrage *ad hoc*. Les atouts de l'arbitrage CIRDI proviennent du fait qu'il est parvenu à s'éloigner, sur certains points, du régime de l'arbitrage commercial international.

877. Si l'arbitrage CIRDI est plébiscité par les investisseurs et se démarque de l'arbitrage *ad hoc*, il reste un procédé volontaire. Il est initié à la condition *sine qua non* de la réalité du consentement des parties. Une particularité est que le consentement étatique à l'arbitrage CIRDI est double. En effet, pour être poursuivi par un investisseur, un État hôte doit avoir ratifié la Convention de Washington. L'État de nationalité de l'investisseur doit avoir fait de même.⁷⁰ Par ailleurs, l'État hôte doit aussi avoir consenti à la compétence du tribunal CIRDI par écrit,⁷¹ notamment par le biais de la conclusion d'un accord bilatéral d'investissement contenant une offre étatique d'arbitrage *erga omnes*.

878. Outre la question du consentement, la spécificité de l'arbitrage CIRDI s'inscrit dans le prolongement et l'accentuation de celle de la voie arbitrale privée, pouvant être dévoilée à la lumière des indices de flexibilité et d'efficacité.⁷² Ainsi, la flexibilité concerne, en plus de l'accès libéral au prétoire arbitral, le déroulement des instances arbitrales, en accordant aux parties la libre maîtrise de

⁶⁹ F. de Trazegnies Granda, « Arbitrando la inversión », *loc.cit.*, pp.474-485 ; E. Fernández Masiá, *Arbitraje en inversiones extranjeras : el procedimiento arbitral en el CIADI, op.cit.*, pp.38-43.

⁷⁰ Ces conditions ont été atténuées par l'introduction du mécanisme supplémentaire. Voir l'article 2 a) du règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI.

⁷¹ Voir l'article 25 de la Convention de Washington.

⁷² Voir E. Fernández Masiá, *Arbitraje en inversiones extranjeras : el procedimiento arbitral en el CIADI, op.cit.*, pp.38-43.

la constitution des tribunaux arbitraux et de la conduite de la procédure.⁷³

879. L'efficacité de l'arbitrage CIRDI est garantie par l'accès à un corps de règles fixes et à une administration prestigieuse, mais aussi par l'irrévocabilité du consentement donné.⁷⁴ Le système est également marqué par une exclusivité, à savoir que le consentement des parties à l'arbitrage implique la « renonciation à l'exercice de tout autre recours »,⁷⁵ permettant là d'éliminer le risque de parallélisme de procédures.

880. L'arbitrage CIRDI est enfin un système autonome. Une différence entre l'arbitrage spécialisé et l'arbitrage non spécialisé en la résolution des différends liés aux investissements étrangers est que seul le premier est autosuffisant.⁷⁶ Les tribunaux arbitraux CIRDI sont donc réputés ne pas avoir de siège. L'autorité exceptionnelle accordée aux sentences arbitrales CIRDI doit être soulignée. En effet, les juridictions nationales n'ont pas vocation à intervenir en cas d'incident d'instance, que ce soit en cas de demande d'exécution forcée, car les questions de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales sont garanties,⁷⁷ ou d'annulation.⁷⁸

Paragraphe 2. Étude comparative de l'arbitrage d'investissement extra-communautaire au regard du système juridictionnel communautaire

881. Repérer les spécificités de l'arbitrage d'investissement extra-communautaire fondé sur un traité gagne en pertinence lorsque ce dernier est confronté aux voies de recours prévues par le droit communautaire. Celles-ci sont en théorie disponibles aux investisseurs intra-communautaires. En vertu du raisonnement comparatif, la conception de la résolution du différend et l'efficacité de chaque système juridictionnel doivent être analysées, afin de distinguer celui s'avérant être le plus adéquat. Soulignons qu'en droit communautaire, il n'est pas prévu de mode de résolution équivalent

⁷³ Voir les articles 37 §2 a) et 42 §1 de la Convention de Washington.

⁷⁴ Voir l'article 25 §1 de la Convention de Washington.

⁷⁵ L'article 26, *ibidem*, prévoit que « *Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours.* »

⁷⁶ Ainsi, le CIRDI a été qualifié de « self-contained machinery functioning in a total independence from domestic legal systems ». Voir G.R. Delaume, « ICSID arbitration and the courts », *AJIL*, vol.77, n°4, 1983, pp.784-803, p.784.

⁷⁷ La sentence arbitrale rendue par un tribunal arbitral CIRDI a une autorité exceptionnelle. L'article 54 de la Convention de Washington est relatif à la réception automatique des sentences arbitrales CIRDI dans les ordres juridiques des États parties, sans nécessité d'*exequatur*. À propos de cette disposition, un parallèle a été établi avec le régime de l'article 192 CEE devenu 256 TCE, visant les décisions du Conseil ou de la Commission comportant vis-à-vis des particuliers des obligations pécuniaires, qui ont en commun l'exécution forcée, sous la force d'un titre exécutoire. Toutefois, il a été noté que seule la Convention de Washington multilatéralise l'obligation de reconnaissance et d'exécution de la décision. Voir J.A. Vives Chillida, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones*, p.230 et suiv.

⁷⁸ L'arbitrage CIRDI possède son propre recours en annulation. Voir l'article 52 de la Convention de Washington.

au recours arbitral mixte.

882. Face à un règlement international des différends bâti sur-mesure, est à la disposition des investisseurs intra-communautaires un ambitieux réseau de voies de recours, dont la fonction dépasse le simple objectif de résolution des différends. *A contrario* de la voie arbitrale mixte, la résolution d'un conflit lié à un investissement intra-communautaire est conçue, en droit communautaire, d'une façon interne **(A)**. La méthode appropriée de résolution des différends sera par la suite désignée, en fonction d'un critère d'efficience **(B)**.

A. La conception intériorisée de la résolution des différends prévue par le droit processuel communautaire

883. Le droit de l'intégration a rapidement eu vocation, grâce à la politique d'élargissement qui a ainsi pu offrir de nouvelles opportunités d'investissement intra-communautaire, à étendre ses effets sur les systèmes juridictionnels des pays tiers situés en bordure de la Communauté. Contrairement à la possibilité de délocaliser la résolution des différends par le biais du recours à l'arbitrage, en droit communautaire cette résolution est intériorisée, par l'effet des principes d'intégration et de confiance mutuelle appliqués en matière procédurale **(1)**.

884. La volonté de rapprocher les juridictions des États membres au sein de la Communauté s'appuie sur l'application du standard de traitement national à l'investisseur étranger en matière juridictionnelle. Du point de vue communautaire, ce standard a pour effet de rendre la nécessité d'externalisation superflue et de souligner la compétence naturelle et légitime des juges nationaux des États hôtes. Il conviendra alors de déterminer la portée de ce standard, devenu un pilier parmi les divers principes généraux du droit communautaire en matière procédurale **(2)**.

1) Les principes d'intégration et de confiance mutuelle appliqués aux recours juridictionnels prévus par le droit communautaire

885. Le système procédural communautaire est fortement teinté de l'idéal de la confiance mutuelle,⁷⁹ en résultat de la politique d'élargissement souhaitant intégrer de nouveaux États au

⁷⁹ Le principe de confiance mutuelle est considéré comme « un élément fondamental du processus évolutif dans lequel est engagée l'Union européenne ». Voir les conclusions de l'avocat général M. Ruiz-Jarabo, dans les affaires C-187/01 et C-385/01, *Procédures pénales c/ Hüseyin Gözütok et Klaus Brügge*, 19 septembre 2002, point 124.

projet européen et ainsi étendre l'espace de liberté, de sécurité et de justice aux territoires voisins. On sait que la méfiance des investisseurs vis-à-vis de l'office du juge national de l'État hôte de leur investissement est à l'origine du recours à un mode de résolution des différends spécifique.⁸⁰ Cette méfiance a-t-elle encore lieu d'être au sujet des juridictions des États membres, notamment celles des pays d'Europe centrale et orientale hôtes de nombreux investissements intra-communautaires ?

886. Pour savoir si les risques de déni de justice ont pu être éliminés par les processus d'adhésion, il faut déterminer la portée du principe de confiance mutuelle en matière procédurale. Notons en premier lieu que les pays d'Europe centrale et orientale ont pu bénéficier de la qualité de membre de la Communauté parce qu'ils ont satisfait, graduellement et précédemment à leur adhésion, aux critères de Copenhague. Parmi ces derniers, le critère politique est fondamental,⁸¹ car il détermine l'ouverture par le Conseil de l'ouverture des négociations. En apparence, il n'y a donc pas lieu de douter de la rigueur des processus d'adhésion, permettant aux investisseurs intra-communautaires d'avoir accès à un juge local indépendant et neutre.

887. Néanmoins, *in concreto* il apparaît que la confiance mutuelle reste un instrument politique et que sa portée effective a été remise en cause.⁸² En outre, considérant leurs difficultés vis-à-vis du respect du critère politique, certains pays tiers n'ont pu adhérer à la Communauté que sous réserves, c'est-à-dire à condition d'instaurer un mécanisme de coopération et de vérification, visant une réforme approfondie et suivie de leurs systèmes judiciaires.⁸³ En conséquence, il est permis de considérer que, pour certains États membres hôtes des investissements intra-communautaires, le recours au juge national n'est pas dénué de risques.⁸⁴

888. Ailleurs dans le monde, un mouvement d'intériorisation du mode de résolution des

⁸⁰ CNUCED, *Différends entre investisseurs et État : Prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage*, *op.cit.*, p.2.

⁸¹ En vertu de ce critère, l'État porté candidat doit attester la stabilité de ses institutions et la garantie des droits fondamentaux. Sont visés « *l'état de droit, la démocratie, les droits de l'homme, le respect des minorités et leur protection* ». L'État doit aussi respecter les conditions de l'article 49 et 6 §1 du TUE, reprenant les travaux du Conseil européen lors du Sommet de Copenhague de 1993.

⁸² C. Söderlund, « Intra-EU BIT investment protection and the EC treaty », *loc.cit.*, p.465.

⁸³ C'est le cas de la Roumanie et de la Bulgarie, dont les systèmes juridictionnels ont été l'objet de quelques réserves. Pour obtenir la qualité de membre, ces États ont dû mettre en place des réformes approfondies et suivies de leurs systèmes juridictionnels. Voir Décision C(2006) 6559 final de la Commission du 13/XII/2006 établissant un mécanisme de coopération et de vérification des progrès réalisés par la Roumanie en vue d'atteindre certains objectifs de référence spécifiques en matière de réforme du système judiciaire et de lutte contre la corruption ; Décision C(2006) 6570 final pour la Bulgarie ; COM(2013) 47 final.

⁸⁴ S. Robert-Cuendet, « Les investissements intra-communautaires entre le droit communautaire et... », *loc.cit.*, p.871.

différends liés aux investissements internationaux est à mettre en exergue.⁸⁵ Il est la conséquence des évolutions économiques, qui font que désormais des États développés peuvent être assignés à l'arbitrage en position défenderesse.⁸⁶ Quant aux États traditionnellement hôtes, certains souhaitent se retirer du CIRDI et se rabattre sur la compétence coutumière de leurs juges nationaux.⁸⁷ Face à cette confiance nouvellement accordée aux fors étatiques, questionner la compétence des juges nationaux de certains États membres pourrait paraître inopportun.⁸⁸ Ce n'est pas ce que révèle l'analyse de la portée du principe communautaire de confiance mutuelle en matière juridictionnelle.

2) L'application du standard de traitement national dans le domaine procédural

889. En vertu de la règle internationale coutumière de l'immunité de juridiction, les juges des États membres ont compétence pour statuer sur un litige lié à un investissement intra-communautaire réalisé sur leur territoire, en l'absence de tout autre instrument conventionnel superposé.⁸⁹ Dans ce cas, dès que l'investisseur étranger souhaite saisir le juge national de l'État hôte de son investissement, il doit bénéficier d'un traitement identique à celui réservé aux nationaux de cet État membre, en vertu du droit communautaire. Quelle est alors la portée réelle de l'application du principe communautaire de non-discrimination en matière procédurale ?

890. Soulignons en premier lieu que le recours au juge national est encadré par le droit procédural interne de l'État membre hôte. Ce dernier diffère des autres droits procéduraux nationaux, en vertu du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres.⁹⁰ En l'absence d'une harmonisation communautaire des droits procéduraux internes,⁹¹ l'investisseur intra-communautaire peut alors subir *in concreto* des différences de traitement, relatives notamment à des restrictions à la compétence juridictionnelle ou à la recevabilité des demandes.⁹² Une telle situation dépend du droit procédural des États membres hôtes.

⁸⁵ Le recours à l'arbitrage est de plus en plus écarté, lorsque les systèmes juridictionnels des États parties sont jugés équivalents. Ainsi, l'accord de libre-échange entre l'Australie et les États-Unis du 18 mai 2004 prévoit le recours au juge national. Voir L.E. Trakman, « Choosing domestic courts over investor-State arbitration: Australia's repudiation of the status quo », *UNSW law journal*, vol.35, n°3, 2012, pp.979-1012.

⁸⁶ L'État allemand a été attiré à l'arbitrage dans l'affaire *Vattenfall*. Voir CIRDI, *Vattenfall AB et autres c. République fédérale d'Allemagne*, aff. N°ARB/12/12.

⁸⁷ S. Perry, « Is Argentina about to leave ICSID? », *Global Arbitration Review*, 25 January 2013.

⁸⁸ S. Robert-Cuendet, « Les investissements intra-communautaires entre le droit communautaire et... », *loc.cit.*, p.892.

⁸⁹ E. Teynier, « L'applicabilité des traités bilatéraux sur les investissements entre États membres... », *loc.cit.*, p.695.

⁹⁰ CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe*, aff. C-33/76, point 5.

⁹¹ La Cour de Luxembourg a parlé en ce sens d'une « absence regrettable de dispositions communautaires d'harmonisation des procédures et des délais ». Voir CJCE, 12 juin 1980, *Express Daily Foods limited*, aff. C-130/79, point 12.

⁹² D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, *op.cit.*, p.94 ; J. Molinier et J. Lotarski, *Droit du contentieux de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2011, p.89.

891. Cependant, les efforts entrepris par la CJCE devenue CJUE, afin de faire converger les divers systèmes juridictionnels nationaux,⁹³ ont permis d'octroyer des droits procéduraux aux investisseurs intra-communautaires. Il s'agit tout d'abord du principe de protection juridictionnelle effective des droits tirés du droit communautaire.⁹⁴ S'ajoutent le principe d'équivalence entre le droit communautaire et le droit interne devant les juges nationaux,⁹⁵ mais aussi celui d'effectivité du droit communautaire, qui suppose que l'exercice des droits conférés par le droit communautaire ne doit pas être « pratiquement impossible ou excessivement difficile ». ⁹⁶ Ainsi, l'autonomie procédurale des États membres a été encadrée.⁹⁷ N'oublions pas en outre qu'en vertu de l'article 6 §1 Convention EDH, l'investisseur dispose d'un droit à un procès équitable, comprenant de nombreuses garanties dont le droit au juge et à une justice de qualité.⁹⁸

892. Au demeurant, le recours au juge national ne doit nullement faire perdre de vue que le système juridictionnel communautaire a été conçu comme un ensemble multistraté. Il est composé, devant le juge de Luxembourg, du contentieux de la déclaration, comprenant les recours en carence et en manquement,⁹⁹ mais aussi du contentieux de l'annulation¹⁰⁰ et de celui de pleine juridiction.¹⁰¹ En outre, le juge de Strasbourg est chargé de contrôler le bon office des juges nationaux sur le fondement de la Convention EDH. Si la Communauté européenne a ainsi souhaité s'adresser

⁹³ E. Vega Rodríguez *et al.*, *Droits fondamentaux – Accès aux juridictions – Amsterdam - Convention européenne et jurisprudence*, Direction générale des études, Parlement européen, janvier 2000, p.15.

⁹⁴ CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. C-222/84, points 18 et 19.

⁹⁵ Pour la Cour, le principe d'équivalence suppose que « les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire ne doivent pas être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne ». Ce principe est l'instrument le plus efficace de l'application du standard de traitement national. Toutefois, le principe ne permet pas « dans tous les cas d'assurer la protection effective des justiciables », notamment au regard du caractère restrictif des procédures nationales. Voir CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, point 43 ; J. Molinier et J. Lotarski, *Droit du contentieux de l'Union européenne, op.cit.*, p.91 ; G.A., Bermann, « Navigating EU law and the law of international arbitration », *loc.cit.*, p.413.

⁹⁶ CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, point 43.

⁹⁷ Une atteinte au principe d'autonomie procédurale des États membres provient de la possible responsabilité des États membres en cas de non-respect du droit communautaire, en vertu de la jurisprudence *Francovich*. Un particulier peut invoquer, devant le juge national, un dommage qui a été causé par une violation du droit communautaire imputable à un État membre. De même, les États membres ont une obligation de prévoir un système adéquat de voies de recours et de procédures. Voir CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich c/ République italienne*, aff. jointes C-6/90 et C-9/90, point 46 ; CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, point 41.

⁹⁸ Voir l'article 6 §1 Convention EDH.

⁹⁹ Voir l'article 232 TCE, puis les articles 226, 227 et 228 TCE.

¹⁰⁰ Voir l'article 230 §4 TCE.

¹⁰¹ Le contentieux de la pleine juridiction se compose d'abord du contentieux de la responsabilité contractuelle de la Communauté européenne. Il est placé sous l'égide de la Cour, qui peut statuer, en vertu d'une clause compromissoire, en tant qu'arbitre sur des litiges relatifs à des contrats de droit public ou de droit privé auxquels la Communauté est partie. À cela s'ajoute le contentieux de la responsabilité non-contractuelle de la Communauté européenne, via le recours en indemnité. Voir l'article 238 TCE et les articles 235 et 288 §2 du TCE.

« directement aux citoyens en passant par-dessus les États », ¹⁰² reste à étudier l'accessibilité de ces voies de recours communautaires.

B. Analyse de l'efficacité des voies de recours européennes

893. Afin de décrire les voies de recours prévues par le système juridictionnel communautaire, une analyse de l'efficacité de ces procédures doit être menée, afin de la comparer à celle de la voie arbitrale mixte prévue par les clauses de règlement des différends des TBI extra-communautaires. L'intérêt pour les investisseurs réside dans la capacité à pouvoir directement contester les mesures, prises par un État membre ou une institution communautaire, qui ont fait subir une perte de valeur à leurs investissements.

894. L'étude comparative s'appliquera à révéler le degré de fongibilité des juridictions en vertu de deux critères. Pour cela, l'on fera en premier lieu usage du critère de l'accès effectif des investisseurs intra-communautaires au prétoire du juge communautaire, dans son sens le plus large, **(1)** puis du critère des résultats d'une action privée intentée par les investisseurs, en vertu des diverses voies de recours prévues par le système juridictionnel communautaire **(2)**.

1) L'accessibilité aux voies de recours du système juridictionnel communautaire

895. Au cas où un investisseur intra-communautaire souhaite activer l'une des voies de recours prévues par le droit communautaire, encore faut-il que ces voies soient accessibles. Ainsi, de quel droit de saisine jouissent les investisseurs intra-communautaires s'agissant des divers juges composant le système juridictionnel communautaire ? Rappelons que l'accès à la voie arbitrale a été, depuis la généralisation du principe du consentement dissocié, libéralisé et soumis à la seule condition de l'existence d'un accord d'investissement conclu par l'État hôte de l'investissement et l'État de nationalité de l'investisseur. Cet investisseur participe également à la composition du tribunal arbitral et pourra agir sur le déroulement de la procédure, en accord avec l'État assigné.

896. A l'opposé, l'accès à la justice communautaire semble moins perméable à la volonté de l'investisseur intra-communautaire. Voyons d'abord le cas de l'accès de ce dernier au juge national de l'État hôte de son investissement. L'accès au juge national a d'abord été garanti sous la forme

¹⁰² J.-L. Sauron, *Droit et pratique du contentieux communautaire*, Paris, La documentation française, 3e éd., 2004, p.7.

d'un « *droit au juge* » par la Cour de justice,¹⁰³ avant d'être inséré au sein du Traité de Lisbonne et à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux. En vertu du droit au juge, n'importe quel droit procédural interne qui ferait obstacle à l'accès au prétoire du juge national devrait être écarté.¹⁰⁴ Cependant, la portée concrète de ce droit au juge se révèle limitée. Il reste un correctif exceptionnel.¹⁰⁵ En effet, l'accès au prétoire du juge national peut rester barré, malgré le droit au procès équitable garanti par l'article 6 §1 Convention EDH.¹⁰⁶

897. Au regard de l'accès des investisseurs intra-communautaires aux instances communautaires, il est jugé d'emblée « très restreint »,¹⁰⁷ voire « artificiel » pour le cas de la Cour de justice.¹⁰⁸ En effet, certains recours ne peuvent pas être initiés devant la Cour par des individus.¹⁰⁹ D'autres, comme le renvoi préjudiciel et le recours en manquement, ne le sont que d'une façon indirecte,¹¹⁰ ce qui vaut aussi pour l'investisseur extra-communautaire.¹¹¹ La Cour de Strasbourg a eu à statuer sur plusieurs affaires relatives à des investissements.¹¹² Son accès reste limité, bien qu'il soit considéré comme plus aisé que l'accès à la Cour de justice.¹¹³ En plus de trois autres conditions,¹¹⁴ l'épuisement des voies de recours internes est aussi exigé.

¹⁰³ CJCE, 6 octobre 1981, *Broekmeulen*, aff. C-246/80, points 16-17 ; CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. C-222/84, point 18 ; CJCE, 5 octobre 2004, *Pfeiffer*, aff. jointes C-397/01 à C-403/01, point 111.

¹⁰⁴ Et un auteur d'ajouter qu'« on ne saurait affirmer que les garanties juridictionnelles sont insuffisantes dans un ordre juridique où le droit au juge est érigé en droit fondamental. Les mécanismes sont simplement différents. » Voir S. Robert-Cuendet, « Les investissements intra-communautaires entre le droit communautaire et... », *loc.cit.*, p.870.

¹⁰⁵ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé, op.cit.*, p.79.

¹⁰⁶ Aussi bien ce que recoupe le droit au procès équitable que son opposabilité aux États sont « problématiques ». Ainsi, il a été noté que l'article 6 §1 Convention EDH « n'oblige pas que l'action en justice ne soit pas soumise à des restrictions d'ordre processuel ». *Ibidem*, pp.78-79.

¹⁰⁷ « En ce qui concerne la qualité pour agir dans le domaine communautaire, une idée se détache immédiatement de toutes les autres, à savoir la qualité très limitée et restrictive des particuliers, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales, pour agir en justice en tant que demandeur ». Voir E. Vega Rodríguez *et al.*, *Droits fondamentaux – Accès aux juridictions...*, *loc.cit.*, p.10.

¹⁰⁸ D. Carreau et F. Marrella, *Droit international, op.cit.*, p.458.

¹⁰⁹ *In concreto*, les recours en annulation et en manquement, voire les recours en carence et en indemnité ne sont pas ou difficilement ouverts aux individus. Voir E. Vega Rodríguez *et al.*, *ibidem*, pp.10-11.

¹¹⁰ L'investisseur communautaire ne peut saisir qu'indirectement la Cour et de deux façons. Il peut d'abord avoir recours au juge national, qui lui-même peut saisir la Cour en renvoi préjudiciel. Il peut aussi dénoncer le non-respect du droit communautaire par un État membre à la Commission européenne, afin d'engager un recours en manquement. L'initiation de ce recours relève du pouvoir discrétionnaire de la Commission. *Ibidem*, pp.11-12.

¹¹¹ L'investisseur tiers à la Communauté peut en théorie bénéficier du recours en annulation et du renvoi préjudiciel. En effet, l'article 230 TCE n'établit pas de distinction en fonction de la nationalité du requérant, pas plus que l'article 234 TCE. Voir A. Radu, « Foreign investors in the EU – Which "best treatment"... », *loc.cit.*, p.257.

¹¹² La Cour de Strasbourg a pu statuer sur des affaires durant lesquelles les parties ont soulevé des moyens fondés sur la violation de traités d'investissement. Toutefois, la Cour a déclaré qu'elle n'était pas compétente pour interpréter ces traités. Voir CEDH, 15 octobre 2009, *Kohlhofer et Minaric c. République tchèque*, requête n°32921/03, 28464/04 et 5344/05, points 82 et suiv ; C. Tomuschat, « The European Court of human rights and investment protection », in C. Binder *et al.* (eds), *International investment law for the 21st century...*, *op.cit.*, pp.636-656.

¹¹³ E. Vega Rodríguez *et al.*, *Droits fondamentaux – Accès aux juridictions...*, *op.cit.*, p.13.

¹¹⁴ La dénonciation doit viser « un des États contractants dont les faits ne se rapportent pas à des événements survenus avant certaines dates ». L'acte en question doit relever de la responsabilité d'une autorité publique. Un délai de six mois pour porter le litige devant la Cour, déclenché à partir de la date de la décision définitive interne, doit être

898. L'accessibilité restreinte au système juridictionnel communautaire témoigne une première fois de la moindre efficacité de ce système vis-à-vis de l'accès libéralisé à la voie arbitrale mixte fondée sur un traité. S'il est certain que les investisseurs souhaitent s'adresser directement aux instances communautaires, le système juridictionnel ne le permet pas encore pleinement. Poursuivons le raisonnement, en évoquant les probables résultats de l'action privée intentée par un investisseur en vertu des voies de recours communautaires.

2) Les possibles résultats des voies de recours du système juridictionnel communautaire

899. S'il est admis que l'investisseur intra-communautaire a pu avoir accès au prétoire du juge communautaire, il convient de s'intéresser aux résultats de la procédure, en comparant ce à quoi l'investisseur peut prétendre ainsi avec les résultats usuels de la voie arbitrale mixte, pour une même réclamation faite à l'encontre de l'État hôte de son investissement. Par le biais de l'arbitrage, rappelons que l'investisseur extra-communautaire dispose, sur le fondement d'un traité, d'un mode *a priori* vélocité et efficace, voire confidentiel de résolution des différends, pouvant aboutir à l'obtention d'une indemnité de compensation.

900. S'agissant des atouts de la voie arbitrale, ils n'ont pas d'équivalent au sein du système judiciaire communautaire. C'est le cas à l'évidence de la confidentialité, mais aussi de la célérité,¹¹⁵ bien que celle-ci reste relative. Quant à l'efficacité, il est reconnu que le juge communautaire n'a pas pour spécialité le droit des investissements internationaux.¹¹⁶ Il ne dispose pas en outre des outils afin d'interpréter les accords d'investissement et de participer du décloisonnement suggéré des disciplines.¹¹⁷ En raison du caractère mixte du litige, le déroulement de la procédure devant le juge national pourrait se révéler inadéquat.¹¹⁸ Les requêtes des investisseurs intra-communautaires pourraient être jugées irrecevables.

respecté. *Ibidem*, p.12.

¹¹⁵ S'agissant des délais, leur moyenne est de 17,1 mois, en cas de recours directs devant la Cour ou de renvoi préjudiciel. Voir P. Mengozzi, « The judicial system of the European community and its recent evolution », *The law and practice of international courts and tribunals*, vol.5, 2006, pp.125-132, p.127 et suiv.

¹¹⁶ S. Robert-Cuendet, « Les investissements intra-communautaires entre le droit communautaire et... », *loc.cit.*, p.893.

¹¹⁷ L'effet direct de ces instruments conventionnels reste une question discutée. À ce jour, aucune juridiction nationale n'a reconnu leur applicabilité directe, même si les tribunaux des États membres monistes peuvent être disposés à les interpréter. Cependant, les juges nationaux ont un rôle dans l'application et l'interprétation des accords internationaux de la Communauté, ce qui fait dire que la reconnaissance d'un effet direct aux TBI n'est donc pas impossible. Voir A. Dimoupolous, *EU foreign investment law*, *op.cit.*, p.61 ; B. Stern, « Préface », in C. Kessedjian et C. Leben (dirs), *Le droit européen et l'investissement*, *op.cit.*, pp.9-13, p.12.

¹¹⁸ A. Reinisch et L. Malintoppi, « Methods of dispute resolution », in P. Muchlinski *et al.* (eds), *Oxford handbook of international investment law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp.691-720, p.696.

901. En outre, le contentieux arbitral mixte est intrinsèquement indemnitaire. Il vise à répondre aux préjudices avérés des investisseurs, par la force contraignante des sentences arbitrales condamnant au paiement d'indemnités pécuniaires. Une fois de plus, cette caractéristique n'a pas d'équivalent au sein du système juridictionnel communautaire, qui pose une série de conditions à la mise en œuvre de la responsabilité de ses États membres.¹¹⁹ Par l'abstraction faite de l'existence d'un préjudice,¹²⁰ la justice communautaire ne vise pas à résoudre une situation individuelle, mais à inspecter une règle particulière pouvant être en violation du droit communautaire.¹²¹ La tâche d'accorder réparation revient aux juges nationaux.¹²² Quant au juge strasbourgeois, il a été considéré comme étant peu enclin à répondre à des prétentions indemnitaires.¹²³

902. L'anticipation des résultats témoigne donc une seconde fois de la moindre efficacité du système juridictionnel communautaire. Il est possible de douter de la capacité de ces voies de recours à satisfaire les intérêts des investisseurs, bien que des améliorations puissent être apportées. Hésitant encore à faire table rase des réticences historiques,¹²⁴ les investisseurs devraient continuer à recourir à l'arbitrage lorsqu'il leur est permis de fonder leurs réclamations sur un TBI.¹²⁵ Notons cependant que les atouts de la voie arbitrale se sont érodés.¹²⁶ Des critiques visent notamment son coût. La doctrine est donc partagée sur le degré de fongibilité des juridictions.

Section 2. L'évolution des liens entre la voie arbitrale et le système juridique communautaire

903. Avant d'envisager la capacité d'intégration de l'Union européenne à la voie arbitrale mixte, tentons à présent de caractériser la chronologie des liens unissant le recours à la voie arbitrale aux institutions communautaires. À l'examen, ces liens sont le résultat d'une longue évolution, révélant le rapprochement de deux domaines qui étaient *ab initio* éloignés l'un de l'autre.

¹¹⁹ Remarquons que « les particuliers lésés ont droit à réparation, dès lors que la règle de droit communautaire violée a pour objet de leur conférer des droits, que la violation est suffisamment caractérisée et qu'il existe un lien de causalité direct entre cette violation et le préjudice subi par les particuliers ». Voir CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, point 74. La Commission européenne a tenté de démontrer que le contentieux communautaire était indemnitaire, sur le fondement de la jurisprudence *Francovich*. Les arbitres ont rejeté cet argument. Voir les §186 et 275 de la sentence arbitrale partielle *Eureko c. République slovaque*.

¹²⁰ M. Audit, « Discussion », in C. Kessedjian et C. Leben (dirs), *Le droit européen et l'investissement*, op.cit., pp.97-103, p.98 et suiv.

¹²¹ Le contrôle communautaire a été considéré comme étant plus « drastique ». M. Audit, « Discussion », loc.cit., p.98.

¹²² Voir CJCE, 22 janvier 1976, *Russo c/ AIMA*, aff. C-60/75, point 8 ; CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, point 74.

¹²³ S. Robert-Cuendet, « Les investissements intra-communautaires entre le droit communautaire et... », loc.cit., p.872.

¹²⁴ *Ibidem*, p.870.

¹²⁵ A. Radu, « Foreign investors in the EU – Which "best treatment"... », loc.cit., p.257.

¹²⁶ CNUCED, *Différends entre investisseurs et États : prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage*, op.cit., pp.14-24.

En effet, ce n'est que progressivement que les tribunaux arbitraux ont été confrontés à la question de l'application du droit communautaire et que les instances bruxelloises ont dû faire face à l'arbitrage.

904. Au sein du système juridique communautaire, le recours à l'arbitrage privé a été introduit de façon graduelle. Le recours à l'arbitrage commercial a d'abord été considéré par les instances communautaires d'une façon subsidiaire, en raison du principe d'autonomie procédurale des États membres. Par la suite, des points de convergence ont surgi, en vertu des résultats d'une dynamique composée schématiquement des phases d'indifférence, de rejet puis d'acceptation.¹²⁷ Notons que cette dernière est restée, en droit communautaire, conditionnée (**Paragraphe 1**).

905. S'agissant de son action extérieure, la Communauté a pu prévoir, au sein des dispositions de sa pratique conventionnelle internationale bilatérale et multilatérale, le recours à l'arbitrage public, mais aussi et plus rarement le recours à l'arbitrage mixte. S'agissant de ce dernier, la Communauté n'a pas encore été attirée à l'arbitrage, sur le fondement d'un accord le prévoyant pourtant. De même, cette méthode de résolution des différends n'a pas fait l'objet d'une stratégie élaborée de la part de la Commission européenne, dans le cadre de la préparation de sa future politique commune avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Recours à l'arbitrage et système juridique communautaire

906. Les relations qu'entretiennent les instances communautaires et la voie arbitrale privée à l'intérieur du système juridique communautaire sont sensibles.¹²⁸ Après une brève période d'indifférence mutuelle, à l'image de l'ignorance générale vis-à-vis du droit matériel des investissements extra-communautaires durant les prémices du projet européen institutionnalisé, l'arbitrage privé a d'abord fait l'objet d'un mouvement de rejet par les autorités bruxelloises (**A**). On craignait que la voie arbitrale privée puisse mettre en danger les politiques de la Communauté, en permettant notamment de contourner l'application du droit communautaire.¹²⁹

907. Les deux institutions se sont donc progressivement muées en de solides sphères indépendantes l'une de l'autre, avant que le droit communautaire n'autorise le recours à l'arbitrage

¹²⁷ C. Jarrosson et L. Idot, « Arbitrage », *loc.cit.*, p.3.

¹²⁸ J. Steyaert, « En guise d'introduction », in *L'arbitrage et le droit européen : Actes du colloque international du CEPANI, op.cit.*, pp.11-14, p.13.

¹²⁹ L. Idot, « Arbitrage et droit communautaire », *Rev. dr. aff. int. / Int'l Bus. L.J.*, 1996, n°5, pp.561-591, p.579 et suiv.

privé dans certains domaines pour être au diapason des besoins des opérateurs du commerce international. La nuée d'ignorance mutuelle et de rejet des instances communautaires vis-à-vis de l'arbitrage commercial a donc pu se dissiper **(B)**, bien que l'arbitrage contredise quelque peu l'inclination de l'administration bruxelloise pour le contrôle, la centralisation et la réglementation.¹³⁰

908. Durant l'analyse, il nous faudra savoir si les recours arbitraux dont il est fait mention en droit communautaire sont conformes aux traits caractéristiques de l'arbitrage. En cas de réponse négative, il sera alors nécessaire de souligner le caractère *sui generis* du ou des arbitrages prévus par le droit communautaire.

A. Rejet de l'arbitrage par le système juridique communautaire

909. L'arbitrage commercial a constitué un temps une matière qui a été ignorée par le projet européen institutionnalisé, ce que révèle le contenu du Traité de Rome **(1)**. Cette indifférence a précédé une période durant laquelle ce mode de résolution des différends a été mis à l'écart par les autorités communautaires **(2)**. Nous verrons qu'il n'est toutefois pas pertinent de déduire de cette attitude une quelconque incompatibilité de la voie arbitrale avec le système juridique communautaire.¹³¹

910. En effet, certaines dispositions du Traité de Rome avaient prévu *ab initio* que des procédures arbitrales puissent se dérouler devant la Cour de justice. Le propos appelle des précisions. Par ailleurs, une ouverture a été progressivement dégagée au sein de l'ordre juridique communautaire, s'agissant du recours à l'arbitrage privé pour résoudre des litiges ayant trait à des questions de droit communautaire. Concentrons-nous pour le moment sur les deux premières étapes caractéristiques des rapports liant la voie arbitrale privée, et plus généralement l'arbitrage, à la construction européenne.

¹³⁰ S. Lazareff, « Réflexions critiques et prospectives sur l'arbitrage dans l'Union européenne (ou "touche pas à mon arbitrage" ?) », in Y. Chaput et A. Lévi (dirs), *Quelles juridictions économiques en Europe ? Du règne de la diversité à un ordre européen*, Paris, Litec, 2007, pp.487-500, p.493.

¹³¹ V. Christianos et F. Picod, « L'insertion de l'arbitrage dans le système juridictionnel communautaire », *loc.cit.*, p.161 ; C. Kessedjian, « L'arbitrage comme mode de règlement des différends... », *loc.cit.*, p.121 ; J. Dutheil de la Rochère, « Quel rôle pour la Cour de Justice ? », in C. Kessedjian (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, Paris, éd. Panthéon-Assas Paris II, 2011, pp.37-45, p.39.

1) L'arbitrage et le contenu du Traité de Rome

911. La voie arbitrale et le droit communautaire ont d'abord été deux « mondes distants »¹³² durant les prémices de l'institutionnalisation du projet européen. La raison est principalement due au contexte d'après-guerre et à l'âge « ingrat » qui a fait suite à la création des Communautés.¹³³ L'organisation régionale n'a pas bénéficié *ab initio* d'une compétence dans le domaine de l'arbitrage commercial, car comme pour la matière de l'investissement international, la prudence a imposé à l'époque de ne pas extraire ce domaine de la compétence des États membres.¹³⁴

912. Par ailleurs, les négociations visant la facilitation de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales étrangères ont abouti à la signature de la Convention de New York, peu après la signature du Traité de Rome.¹³⁵ La duplication, au niveau régional, de ces efforts multilatéraux était donc inutile.¹³⁶ Ceci n'a pas empêché les pères fondateurs de prévoir, au sein de l'ex article 220 CEE devenu 293 TCE et abrogé au sein du TFUE, que les États membres pouvaient négocier une simplification des formalités de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères pour leurs ressortissants.¹³⁷

913. Cette disposition prévoyait en effet que « *les États membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants : [...] la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires ainsi que des sentences arbitrales* ». Enfin, le principe communautaire d'autonomie procédurale des États membres a longtemps constitué une barrière à l'intervention de l'organisation régionale dans la matière arbitrale.

914. Constatons que si le Traité de Rome ignore l'arbitrage privé, il ne méconnaît toutefois pas ce mode de résolution des différends en tant que tel. Plusieurs indices laissent en effet penser que les pères fondateurs n'étaient pas opposés au recours à la voie arbitrale, considérant qu'ils avaient prévu que la Cour de justice puisse être désignée et intervenir comme arbitre.

¹³² G.A. Bermann, « Navigating EU law and the law of international arbitration », *loc.cit.*, p.400.

¹³³ L. Burgogue-Larsen, « À propos de la notion de compétence partagée... », *loc.cit.*, p.373.

¹³⁴ C. Kessedjian, « L'arbitrage comme mode de règlement des différends... », *loc.cit.*, p.109.

¹³⁵ Voir la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, signée le 10 juin 1958.

¹³⁶ G.A. Bermann, « Navigating EU law and the law of international arbitration », *loc.cit.*, p.402.

¹³⁷ Une telle démarche a été matérialisée en premier lieu par la Convention de Bruxelles de 1968.

915. C'est tout d'abord le cas en vertu de l'article 181 CEE, qui prévoit que la Cour est compétente pour statuer, en tant qu'arbitre, sur les différends relatifs à l'exécution d'un contrat de droit public ou de droit privé, passé par la Communauté ou pour son compte et comprenant une clause compromissoire.¹³⁸ Rappelons en ce sens que la Communauté dispose de la capacité de compromettre et peut donc avoir recours à l'arbitrage.¹³⁹ À la lecture de cet article, on comprend que l'arbitrage devant la Cour peut être public ou mixte, en fonction de la nature publique ou privée du cocontractant. Retenons que la Commission européenne a eu fréquemment recours à cet article, afin de faire constater l'inexécution de contrats qu'elle avait financés.

916. De plus, l'article 182 CEE prévoit que la Cour de justice peut agir en tant qu'arbitre en cas de litige opposant deux États membres, à condition que ce dernier porte sur l'interprétation et l'application du Traité CEE et que les États aient conclu un compromis.¹⁴⁰ Peu de développements ont été consacrés à cet arbitrage de droit international public devant se dérouler devant la Cour, probablement parce cette procédure n'a jamais été initiée et qu'elle demeure théorique.¹⁴¹

917. Ces arbitrages prévus par les articles 181 et 182 du Traité de Rome témoignent d'une ouverture de l'organisation régionale envers la voie arbitrale, présente dès les prémices du projet européen institutionnalisé. Ils permettent également de soutenir que l'ignorance de la Communauté vis-à-vis de la voie arbitrale privée n'était à l'origine empreinte que d'innocence.¹⁴² Il reste néanmoins nécessaire de déterminer si les procédures arbitrales se déroulant devant la Cour sur le fondement de l'article 181 CEE, pour des litiges de nature contractuelle, correspondent aux caractéristiques de l'arbitrage. Nous y reviendrons.

2) Mise à l'écart de l'arbitrage par les institutions

918. L'âge « ingrat » passé, la distance entre l'arbitrage privé et la Communauté s'est accentuée. Par peur que l'arbitrage privé porte atteinte au système juridique communautaire, l'ouverture a cédé le pas sur une tentative de rejet de la voie arbitrale privée dans le cadre des

¹³⁸ L'article 181 du Traité de Rome prévoit que « *La Cour de justice est compétente pour statuer en vertu d'une clause compromissoire contenue dans un contrat de droit public ou de droit privé passé par la Communauté ou pour son compte.* »

¹³⁹ J.-J. Burst, « L'arbitrage dans ses rapports avec les Communautés européennes », *Rev. arb.*, 1979, pp.105-117, p.108.

¹⁴⁰ En vertu de l'article 182 du Traité de Rome, « *La Cour de justice est compétente pour statuer sur tout différend entre États membres en connexité avec l'objet du présent traité, si ce différend lui est soumis en vertu d'un compromis.* »

¹⁴¹ C. Jarrosson et L. Idot, « Arbitrage », *loc.cit.*, p.20.

¹⁴² G.A. Bermann, « Navigating EU law and the law of international arbitration », *loc.cit.*, p.398.

relations intra-communautaires. Cette attitude a conduit à discriminer les tribunaux arbitraux vis-à-vis des juges nationaux, qui n'est pas sans rappeler l'interdiction de principe faite en droit français aux personnes morales de droit public de compromettre.¹⁴³ Dénotant une volonté de séparation des matières,¹⁴⁴ les possibilités de dialogue interjuridictionnel ont donc été limitées.¹⁴⁵ En ce sens, trois facteurs de cloisonnement doivent être considérés.¹⁴⁶

919. En premier lieu, l'attitude des instances communautaires vis-à-vis de la voie arbitrale privée s'est inscrite au sein de leur distanciation générale visant le droit international privé.¹⁴⁷ Il a ainsi fallu attendre l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht pour que la discipline soit intégrée au sein des politiques intergouvernementales, puis l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam pour qu'elle soit communautarisée. Malgré ce rapprochement de la Communauté vers le droit international privé, le thème particulier de l'arbitrage commercial a été écarté des résultats de l'action juridique des instances bruxelloises.

920. En effet, sous l'égide de la Commission européenne, l'arbitrage de droit privé a été exclu *ratione materiae* de l'application de l'ensemble des textes communautaires de droit international privé. Ceux-ci sont relatifs notamment à la détermination de la compétence judiciaire¹⁴⁸ et à la désignation de la loi applicable aux obligations contractuelles.¹⁴⁹ L'arbitrage a aussi été exclu s'agissant des réformes dans le domaine de la résolution des différends proposées par la Commission européenne.¹⁵⁰ Une cloison étanche s'est lors érigée progressivement entre les juridictions arbitrales et les juridictions étatiques. Celles-ci « ne sauraient donc se confondre ni se rencontrer *a priori* ». ¹⁵¹

921. Enfin, l'exclusion textuelle a été prolongée, par le biais d'une jurisprudence de la Cour

¹⁴³ Voir S. Robert-Cuendet, « Les investissements intra-communautaires entre le droit communautaire et... », *loc.cit.*, p.892.

¹⁴⁴ G.A. Bermann, « Navigating EU law and the law of international arbitration », *loc.cit.*, p.400.

¹⁴⁵ L. Bernardeau, « Sur les relations entre le droit communautaire et l'arbitrage », in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation - Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 2009, pp.333-346, p.337.

¹⁴⁶ G.A. Bermann, « Navigating EU law and the law of international arbitration », *loc.cit.*, p.400.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ Le rejet s'est d'abord traduit par l'exclusion de l'arbitrage à l'article 1er du premier texte communautaire relatif au droit international privé, à savoir la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire des décisions de justice et la facilitation de l'exécution des décisions de justice. Le rejet a été repris par le règlement de Bruxelles I N°44/2001, puis dans la Convention de Lugano.

¹⁴⁹ Voir l'article 1er §2 d) de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles et l'article 1er §2 e) du règlement N°593/2008 du 17 juin 2008 dit Rome I.

¹⁵⁰ Voir COM(2002) 196 final ; COM(2009) 262 final.

¹⁵¹ L. Bernardeau, « Sur les relations entre le droit communautaire et l'arbitrage », *loc.cit.*, p.337.

de Luxembourg défavorable à l'arbitrage commercial. Cette dernière a d'abord refusé de reconnaître la qualité de juridiction d'un État membre aux tribunaux arbitraux.¹⁵² Il a ainsi été fait obstacle à ce que les arbitres puissent poser une question préjudicielle à la Cour.¹⁵³ Celle-ci a aussi pu interpréter largement la portée de l'exclusion de la voie arbitrale privée à l'application des textes communautaires.¹⁵⁴ De cette attitude, il apparaît évident que la Cour de Luxembourg n'est pas disposée à coopérer avec les tribunaux arbitraux.¹⁵⁵

922. Cette distanciation n'a toutefois pas porté atteinte au caractère pacifique de la coexistence entre voie arbitrale privée et droit communautaire.¹⁵⁶ La période de cloisonnement ne s'opposerait pas non plus, à titre d'exemple, à ce qu'une directive sur l'arbitrage international soit élaborée.¹⁵⁷ Preuve en est que, pour répondre à certaines nécessités, les instances communautaires se sont rapprochées de ce mode de règlement des différends, pour qu'il soit utilisé dans le cadre intra-communautaire à certaines conditions.

B. L'ouverture du système juridique communautaire à la voie arbitrale privée

923. Une fois passées les phases d'ignorance et d'ostracisme, les signaux de l'ouverture du droit communautaire au recours à l'arbitrage privé ont pu être décelés. Les références à l'arbitrage dans les textes communautaires se sont multipliées. Il doit ainsi être remarqué que, en écho à la position selon laquelle l'arbitrage privé et le droit communautaire ne sont pas incompatibles, l'arbitrabilité du droit communautaire a été reconnue et qu'elle est croissante. Un travail d'identification des domaines du droit communautaire dans lesquels l'arbitrage privé est autorisé est alors nécessaire (1).

924. Alors que la Commission européenne est allée jusqu'à proposer de faire tomber la fameuse exclusion du règlement Bruxelles I,¹⁵⁸ il faut ensuite se demander si ces procédures arbitrales prévues par le droit communautaire n'ont pas eu à s'éloigner du modèle arbitral originel,

¹⁵² CJCE, 23 mars 1982, *Nordsee*, aff. C-102/81, point 13 ; CJCE, 27 janvier 2005, *Denuit et Cordenier c/ Transorient-Mosaïque*, aff. C-125/04, point 13.

¹⁵³ Voir l'article 177 CEE devenu l'article 234 TCE.

¹⁵⁴ Prolongeant l'exclusion textuelle, la Cour a pu écarter de l'application des règles communautaires, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, la matière arbitrale mais aussi les éventuelles interventions des juges étatiques durant les procédures arbitrales, comme lors de la composition du tribunal arbitral. Voir CJCE, 25 juillet 1991, *Marc Rich*, aff. C-190/89, points 18-20.

¹⁵⁵ L. Bernardeau, « Sur les relations entre le droit communautaire et l'arbitrage », *loc.cit.*, p.338

¹⁵⁶ G.A. Bermann, « Navigating EU law and the law of international arbitration », *loc.cit.*, p.406.

¹⁵⁷ L. Bernardeau, « Sur les relations entre le droit communautaire et l'arbitrage », *loc.cit.*, p.334.

¹⁵⁸ COM(2010) 748 final.

pour devenir *sui generis*. Le rappel des traits fondamentaux et distinctifs de la procédure arbitrale commerciale doit ainsi permettre de caractériser la nature des arbitrages auxquels le droit communautaire fait référence (2).

1) L'arbitrabilité croissante du droit communautaire

925. S'interroger sur l'arbitrabilité du droit communautaire revient à mettre côte-à-côte deux matières qui ont été amenées à se rencontrer. Par arbitrabilité, on entend « la qualité qui s'applique », en l'espèce au droit communautaire, « de pouvoir être soumis au pouvoir juridictionnel des arbitres ». ¹⁵⁹ L'obtention de cette qualité dépendait à l'origine de la notion d'ordre public. ¹⁶⁰ Alors que l'état et la capacité des personnes sont restés exclus, peu à peu l'ordre public n'a plus été considéré comme un obstacle emportant l'inarbitrabilité des litiges. ¹⁶¹ Ainsi, des branches du droit communautaire jugées sensibles, portant sur l'application de normes d'ordre public économique, sont devenues arbitrables.

926. L'arbitrabilité du droit communautaire provient en fait de la nature économique et plurinationale de ce droit, qui se prête bien à l'usage de ce mode de résolution des différends. ¹⁶² Les arbitres ayant été confrontés de plus en plus à la question de l'application du droit communautaire, une volonté d'instaurer un dialogue avec les instances bruxelloises est apparue, depuis la décennie 1990. Une phase d'ouverture a donc été initiée. Elle a été constatée par la doctrine, qui a souligné que l'arbitrabilité des litiges ayant trait au droit communautaire était admise. Le Parlement européen a même encouragé à poursuivre la démarche, en désirant que soit accordé un statut communautaire à l'arbitrage. ¹⁶³

927. Notons d'emblée que l'arbitrabilité du droit communautaire est reconnue mais qu'elle reste circonscrite. ¹⁶⁴ Elle est tout de même amenée à croître, en raison d'un débat qui a été clos en faveur de l'arbitrabilité générale du droit communautaire. ¹⁶⁵ Depuis, aussi bien les dispositions des

¹⁵⁹ P. Level, « L'arbitrabilité », *Rev. arb.*, n°2, 1992, pp.213-240, p.213.

¹⁶⁰ M. Behar-Touchais, « Arbitrage et ordre public européen », *RAE*, n°2, 2005, pp.177-190, p.177.

¹⁶¹ J.-J. Burst, « L'arbitrage dans ses rapports avec les Communautés européennes », *loc.cit.*, p.113.

¹⁶² *Ibidem*, p.105.

¹⁶³ Le §3 de la résolution A3-0318/94 du Parlement européen sur la promotion du recours à l'arbitrage pour la résolution des conflits d'ordre juridique a proposé en ce sens « d'examiner et de trancher la question de savoir si, et, le cas échéant, dans quelle mesure, la clause compromissoire peut s'étendre à des différends qui touchent à des relations de vie quotidienne régies par des dispositions de l'ordre juridique communautaire ».

¹⁶⁴ B. Roca Grau, « Algunas reflexiones en torno a la arbitrabilidad del Derecho europeo de la competencia », *Revista del club español del arbitraje*, vol.10, n°7, 2010, pp.45-51, p.45.

¹⁶⁵ L. Idot, « Arbitrage et droit communautaire », *loc.cit.*, p.562.

divers textes de ce droit que la jurisprudence de la Cour de justice renvoient au recours à la voie arbitrale privée.¹⁶⁶ Les arbitres disposent donc du pouvoir général d'appliquer le droit communautaire, considérant par ailleurs que les limites à l'applicabilité des règles de ce droit sont réduites.

928. Plus spécifiquement, il a été noté que le recours à ce mode de résolution des différends est envisagé dans quatre domaines du droit communautaire. Il s'agit tout d'abord et principalement du droit communautaire de la concurrence, à propos du contrôle de l'exécution des engagements des parties en matière de pratiques anticoncurrentielles et de concentrations. Par ailleurs, le droit communautaire du sport, le droit du marché intérieur et le droit de la consommation sont des domaines qui encouragent le recours à l'arbitrage.¹⁶⁷ Ce constat invite à s'interroger sur la nature de cette voie de recours à laquelle le droit communautaire fait désormais référence. S'agit-il encore d'un arbitrage selon la conception traditionnelle ?

2) La nature de l'arbitrage prévu par le droit communautaire

929. Une fois constatée l'arbitrabilité générale du droit communautaire, il faut déterminer si la voie arbitrale privée communautarisée est restée un mode de résolution des différends équivalent au modèle originel. Une opération de qualification doit alors être menée, en vertu des traits distinctifs de l'arbitrage privé qui se concentrent autour de la prise en compte de la volonté des parties.¹⁶⁸ Par avance, remarquons que la question est fortement discutée en doctrine, d'autant plus que ce qui relève de l'arbitrage commercial, d'un point de vue traditionnel, est relatif.¹⁶⁹ Ajoutons que ce mode de résolution des différends est conçu selon une approche restrictive en Europe.¹⁷⁰

930. Survoler le profil apparent des voies arbitrales privées prévues par le droit communautaire peut laisser les arbitragistes quelque peu perplexes. Il a en effet été remarqué que ces recours sont le résultat d'un manque global de réflexion et d'une perception floue de ce qu'est l'arbitrage, provenant notamment de la Commission européenne.¹⁷¹ Notons qu'à première vue les caractéristiques usuelles de l'arbitrage commercial apparaissent réduites à peau de chagrin. Ce mode

¹⁶⁶ V. Christianos et Fabrice Picod, « L'insertion de l'arbitrage dans le système juridictionnel communautaire », *loc.cit.*, p.165.

¹⁶⁷ C. Kessedjian, « L'arbitrage comme mode de règlement des différends », *loc.cit.*, pp.110-114.

¹⁶⁸ Pour un exemple d'exercice de qualification s'agissant de l'arbitrage pendulaire, voir L. Mitrovic, « L'arbitrage baseball : arbitrage ou mode alternatif de règlement ? », *Rev. arb.*, n°4, 2003, pp.1167-1194.

¹⁶⁹ F. Ruhlmann, « Discussion », in P. Mayer (dir.), *Arbitrage et droit de l'Union européenne, op.cit.*, pp.145-149, p.147.

¹⁷⁰ L. Mitrovic, « L'arbitrage baseball : arbitrage ou mode alternatif de règlement ? », *loc.cit.*, p.1179.

¹⁷¹ C. Jarrosson et L. Idot, « Arbitrage », *loc.cit.*, p.22.

de résolution des différends semble s'être mué en un « très bel objet juridique non identifié ». ¹⁷²

931. Nous avons déjà eu l'occasion de remarquer que le droit de la concurrence est un domaine du droit communautaire qui est ouvert au recours à l'arbitrage. Plus précisément, en droit des pratiques anticoncurrentielles, la Commission européenne accepte que les engagements des parties puissent prévoir le recours à cette méthode de résolution des différends, particulièrement depuis l'entrée en vigueur du règlement N°1/2003 qui a formalisé la procédure d'engagements. ¹⁷³ L'arbitrage est également utilisé pour s'assurer de l'exécution d'engagements proposés par les parties, dans le cadre du contrôle des concentrations régi par le règlement N°139/2004. ¹⁷⁴

932. Que dire de la nature de ces arbitrages utilisés par la Commission européenne ? Globalement, il apparaît que celle-ci a tendance à voir dans la figure de l'arbitre non plus un acteur du *private enforcement* qu'il est, mais un acteur du *public enforcement*. Les tribunaux arbitraux sont alors considérés comme une autorité administrative spécialisée, ¹⁷⁵ dont la mission de contrôle est au service de l'accomplissement des politiques communautaires. ¹⁷⁶ La fonction juridictionnelle traditionnellement attribuée à l'arbitre aurait donc laissé place à une nouvelle fonction, la coopération avec la Commission européenne. ¹⁷⁷

933. En ce sens, relevons l'inexistence d'une convention d'arbitrage conclue entre les parties au litige, ¹⁷⁸ la subsidiarité du raisonnement juridique accordé à la résolution du litige, ¹⁷⁹ mais aussi la fonction des arbitres qui est limitée au contrôle de la bonne application des engagements des parties. ¹⁸⁰ Ajoutons l'atteinte à la confidentialité de l'arbitrage, puisque la Commission demande à être informée du contenu des sentences arbitrales, ¹⁸¹ la participation de cette dernière à l'instance et l'incapacité des arbitres de pouvoir prononcer *in fine* des amendes. ¹⁸²

¹⁷² F. Mailhe, « Discussion », in P. Mayer (dir.), *Arbitrage et droit de l'Union européenne, op.cit.*, pp.145-149, p.148.

¹⁷³ Voir le règlement CE N°1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité CE.

¹⁷⁴ Voir le règlement CE N°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

¹⁷⁵ O. Caprasse, « L'application du droit européen de la concurrence par l'arbitre », in P. Mayer (dir.), *Arbitrage et droit de l'Union européenne, op.cit.*, pp.63-83, p.75.

¹⁷⁶ J.-J. Burst, « L'arbitrage dans ses rapports avec les Communautés européennes », *loc.cit.*, p.114.

¹⁷⁷ L. Idot, « Une innovation surprenante : l'introduction de l'arbitrage dans le contrôle communautaire des concentrations », *Rev. arb.*, n°4, 2000, pp.591-613, p.600 et suiv.

¹⁷⁸ L. Idot, « Arbitrage et droit communautaire », *loc.cit.*, p.579.

¹⁷⁹ L. Idot, « Une innovation surprenante : l'introduction de l'arbitrage dans le contrôle... », p.601.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p.597.

¹⁸¹ L. Idot, « Arbitrage et droit communautaire », *loc.cit.*, p.579.

¹⁸² O. Caprasse, « L'application du droit européen de la concurrence par l'arbitre », *loc.cit.*, p.75.

934. En conséquence, la nature exacte des procédures arbitrales se déroulant dans le domaine du droit communautaire de la concurrence est controversée. En contrôle des concentrations, ce mode de résolution des différends a pu être qualifié d' « arbitrage Commission », ¹⁸³ afin de révéler la prégnance de l'institution sur la procédure arbitrale.

935. Il semble par ailleurs que l'arbitrage privé ne soit pas le seul à avoir été réinterprété par le droit communautaire. Il est aussi possible de douter de la nature de l'arbitrage mixte se déroulant devant la Cour de justice, en vertu de l'article 181 CEE devenu 238 TCE. Rappelons que la Cour peut statuer en tant qu'arbitre sur un litige lié à un contrat de droit public ou privé passé par la Communauté ou pour son compte.

936. Des éléments ont incité à considérer cette procédure comme un arbitrage judiciaire, ¹⁸⁴ eu égard notamment aux règles procédurales applicables qui ne peuvent être que celles de la Cour. ¹⁸⁵ Les parties au litige n'ont ainsi pas la possibilité de modifier la composition des juges de la Cour. ¹⁸⁶ En tant que tribunal arbitral, la Cour rend des arrêts et non des sentences arbitrales. ¹⁸⁷ Le fait que les parties ne puissent pas constituer le tribunal arbitral et choisir les règles de procédures invite alors à considérer la clause compromissoire des contrats comme une clause attributive de juridiction. ¹⁸⁸

Paragraphe 2. Recours à l'arbitrage et relations extérieures de l'Union européenne

937. Dans le cadre des relations extérieures, la position de la Communauté vis-à-vis du recours à l'arbitrage est globalement plus ouverte que s'agissant des relations intra-communautaires. En effet, le contenu de la pratique conventionnelle internationale de la Communauté révèle que cette dernière est liée par des clauses d'arbitrage ou qu'elle incite les opérateurs à recourir à l'arbitrage (A).

938. Durant l'approche européenne du droit matériel des investissements extra-communautaires, il n'apparaît pas que la voie arbitrale mixte ait été l'objet d'une attention spécifique et conjointe. Des initiatives sont tout de même à relever peu avant l'entrée en vigueur du Traité de

¹⁸³ G. Decocq, « Arbitrage et droit communautaire des concentrations », *RAE*, n°2, 2005, pp.169-176.

¹⁸⁴ L. Idot, « Arbitrage et droit communautaire », *loc.cit.*, p.561.

¹⁸⁵ L. Bernardeau, « Sur les relations entre le droit communautaire et l'arbitrage », *loc.cit.*, p.337 et suiv.

¹⁸⁶ Voir l'article 14 du règlement de procédure du Tribunal de première instance.

¹⁸⁷ Voir à titre d'exemple, TPI, 12 décembre 2006, *Commission c/ Parthenon*, aff. T-7/05.

¹⁸⁸ J.-J. Burst, « L'arbitrage dans ses rapports avec les Communautés européennes », *loc.cit.*, p.108 et suiv.

Lisbonne, bien qu'elles soient limitées (B).

A. Le cadre général de la pratique conventionnelle internationale de l'Union européenne

939. Le contenu de la pratique conventionnelle de l'Union prévoit une large gamme de modes de résolution des différends. Nous constaterons que les accords bilatéraux ont progressivement inclut le recours à l'arbitrage de droit international public, en cas d'échec des négociations politiques (1). Il faudra par la suite s'intéresser au contenu des accords multilatéraux de la Communauté, au sein desquels le recours au mode juridictionnel de résolution des différends investisseur-État a été prévu (2).

1) Arbitrage et la pratique conventionnelle internationale bilatérale

940. Le mode de résolution des différends prévu par la pratique conventionnelle bilatérale de l'Union a pendant longtemps été influencé par l'encouragement au dialogue politique,¹⁸⁹ ce qui a abouti à un règlement non contraignant des conflits. Sont en cause d'abord la nature interétatique des éventuels différends, opposant un État membre à un pays tiers partenaire, qui ont pour coutume d'être résolus par la voie diplomatique. Ajoutons que le droit communautaire et le modèle de l'AGCS ont influé sur le contenu des dispositions procédurales de ces accords dont la portée est très large, en plus des valeurs et objectifs particuliers de l'action externe européenne.

941. Ainsi, qu'il s'agisse des accords de stabilisation ou d'association, comme celui conclu avec le Monténégro,¹⁹⁰ des accords euro-méditerranée, comme celui conclu avec l'Algérie,¹⁹¹ ou encore des accords de partenariat de la Communauté, ils contiennent des dispositions procédurales peu détaillées, relevant des meilleurs efforts.¹⁹² Lors de la survenance d'un conflit État-État, ils renvoient d'abord aux méthodes de la négociation et de la consultation.¹⁹³ En cas d'échec de ces méthodes, le recours à la conciliation ou à l'arbitrage peut être envisagé.¹⁹⁴ La possibilité pour une

¹⁸⁹ Voir A. Dimopoulos, *EU foreign investment law*, op.cit., p.59; D. Verwey, *The European Community, the European Union and the international law of treaties*, op.cit., p.245 et suiv.

¹⁹⁰ Voir l'Accord de stabilisation et de partenariat entre les Communautés européennes et ses États membres d'une part, et la République du Monténégro, d'autre part, et plus spécifiquement l'article 129.

¹⁹¹ Voir l'Accord conclu entre la Communauté européenne et ses États membres d'une part, et la République algérienne démocratique d'autre part, entré en vigueur le 1^{er} septembre 2005, et plus particulièrement son article 104.

¹⁹² A. Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, op.cit., p.59.

¹⁹³ D. Verwey, *The European Community, the European Union and the international law of treaties*, op.cit., p.236 et suiv.

¹⁹⁴ *Ibidem*, pp.242-248.

personne privée d'initier ou de participer à la résolution d'un litige, mais aussi de bénéficier directement de la portée de la décision prise sur le fondement d'un accord, n'est pas prévue.¹⁹⁵ La procédure consiste en outre à retirer la disposition litigieuse, non à octroyer une compensation.¹⁹⁶

942. Il y a toutefois lieu de noter des évolutions, durant la décennie 2000. Désormais, le recours au mode arbitral est envisagé et encouragé. Le contenu de la nouvelle génération des accords bilatéraux conclus par l'Union est marqué par le passage du mode diplomatique de résolution des différends à des mécanismes juridictionnels.¹⁹⁷ Le recours obligatoire à l'arbitrage public est ainsi prévu dans certains accords, sur le modèle de l'ORD, avec des règles précises de procédure et d'exécution des décisions. La participation des *amici curiae* et la conduite des arbitres font l'objet de dispositions spécifiques, comme c'est le cas de les accords conclus avec le Chili et avec la Corée.¹⁹⁸

943. La prévision du mode juridictionnel de résolution des différends au sein de cette pratique conventionnelle bilatérale ne doit cependant pas faire oublier la réticence originelle de la Communauté à soumettre la résolution d'un éventuel litige inter-étatique à un tribunal arbitral. En effet, la possibilité que le droit communautaire puisse être appliqué par des organes juridictionnels externes est redoutée.¹⁹⁹ En conséquence, il est prévu que la Communauté puisse participer à la résolution des différends,²⁰⁰ ces derniers étant relatifs à la conformité des règles internes vis-à-vis de l'accord international. Le monopole d'interprétation du droit communautaire de la Cour de justice n'est ainsi pas mis en danger.²⁰¹

2) Arbitrage et pratique conventionnelle internationale multilatérale

944. La pratique conventionnelle multilatérale de la Communauté contient plusieurs références à l'arbitrage mixte, s'agissant tout d'abord des accords conclus avec les États ACP. Ces

¹⁹⁵ A. Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, *op.cit.*, p.182.

¹⁹⁶ L'octroi d'une compensation n'est prévu qu'en cas d'impossibilité de retrait immédiat de la mesure. Voir M.-A. Gaudissart ; J.-V. Louis & L. van den Hende, « Les clauses de règlement des différends dans les accords internationaux conclus par les Communautés européennes », in *L'arbitrage et le droit européen : Actes du colloque international du CEPANI*, *op.cit.*, pp.143-181, p.161.

¹⁹⁷ A. Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, *op.cit.*, p.178.

¹⁹⁸ Voir l'article 184 et suiv. de libre-échange entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République du Chili, d'autre part, signé le 18 novembre 2002 et l'article 14.4 et suiv. de l'Accord de libre-échange entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Corée, d'autre part, signé le 6 octobre 2010.

¹⁹⁹ A. Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, *op.cit.*, p.179.

²⁰⁰ CJCE, 14 décembre 1991, avis 1/91, §39-40.

²⁰¹ R. Torrent, *Derecho y práctica de las relaciones exteriores...*, *op.cit.*, p.207.

accords permettent aux opérateurs privés ayant passé des contrats avec les États ACP de résoudre leurs litiges par la voie arbitrale mixte.²⁰² Le déroulé des procédures peut alors être encadré par le règlement d'arbitrage FED.²⁰³ Toutefois, l'inexistence d'une véritable jurisprudence arbitrale en la matière, l'absence de détermination du statut des autorités communautaires aux instances arbitrales²⁰⁴ et le « danger pour la sécurité juridique »²⁰⁵ que représenterait le contenu de ce règlement doivent être soulignés.

945. Le Traité sur la Charte de l'énergie prévoit le recours à la voie arbitrale mixte, en plus du mode de résolution interétatique des différends, au sein de ses articles 26 et 27.²⁰⁶ Il symbolise le point de contact latent entre la voie arbitrale mixte fondée sur un traité et l'Union européenne, car rappelons que celle-ci est partie à cet accord. Il semble que la problématique de la participation de l'organisation régionale à une procédure d'arbitrage d'investissement, rendue possible par la nature mixte de l'accord, n'a pas été prise en compte *ab initio*.

946. En ce sens, il a été rapporté qu'aucun débat sur ce thème, avant la signature de l'accord, n'a eu lieu,²⁰⁷ alors même que l'Union européenne n'avait aucune expérience en matière d'arbitrage d'investissement.²⁰⁸ La question de l'application des dispositions du traité dans les relations intra-communautaires n'a pas été envisagée. Celle du partage de la responsabilité entre la Communauté et les États membres a été considérée à partir de 1998, par le biais d'une déclaration.²⁰⁹ Les solutions proposées n'ont pas trouvé d'application, car l'Union européenne n'a pas encore été atraite à l'arbitrage sur ce fondement. La raison à ce constat est que l'arbitrage CIRDI n'est ouvert qu'aux États, qui doivent en plus ratifier la Convention de Washington.²¹⁰

²⁰² L'arbitrage mixte est prévu tant au sein des Conventions de Lomé que de l'Accord de Cotonou. Voir en ce sens l'article 30 de l'annexe IV de l'accord de Cotonou.

²⁰³ Voir le Règlement de conciliation et d'arbitrage pour les marchés financés par le FED, adopté par le biais de la décision 3/90 du 29 mars 1990, auquel il est fait référence dans l'article 307 de la Convention de Lomé de 1989.

²⁰⁴ Cette omission est vue comme « le vice fondamental » du règlement d'arbitrage FED. Voir B. Poulain, « L'arbitrage FED : une révision est nécessaire », *Rev. arb.*, n°4, 2011, pp.923-942, p.927 et suiv.

²⁰⁵ *Ibidem*, p.925.

²⁰⁶ Voir R. Babadji, « Le Traité sur la Charte européenne de l'énergie (17 décembre 1994) », *loc.cit.*, pp.886-887.

²⁰⁷ R. Torrent, *Derecho y práctica de las relaciones exteriores...*, *op.cit.*, p.208.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ « Si nécessaire, les Communautés et les États membres concernés détermineront lequel d'entre eux est la partie défenderesse dans une procédure d'arbitrage engagée par un investisseur ou par une autre partie contractante. Le cas échéant, à la demande de l'investisseur, les Communautés et les États membres concernés procéderont à cette désignation dans un délai de trente jours ». Voir la Déclaration communiquée par les Communautés européennes au Secrétariat de la Charte de l'énergie en application de l'article 26, paragraphe 3, point b) ii), du Traité sur la Charte de l'énergie, 9 mars 1998.

²¹⁰ En ce sens, la déclaration sur l'article 26 de la Charte précise que « En ce qui concerne l'arbitrage international, il y a lieu d'indiquer que les dispositions de la convention CIRDI n'autorisent pas les Communautés européennes à en être partie. Les dispositions du mécanisme supplémentaire de la CIRDI n'autorisent pas non plus les Communautés à s'en prévaloir ».

947. Pour avoir néanmoins recours à cet arbitrage sur le fondement de la Charte, les investisseurs ont procédé à une opération de *défendeur shopping* entre la Communauté et les États membres. Ainsi, les violations alléguées des obligations imposées par la Charte ont été systématiquement et jusqu'à présent attribuées aux États membres, alors qu'elles auraient pu être attribuées à l'Union européenne.²¹¹

948. Il est donc aisé de constater que la problématique des modalités de participation de la Communauté à l'arbitrage d'investissement n'a pas été résolue de façon satisfaisante avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Les précisions théoriques faites s'agissant du Traité sur la Charte de l'énergie doivent alors être confrontées à la pratique. Cette distance maintenue par la Communauté vis-à-vis de la voie arbitrale mixte dans le cadre des relations externes est également palpable s'agissant de la préparation de la politique commune d'investissement par la Commission européenne.

B. Le cadre spécifique de la politique d'investissement

949. Lors de la préparation de la politique commune d'investissement, la Commission européenne a focalisé ses efforts sur l'insertion effective de la notion d'IDE dans le TCE. La question des modalités d'intégration de la Communauté au sein de la voie arbitrale mixte a donc été laissée de côté. Rappelons en ce sens que l'obtention de la capacité conventionnelle des États membres est la priorité fondamentale de l'approche européenne en la matière.

950. Peu avant l'officialisation d'une compétence en matière d'IDE dans le TFUE, la Commission européenne a tout de même participé, en tant qu'*amicus curiae*, à plusieurs procédures arbitrales initiées par les investisseurs sur le fondement des TBI intra-communautaires **(1)**. S'agissant de l'élaboration de la politique commune d'investissement extra-communautaire, il ressort des initiatives de la Commission européenne que la problématique de la résolution des différends liés aux investissements extra-communautaires a été traitée de façon subsidiaire **(2)**.

²¹¹ Cela a été le cas dans les affaires *Electrabel* et *AES Summit*. Voir S. Menétrey, « La participation "amicale" de la Commission européenne dans les arbitrages liés aux investissements intracommunautaires », *loc.cit.*, p.1150.

1) Considération de l'arbitrage d'investissement intra-communautaire par la Commission européenne

951. En parallèle de son travail d'insertion de la notion d'IDE au sein du contenu de la politique commerciale commune, la Commission européenne a souhaité participer, en tant qu'*amicus curiae*, aux procédures arbitrales relatives à des différends liés à des investissements intra-communautaires. Elle a principalement cherché à démontrer la compétence naturelle du juge communautaire s'agissant de la résolution de tels litiges. Nous développerons en détail ce thème par la suite. Contentons-nous ici d'observer ce qu'a pu apporter cette participation non contestante de la Commission à la préparation de la politique commune d'investissement et à la nécessité pour la Communauté de devenir un acteur de l'arbitrage d'investissement.

952. *Prima facie*, la présence de ces tribunaux arbitraux au sein du système juridique communautaire est une opportunité supplémentaire pour la Commission européenne de se rapprocher du fonctionnement de la voie arbitrale mixte, qu'elle souhaite intégrer par la suite en tant que partie contestante. Étant donné son manque d'expérience en matière d'arbitrage d'investissement,²¹² cela aurait été regrettable qu'elle ne profite pas de cette opportunité afin d'infiltrer, pour la première fois sur le fondement d'un TBI ou sur le fondement de la Charte de l'énergie, le déroulement des procédures arbitrales.

953. Sous couvert du besoin d'éclairer les tribunaux arbitraux au sujet de la compatibilité de l'arbitrage mixte avec le système communautaire, la participation de la Commission en tant qu'*amicus curiae* n'a pas été systématiquement autorisée par les tribunaux arbitraux.²¹³

954. Même si son argumentaire n'a pas obtenu l'effet souhaité, ce rapprochement de la Commission vis-à-vis de l'arbitrage mixte intra-communautaire a-t-il pu participer à la préparation d'une politique d'arbitrage mixte extra-communautaire ? Rien n'est moins sûr, car passer par le truchement de l'*amicus curiae* pour se rapprocher du fonctionnement de l'arbitrage mixte ne semble pas suffisant pour obtenir une bonne expérience de ce mode de résolution des différends. Nous verrons par la suite en ce sens que la participation des *amici curiae* aux instances arbitrales est encadrée et limitée. Retenons qu'il s'agit toutefois d'une première approche.

²¹² M. Burgstaller, « Les aspects procéduraux de l'arbitrage – Qui est partie ? Le rôle de la Commission européenne », in C. Kessedjian et C. Leben (dirs), *Le droit européen et l'investissement, op.cit.*, pp.123-141, p.125.

²¹³ S. Menétrey, « La participation "amicale" de la Commission européenne dans les arbitrages... », *loc.cit.*, p.1051.

955. Ce recours à l'*amicus curiae* dans le cadre intra-communautaire peut alors être considéré comme un pis-aller, d'autant plus que la Commission est opposée à ce que la méthode arbitrale de résolution des différends puisse s'appliquer à la résolution des investissements intra-communautaires. La participation non contestante n'a guère permis de remédier à une latence accumulée, s'agissant de la question procédurale de l'intégration de la Communauté en tant que partie défenderesse ou codéfenderesse à la voie arbitrale mixte extra-communautaire. Celle-ci a dû être résolue dès l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, sur la base de la nouvelle compétence en matière d'IDE permettant à l'Union de conclure des accords d'investissement.

2) Considération de l'arbitrage d'investissement extra-communautaire par la Commission européenne

956. Disposons-vous d'indices démontrant la prise en compte, sans même s'attendre à une stratégie élaborée, de la voie arbitrale mixte par la Commission européenne durant le déroulé de l'approche européenne du droit matériel des investissements internationaux ? La réponse n'est pas évidente. La question des modalités de la participation de l'Union européenne à une procédure arbitrale mixte fondée sur un traité auquel elle serait partie n'apparaît pas avoir été envisagé, au vu du résultat des négociations et des documents de travail bruxellois.

957. S'agissant des négociations de l'AMI, il semble qu'elles aient, malgré leur échec final en 1998, eu l'avantage d'avoir fait prendre conscience à la Commission européenne des lacunes accumulées en droit procédural des investissements internationaux. Rappelons que l'assignation de l'Union à l'arbitrage sur le fondement du Traité de la Charte de l'énergie est possible, en vertu de ce traité signé en 1994.²¹⁴ En conséquence, une déclaration relative à l'article 26 du traité a prévu un régime de notification devant désigner qui, entre la Communauté et les États membres, a la qualité de partie défenderesse.²¹⁵ Cette précision procédurale n'a pas été reprise durant les négociations en matière de commerce et d'investissement du cycle de Doha.²¹⁶

958. Plus récemment, parmi l'éventail des initiatives communautaires visant à préparer une politique commune d'investissement, ni le protocole d'accord signé entre États-Unis et les pays

²¹⁴ R. Torrent, *Derecho y práctica de las relaciones exteriores...*, *op.cit.*, p.208 et suiv.

²¹⁵ *Ibidem*, p.107.

²¹⁶ OMC, *Document de réflexion sur les consultations et le mode de règlement des différends entre les membres*, Groupe de travail des liens entre commerce et investissement, WT/WGTI/W/141, 11 septembre 2002.

d'Europe centrale et orientale,²¹⁷ ni les arrêts en manquement de la Cour contre l'Autriche, la Suède et la Finlande,²¹⁸ pas plus que la *Minimum platform on investment* qui aurait pourtant dû s'intéresser à la question,²¹⁹ n'ont fait allusion au droit procédural des investissements internationaux et aux problématiques spécifiques liées à la participation de l'Union aux instances arbitrales.

959. Ce mutisme invite à penser que la Commission européenne a mené une approche focalisée sur le droit matériel des investissements internationaux, ce qui suppose que le versant procédural du même droit n'a été envisagé qu'*a posteriori* et d'une façon indirecte. La qualité d'acteur de l'arbitrage mixte dépend en ce sens de l'obtention par l'Union européenne de la capacité conventionnelle des États membres en matière d'investissement international. S'il apparaît que les instances bruxelloises ont conscience du caractère fondamental de la résolution des différends par le biais du recours à l'arbitrage investisseur-État,²²⁰ force est de constater qu'une politique procédurale reste à ce stade à matérialiser dans ses plus grandes lignes.

960. Cette politique a entre autres pour fonction de résoudre la question de la désignation de la partie défenderesse à attirer par les investisseurs tiers sur le fondement des futurs accords d'investissement. Il s'agit d'une problématique interne à l'Union, qu'il faut résoudre *ex ante*, avant même que la Commission ne commence à négocier de nouveaux accords. Pour cela, une véritable approche européenne du droit procédural des investissements internationaux a dû être initiée, à partir de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.

²¹⁷ L'arbitrage d'investissement est situé hors de la portée du protocole d'accord signé entre les États-Unis et les pays d'Europe centrale et orientale. La conférence de presse a néanmoins fait référence à l'arbitrage international. Voir US State Department, « US Bilateral Investment Treaties with EU Accession States », Press Statement Richard Boucher, Spokesman Washington DC, September 5, 2003.

²¹⁸ On rappelle que la seule incompatibilité visée a été celle relative à la clause de libre transfert.

²¹⁹ Il a été précisé que ce document de travail ne couvre que la phase de libéralisation des investissements extra-communautaires et reste silencieux sur la problématique du mode de règlement des différends. Voir S. Menétrey, « La participation "amicale" de la Commission européenne dans les arbitrages... », *loc.cit.*, p.1155.

²²⁰ I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, « Competencia de la Unión Europea... », *loc.cit.*, p.131.

Conclusion du chapitre 1

961. L'examen des rapports entre, d'une part, le projet européen institutionnalisé et, d'autre part, le droit procédural des investissements internationaux ou plus généralement l'arbitrage, nous a tout d'abord amené à constater l'éloignement des matières. Le propos a toutefois perdu en pertinence, puisque le droit régional prévoit le recours à l'arbitrage dans de divers domaines au sein du marché commun. Dans le cadre des relations externes, l'Union européenne n'a pas encore agi en tant que partie défenderesse à la résolution arbitrale d'un différend sur le fondement du Traité sur la Charte de l'énergie comprenant un volet investissement, bien qu'elle soit partie signataire.

962. Avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, nous avons constaté que l'arbitrage d'investissement n'a pas fait l'objet d'une approche spécifique de la Commission européenne. Il faut dire en ce sens que l'objectif de l'approche a été focalisé sur l'obtention de la capacité conventionnelle et que cette dernière invite par conséquent à penser à la problématique de la résolution des différends sur le fondement des accords conclus par l'Union. Les modalités de participation de l'Union à l'arbitrage devront donc être réglées une fois la compétence en matière d'investissement direct étranger acquise.

963. Avant de s'y intéresser, il nous faudra traiter la question du règlement des différends liés aux investissements intra-communautaires. En effet, en raison de l'applicabilité des accords d'investissement intra-communautaires étudiée précédemment, un investisseur européen peut avoir accès au prétoire arbitral et attirer un État membre. En théorie, la politique d'élargissement de l'Union européenne a donné lieu à une pluralité juridictionnelle qui est à l'origine d'un débat sur l'identité du juge des investissements réalisés au sein du marché commun.

Chapitre 2. Règlement international des différends relatifs aux investissements intra-communautaires et droit communautaire

964. Les problématiques liées aux interactions entre la voie arbitrale mixte et la Communauté, longtemps reléguées en arrière-plan, ont surgi au grand jour lors de l'initiation de procédures arbitrales fondées sur des TBI intra-communautaires. De concert avec la Commission européenne, les États membres défenseurs ont tenté de démontrer l'incompétence des tribunaux arbitraux sur la base de l'incompatibilité de ce mode de résolution des différends avec le système juridique communautaire. Il s'ensuit que le juge national de l'État hôte des investissements aurait vocation à résoudre le contentieux dans ce domaine.

965. Ce point de vue n'a toutefois pas emporté la conviction des tribunaux arbitraux. Ceux-ci ont affirmé l'applicabilité de ces instruments conventionnels et de leurs clauses d'arbitrage, pour se déclarer compétents sur un tel fondement. L'arbitre apparaît en conséquence comme le juge des différends relatifs aux investissements intra-communautaires. Qu'en est-il de la compétence du juge européen, à la suite de l'adhésion des pays d'Europe centrale et orientale à la Communauté. Il conviendra alors de savoir si la compétence déclarée des tribunaux arbitraux est constitutive d'une pluralité juridictionnelle (**Section 1**).

966. Reconnaître l'existence d'une pluralité juridictionnelle suppose de rechercher une méthode adéquate favorisant la coexistence des juges (**Section 2**). Comme cela a été le cas pour la résolution de la pluralité normative, la prise en compte de ce qui peut être vu comme un désordre procédural a donné lieu à des analyses distinctes et opposées. De même qu'auparavant la méthode hiérarchique s'est révélée inadaptée à la résolution de la superposition normative, il est prévisible qu'une approche flexible, fondée sur la coordination et la cohabitation pacifique des juridictions, soit à privilégier.

Section 1. Émergence d'une pluralité juridictionnelle

967. À première vue, l'arbitrage d'investissement fondé sur les TBI intra-communautaires est vecteur d'une pluralité juridictionnelle. Il convient de préciser le propos, en se demandant si les rapports entre les tribunaux arbitraux, compétents sur la base de ces TBI, et le juge communautaire relèvent d'une indifférente juxtaposition, d'une possible concurrence ou d'un véritable conflit de

juridictions. D'ores et déjà, notons que trois catégories de tensions sont à relever, au sein de ce qui peut être considéré comme un relatif désordre procédural.

968. Ces tensions visent d'abord la question de la compétence des tribunaux arbitraux au sein du territoire communautaire. Désormais, l'étude comparative de la voie arbitrale mixte au regard du système juridictionnel communautaire n'est plus théorique et des réponses concrètes doivent être apportées à la question concrète de l'identité du juge des investissements intra-communautaires. Comme cela a été fait dans le cadre du débat visant l'applicabilité des TBI intra-communautaires, les positions des divers acteurs en présence seront exposées (**Paragraphe 1**).

969. Il y a plus. En conséquence de la compétence déclarée des tribunaux arbitraux, deux nouvelles sources de tension doivent être mises en exergue. Il s'agit d'abord du devoir d'application du droit communautaire par ces tribunaux, puis de l'éventuel contrôle des résultats des procédures arbitrales par les juges nationaux des États membres saisis à cet effet. Il est donc loisible de penser qu'en se déclarant compétents, les tribunaux arbitraux sont placés sous surveillance communautaire et que la prise en compte de ces tensions durant l'accomplissement de leur mission relève de leur intérêt (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Identité du juge du règlement des litiges relatifs aux investissements intra-communautaires

970. La détermination de l'identité du juge apte à résoudre les différends liés aux investissements intra-communautaires est une première nécessité, en conséquence d'une superposition normative entraînant une juxtaposition juridictionnelle : aussi bien les tribunaux arbitraux que le juge communautaire ont en théorie compétence à statuer. Procédons alors à l'étude de l'applicabilité des clauses d'arbitrage contenues dans les TBI intra-communautaires, traités pouvant constituer le fondement de la compétence des tribunaux arbitraux.

971. Un vif débat à propos de l'applicabilité des clauses d'arbitrage a donc eu lieu parmi les divers acteurs. Sur le modèle de ce que nous avons fait s'agissant de la question de l'applicabilité des TBI intra-communautaires, les arguments en défaveur de la compétence des tribunaux arbitraux seront exposés, (**A**) puis ceux des arbitres ayant mené à la déclaration de leur compétence (**B**).

A. Argumentaire en défaveur de la compétence des tribunaux arbitraux

972. Les États membres assignés à l'arbitrage, soutenus par la Commission européenne, ont soulevé de nombreuses exceptions d'incompétence devant les tribunaux arbitraux. Celles-ci visent à démontrer que le processus d'adhésion à la Communauté a rendu les clauses d'arbitrage, et plus généralement les TBI, inapplicables.²²¹ Ainsi, la résolution de ce type de différends revient, selon eux, à l'office du juge communautaire à partir de leur adhésion à la Communauté.

973. Afin de convaincre de l'inapplicabilité et de l'invalidité des clauses d'arbitrage, ces acteurs ont soutenu que la compétence des tribunaux arbitraux serait à l'origine de multiples incompatibilités avec le droit communautaire. Il s'agit d'une source de discrimination entre les investisseurs intra-communautaires en fonction de la nationalité, créant un risque de recours au *forum shopping*, (1) d'une remise en cause des principes communautaires de confiance mutuelle et d'application uniforme du droit communautaire (2) et enfin d'une atteinte au monopole juridictionnel de la Cour de justice (3).

1) Une source de discrimination et de *forum shopping*

974. La rupture du principe de l'égalité de traitement, tel que garanti par l'article 12 TCE qui dispose que « *dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité* », est l'argument central en défaveur de la compétence des tribunaux arbitraux. Cette rupture serait due au fait que certains investisseurs communautaires peuvent actionner la clause d'arbitrage des TBI intra-communautaires conclus par l'État de leur nationalité, d'autres non.²²² Des investisseurs communautaires dont l'État de nationalité n'a pas conclu de TBI peuvent alors être tentés d'avoir recours au *forum shopping*,²²³ visant à obtenir l'avantage conventionnel dont ils sont privés.

975. En conséquence, ces pratiques seraient en mesure de déposséder le juge communautaire d'un contentieux qui relève de sa compétence et qui est placé *in fine* sous le contrôle de la Cour de

²²¹ CPA/CNUDCI, *Eureko BV c. République slovaque*, §9.

²²² H. Wehland, « Intra-EU investment agreements and arbitration : is European community law an obstacle ? », *loc.cit.*, p.311 ; B. Poulain, « Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion », *loc.cit.*, p.816.

²²³ CNUDCI, *Eastern Sugar BV c. République tchèque*, §126 ; CPA/CNUDCI, *Eureko BV c. République slovaque*, §183.

Luxembourg.²²⁴ L'inapplicabilité des clauses d'arbitrage ou l'extinction des TBI intra-communautaires sont alors vues comme les uniques moyens de mettre fin à ce risque de traitement discriminatoire. Analysons ce propos d'un point de vue critique.

976. Tout d'abord, l'argument de la discrimination peut être analysé comme « un aveu [...] qui sous-entendrait que le recours au juge interne est moins favorable que le recours à l'arbitre ». ²²⁵ Il s'agit aussi d'un moyen de pression exercé sur les États membres pour les inciter à la dénonciation des TBI intra-communautaires, alors que la théorie de l'extinction implicite n'a pas fait florès. Puisque la majorité des États membres s'y refuse, mettre fin au risque de *forum shopping* n'est pas possible. Cette volonté de dénonciation des traités peut être par ailleurs considérée, pour un investisseur communautaire ayant accès à la voie arbitrale, comme une atteinte à un droit procédural, dont il bénéficie quoi qu'il en soit par le recours au *treaty shopping* ou en vertu des clauses de la nation la plus favorisée. ²²⁶

977. En second lieu, il a aussi été noté que le principe de non-discrimination est une norme transversale, dont la portée n'est pas absolue. ²²⁷ Il ne s'applique qu'à une différence de traitement dans un domaine visé par le champ d'application des traités fondateurs. ²²⁸ Partant, que les TBI intra-communautaires concèdent divers traitements aux investisseurs communautaires n'implique pas nécessairement une violation du principe, ²²⁹ puisque le bénéfice du recours à l'arbitrage mixte ne relève pas d'un domaine d'application des traités communautaires. ²³⁰ Cet argument peut être ainsi réfuté, ce qui ne résout toutefois pas la problématique de l'extension de l'accès à l'arbitrage pour l'ensemble des investisseurs communautaires. Nous y reviendrons.

978. Enfin, la jurisprudence de la Cour relative au principe de non-discrimination ne confirmerait pas la position de la Commission. ²³¹ En analysant les décisions de la Cour visant à s'opposer à certains avantages octroyés sur la base de la nationalité par des traités conclus par des États membres, depuis une perspective exportatrice comme importatrice, un auteur retient que le fait que les TBI intra-communautaires autorisent le recours à la voie arbitrale à certains investisseurs communautaires et non à d'autres n'est nullement incompatible avec le droit

²²⁴ A. A. Ghouri, « Resolving incompatibilities of bilateral investment treaties... », *loc.cit.*, p.825.

²²⁵ S. Robert-Cuendet, « Les investissements intra-communautaires entre le droit communautaire et... », *loc.cit.*, p.892.

²²⁶ B. Poulain, « Développements récents du droit communautaire des investissements internationaux », *loc.cit.*, p.884.

²²⁷ I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, « Los APPRI en la Unión Europea post-Lisboa », *loc.cit.*, p.789.

²²⁸ *Ibidem.*

²²⁹ H. Wehland, « Intra-EU investment agreements and arbitration... », *loc.cit.*, p.310.

²³⁰ I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, « Los APPRI en la Unión Europea post-Lisboa », *loc.cit.*, p.789.

²³¹ H. Wehland, « Intra-EU investment agreements and arbitration... », *loc.cit.*, pp.310-317.

communautaire. La perspective exportatrice invite à se focaliser sur les obligations de l'État d'origine de l'investisseur au regard du principe de non-discrimination. Dans son arrêt *Gottardo*, la Cour a condamné l'Italie pour avoir restreint le bénéfice d'un avantage à ses seuls nationaux sur la base d'un accord bilatéral, alors que l'État membre aurait dû accorder l'avantage aux ressortissants des autres États membres.²³² Toutefois, pour cet auteur, cette jurisprudence ne s'applique pas au cas de l'arbitrage mixte, parce qu'ici le recours à la voie arbitrale est accordé non pas par l'État de nationalité mais par l'État hôte.

979. S'agissant de la perspective importatrice, celle visant les obligations de l'État hôte accordant le recours arbitral à certains investisseurs uniquement, il a été noté que la Cour ne reconnaît pas d'obligation de traitement de la nation la plus favorisée en droit communautaire.²³³ Un État membre hôte pourrait ainsi traiter un investisseur d'un autre État membre plus favorablement qu'un autre, sans emporter la violation du principe.²³⁴ L'argument fondé sur une violation du principe de non-discrimination a donc été écarté par la doctrine.

2) Une atteinte aux principes de confiance mutuelle et d'application uniforme du droit communautaire

980. Invoquer le principe de confiance mutuelle concomitamment à une rupture du principe d'égalité est tout d'abord un paradoxe, car le premier a pour effet d'écarter la possibilité du recours à l'arbitrage tandis que le dernier, en mettant l'accent sur le traitement des investisseurs qui ne peuvent pas recourir à l'arbitrage, revient à reconnaître la réalité de l'arbitrage d'investissement fondé sur un TBI intra-communautaire.²³⁵

981. Du point de vue des États membres défendeurs, la compétence des arbitres contredit le principe de confiance mutuelle.²³⁶ Celui-ci régit le système juridictionnel communautaire, ce qui signifie que la dimension politique de la résolution des litiges par les juges nationaux des États hôtes des investissements, qui a conduit à l'externalisation de la résolution des différends par le biais

²³² CJCE, 15 janvier 2002, *Elide Gottardo*, aff. C-55/00, point 37.

²³³ Voir H. Wehland, « Intra-EU investment agreements and arbitration... », *loc.cit.*, pp.312-316.

²³⁴ L'auteur tire cette conclusion de l'application de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg en matière de droit fiscal européen, portée par les affaires *D.* et *Test claimant*, au cas d'espèce. Voir H. Wehland, « Intra-EU investment agreements and arbitration... », *loc.cit.*, p.315 ; CJCE, 5 juillet 2005, *D. c. Inspecteur van de Belastingdienst*, aff. C-376/03 ; CJCE, 12 décembre 2006, *Test claimants*, aff. C-374/04.

²³⁵ S. Robert-Cuendet, « Les investissements intra-communautaires entre le droit communautaire et... », *loc.cit.*, note infra-paginale 182, p.892.

²³⁶ CNUDCI, *Eastern Sugar BV c. République tchèque*, §105-106.

de l'arbitrage, a été éliminée et que l'impartialité des juridictions internes est garantie.²³⁷ Rappelons qu'ailleurs dans le monde, certains États ont décidé d'encourager le recours au juge national du pays hôte des investissements. La nécessité du recours à l'arbitrage serait donc réduite.

982. Partant, si « ce ne sont pas, en droit, les carences des systèmes judiciaires des récents adhérents [...] qui pourraient justifier le maintien de la compétence concurrente de l'arbitrage »,²³⁸ cette dernière provient de la conviction des investisseurs qui n'a pas été emportée par les effets du principe de confiance mutuelle. Il s'agit en effet d'un principe non contraignant.²³⁹ Sa portée, en raison de sa nature politique, demeure en outre incertaine. Et un auteur de renverser le schéma, en soutenant que la présence additionnelle des TBI intra-communautaires ne peut qu'accroître la confiance des investisseurs vis-à-vis des juridictions de certains États membres, les incitant ainsi à recourir aux juges nationaux.²⁴⁰

983. Le respect de l'application uniforme du droit communautaire est le second principe invoqué en défaveur de la compétence des arbitres. Des craintes ont ainsi été exprimées quant à la mauvaise application du droit communautaire par les arbitres compétents, mais aussi à propos de l'absence d'un contrôle *a posteriori* d'une mauvaise application du droit communautaire par les arbitres.

984. S'agissant de la possibilité qu'ont les tribunaux arbitraux d'appliquer le droit communautaire, il a été souligné que l'arbitre n'est pas un spécialiste du droit communautaire, ce qui ne signifie pas pour la doctrine que l'uniformité du droit communautaire soit menacée par la compétence des arbitres. Rappelons qu'une interprétation éventuellement erronée du droit communautaire, émanant d'un organe juridictionnel tiers à la Communauté, n'est pas opposable aux institutions communautaires.²⁴¹

985. Concernant le risque de laisser perdurer une mauvaise application du droit en raison d'un défaut de contrôle, cette appréhension est sans fondement et ne constitue en aucun cas une raison valable pour contester la compétence des tribunaux arbitraux. Il faut se souvenir, pour s'en convaincre, des diverses procédures visant à s'assurer de la bonne application du droit

²³⁷ E. Teynier, « L'applicabilité des traités bilatéraux sur les investissements entre États membres... », *loc.cit.*, p.695.

²³⁸ *Ibidem*, p.696.

²³⁹ C. Söderlund, « Intra-EU BIT investment protection and the EC treaty », *loc.cit.*, p.465.

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ S. Robert-Cuendet, « Les investissements intra-communautaires entre le droit communautaire et... », *loc.cit.*, p.890.

communautaire, que ce soit la participation préventive de la Commission européenne comme *amicus curiae* aux instances arbitrales ou la possible saisine du juge européen suite au prononcé des sentences arbitrales, relative à la demande d'annulation ou d'exécution des sentences.²⁴² De ce fait, l'argument fondé sur une atteinte à ces principes communautaires n'est pas valable et doit être rejeté.

3) Une atteinte au monopole juridictionnel de la Cour de justice

986. Enfin, la compétence des arbitres sur le fondement des TBI intra-communautaires serait une atteinte à la compétence monopolistique de la Cour relative à l'interprétation du droit communautaire. L'article 292 TCE dispose en ce sens : « *Les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du présent traité à un mode de règlement autre que ceux prévus par celui-ci* ». Pour la Cour dans l'affaire *Mox*, la résolution du litige soumis à un tribunal arbitral opposant le Royaume-Uni à l'Irlande relevait de sa seule compétence, en vertu de cet article.²⁴³

987. Sur la base de ce monopole, la Cour de justice a pour mission de protéger l'autonomie de son système juridique vis-à-vis des systèmes juridiques externes. Cette autonomie est, selon elle, menacée par la compétence de juridictions externes devant résoudre des litiges ayant trait à des questions de droit communautaire, parmi lesquelles les tribunaux arbitraux compétents sur le fondement des TBI intra-communautaires. Notons d'emblée qu'il apparaît que la Cour n'est pas encline à faire exception à ce monopole.

988. En conséquence, le monopole d'interprétation de la Cour de justice a été invoqué devant les tribunaux arbitraux, notamment dans l'affaire *Eureko*, en mettant en exergue le manque de contrôle de la Cour sur les sentences arbitrales prononcées par les tribunaux arbitraux et sur l'application par ces derniers des dispositions d'ordre public du droit communautaire.²⁴⁴ En outre, le fait qu'un arbitre puisse procéder à une interprétation du droit communautaire sans avoir la possibilité d'un renvoi à la Cour, en vertu de la jurisprudence *Nordsee* sur laquelle nous reviendrons, pose des problèmes de compatibilité avec les traités et la jurisprudence de la Cour.

²⁴² T. Eilmansberger, « Bilateral investment treaties and EU law », *loc.cit.*, p.406.

²⁴³ L'affaire *Mox* était relative à l'installation par le Royaume-Uni d'une usine de traitement des déchets nucléaires au bord de la mer d'Irlande. L'Irlande a intenté plusieurs actions juridictionnelles contre le Royaume-Uni, sur le fondement tant de la convention OSPAR que de la convention de Montego Bay. Voir CJCE, 30 mai 2006, *Commission c/ Irlande*, aff. C.459/03, point 123 ; H. Ruiz Fabri, « L'affaire de l'usine Mox », in S. Breyer, J. Cantegreil et M. Delmas-Marty (dirs), *Regards croisés sur l'internationalisation du droit : France - États-Unis*, *op.cit.*, pp.101-106, p.104.

²⁴⁴ CPA/CNUDCI, *Eureko BV c. République slovaque*, §193 et 185.

989. S'il est concevable que l'impossibilité pour l'arbitre de saisir la Cour en renvoi préjudiciel reste un inconvénient,²⁴⁵ ce raisonnement n'a pas emporté la conviction des tribunaux arbitraux. En effets, ces derniers ont largement contesté le risque supposé de violation du droit communautaire, ainsi que le monopole d'interprétation de la Cour. Il a été noté, en vertu de la jurisprudence *CILFIT*,²⁴⁶ que les juges statuant en dernier ressort peuvent ne pas être obligés de procéder au renvoi préjudiciel.²⁴⁷ De même, le monopole de la Cour n'apparaît pas complet.²⁴⁸ Quant à l'obligation de soumission des litiges à la Cour en vertu de l'article 292 TCE, il a été remarqué qu'elle ne s'applique pas au cas d'un investisseur privé.²⁴⁹

990. En outre, il est rappelé que le monopole juridictionnel de la Cour ne lie pas une juridiction internationale extérieure à la Communauté, ou qui est plus précisément étrangère à l'ordre juridique communautaire. Il peut aussi être constaté que le manque allégué de contrôle de la Cour vis-à-vis des résultats de l'arbitrage mixte intra-communautaire s'applique aussi au cas de l'arbitrage commercial. Signalons une fois de plus que le recours à l'arbitrage privé est encouragé par la Commission européenne, dans le domaine du droit de la concurrence.²⁵⁰

B. Position des tribunaux arbitraux intra-communautaires quant à la question de leur compétence

991. Nous avons donc vu que de nombreux arguments ont tenté de démontrer que l'arbitre n'est pas le juge des différends liés aux investissements intra-communautaires, en raison de l'inapplicabilité des clauses d'arbitrage et plus généralement des TBI intra-communautaires contenant de telles clauses. Cet argumentaire constitue le premier défi posé à la compétence des tribunaux arbitraux.²⁵¹ Voyons comment ces derniers ont répondu à diverses exceptions d'incompétence.

992. Notons d'abord que l'étude de l'applicabilité des clauses d'arbitrage s'est déroulée lors de l'examen par les arbitres de leur compétence au sujet du différend qui leur a été soumis, mené en

²⁴⁵ S. Menétrey, « La participation "amicale" de la Commission européenne dans les arbitrages... », *loc.cit.*, p.1148.

²⁴⁶ CJCE, 6 octobre 1982, *CILFIT*, aff. C-283/81, point 16 et suiv.

²⁴⁷ CPA/CNUDCI, *Eureko BV c. République slovaque*, §282.

²⁴⁸ C. Söderlund, « Intra-EU BIT investment protection and the EC treaty », *loc.cit.*, p.458.

²⁴⁹ *Ibidem*, p.459.

²⁵⁰ H. Wehland, « Intra-EU investment agreements and arbitration... », *loc.cit.*, p.319.

²⁵¹ M. Burgstaller, « European law challenges to investment arbitration », in M. Waibel, A. Kaushal *et al.* (eds), *The backlash against investment arbitration: perceptions and reality*, Kluwer law international, 2010, pp.455-482, p.455.

vertu du principe de compétence-compétence (1). Les tribunaux arbitraux ont dû dans ce cadre général répondre à deux interrogations supplémentaires et propres à notre sujet d'étude. L'existence des clauses d'arbitrage contenues dans les TBI intra-communautaires a-t-elle été affectée par l'adhésion à la Communauté de l'un des États signataires de ces traités ? (2) En cas de réponse négative, la validité des clauses d'arbitrage peut-elle être remise en cause par le droit communautaire ? (3)

1) Appréciation de la compétence et principe de compétence-compétence

993. Des règles spécifiques s'appliquent à la détermination de la compétence d'un tribunal arbitral fondée sur un traité, en raison de l'offre général d'arbitrage des États signataires contenue dans les accords d'investissement. Une fois la demande introduite par l'investisseur témoignant de son acceptation du recours à l'arbitrage, le tribunal arbitral constitué doit se prononcer sur sa compétence en se référant au texte contenant l'offre d'arbitrage étatique, à savoir le TBI intra-communautaire.

994. Un tribunal arbitral n'est alors compétent que si les dispositions de ce texte lui octroient le pouvoir de trancher le différend qui a été porté à sa connaissance. Pour le savoir, les arbitres procèdent à l'étude de l'applicabilité de l'accord d'investissement, en analysant leur compétence *ratione materiae*, *ratione personae* et *ratione temporis*. Il n'est ainsi pas rare qu'à ce stade la partie défenderesse étatique soulève des exceptions d'incompétence, en invoquant notamment que l'opération litigieuse n'est pas un investissement au sens du traité, que l'investisseur ne possède pas la nationalité effective d'un des États parties au traité supposé être celui de l'origine de l'investissement, ou encore que la naissance du différend est antérieure à la date d'entrée en vigueur du traité.

995. On comprend donc que les tribunaux arbitraux sont compétents lorsque ces trois critères sont satisfaits. Dans le cas contraire, le tribunal arbitral est incompétent et doit renoncer à statuer. Cela a été le cas dans l'affaire opposant la société *HICEE B.V.* à la République slovaque. Lors de l'examen de sa compétence sur le fondement du TBI intra-communautaire conclu entre les Pays-Bas et la République slovaque, le tribunal arbitral a conclu que l'opération litigieuse n'était pas un investissement au sens de la définition du TBI. Le tribunal a donc décliné sa compétence.²⁵²

²⁵² CPA (CNUDCI), *HICEE B.V. c. République slovaque*, sentence arbitrale partielle, 23 mai 2011, §150.

996. La difficulté, au-delà de la satisfaction de ces critères, est de savoir si le fait qu'un État hôte de l'investissement soit devenu membre de la Communauté emporte des conséquences sur l'applicabilité des clauses d'arbitrage. La nouveauté liée à notre sujet d'étude est que l'examen de la compétence des arbitres pose une nouvelle problématique. Une exception d'incompétence additionnelle peut être soulevée, comme cela a été le cas dans l'affaire *Jan Oostergetel et Theodora Laurentius* par la République slovaque, qui a invoqué l'inexistence et l'invalidité de la convention d'arbitrage.²⁵³

997. Notons d'emblée que l'étude de l'applicabilité des clauses d'arbitrage contenues dans les TBI intra-communautaires relève du seul pouvoir des tribunaux arbitraux.²⁵⁴ Ils bénéficient à cet effet d'une règle fondamentale du droit de l'arbitrage commercial, le principe de compétence-compétence.²⁵⁵ Celui-ci s'applique également à la résolution du contentieux des investissements internationaux, par le biais notamment de l'arbitrage CIRDI, en vertu de l'article 41 §1 de la Convention de Washington,²⁵⁶ ou de l'arbitrage *ad hoc*, selon l'article 23 §1 du règlement d'arbitrage CNUDCI révisé en 2010.²⁵⁷

998. Retenons que c'est en vertu de l'effet positif de ce principe qu'il est revenu aux arbitres de pouvoir se prononcer d'une manière autonome sur leur propre compétence. Les tribunaux arbitraux ont donc pu examiner l'applicabilité des TBI intra-communautaires et se déclarer compétents sur un tel fondement, ce qui a été développé précédemment. Voyons désormais ce qu'ils ont spécifiquement répondu, pour arriver à une telle conclusion, à l'exception d'incompétence relative à l'inexistence et à l'invalidité des clauses d'arbitrage contenues dans ces instruments conventionnels.

2) Existence des clauses d'arbitrage à la suite de l'adhésion des États à l'Union européenne

999. L'examen de la compétence des arbitres mené en vertu du principe de compétence-compétence a pour visée de se conformer à la volonté des parties d'avoir recours à l'arbitrage.

²⁵³ CNUDCI, *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius c. République slovaque*, décision sur la compétence, 30 avril 2010, §41 et suiv.

²⁵⁴ J. Dutheil de la Rochère, « Quel rôle pour la Cour de Justice ? », *loc.cit.*, p.44.

²⁵⁵ P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldmann, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op.cit.*, pp.409-412 ; A. Dimolitsa, « Autonomie et Kompetenz-Kompetenz », *Rev. arb.*, n°2, 1998, pp.305-358.

²⁵⁶ L'article 41 §1 de la Convention de Washington dispose que « *Le Tribunal est juge de sa compétence* ».

²⁵⁷ L'article 23 §1 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI précise que « *Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage* ».

Rappelons en ce sens que l'arbitrage est traditionnellement d'une nature à la fois contractuelle et juridictionnelle. La compétence des arbitres a en effet une origine consensuelle,²⁵⁸ qui se traduit par la prégnance de la volonté des parties sur l'ensemble du déroulé de la procédure arbitrale. Si la volonté de l'investisseur de soumettre un différend à l'arbitrage apparaît avec évidence lors de l'introduction de sa demande, celle de l'État membre défendeur a été l'objet d'une contestation.

1000. En effet, certains États membres ont argué que leur adhésion à la Communauté avait modifié leur volonté de soumettre les différends à l'arbitrage. L'inexistence d'une clause d'arbitrage proviendrait alors du phénomène d'adhésion qui aurait entraîné l'extinction implicite, en vertu de l'article 59 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, ou l'inapplicabilité des TBI intra-communautaires, selon l'article 30 issu du même texte.²⁵⁹ On comprend donc qu'en écartant l'application du TBI intra-communautaire contenant une clause d'arbitrage, les arbitres seraient privés de leur compétence car la clause serait elle-aussi inapplicable. Il s'agit de la position de la République tchèque, dans l'affaire *Eastern sugar*.²⁶⁰ Le juge communautaire se serait naturellement substitué à la compétence des tribunaux arbitraux depuis le phénomène d'adhésion.

1001. La question était donc de savoir si l'adhésion de l'État membre à la Communauté avait eu pour conséquence d'entraîner l'expiration de l'offre d'arbitrage étatique, ce qui signifiait que l'État ne consentait plus à soumettre les litiges à l'arbitrage. Les arbitres ont rejeté l'argument, en affirmant l'existence de la clause d'arbitrage. Pour cela, l'application de l'article 59 de la Convention de Vienne sur le droit des traités a été rejetée et il a été considéré que l'article 30 issu du même texte, dont l'effet aurait été d'exclure l'application du TBI, ne pouvait pas priver le tribunal de sa compétence sur la base de l'existence d'incompatibilités entre le TBI et le droit communautaire.²⁶¹ Ces dernières relevaient de l'étude du droit applicable au fond et non de la compétence.²⁶² En conclusion, « *Le TBI [intra-communautaire], y compris sa clause d'arbitrage, reste en vigueur* ». ²⁶³

1002. Par ailleurs, dans l'affaire *Jan Oostergetel et Theodora Laurentius*, le tribunal arbitral a rappelé que l'un des États parties au TBI intra-communautaire ne pouvait pas retirer unilatéralement son offre d'arbitrage après que l'investisseur a réalisé son investissement sur la base

²⁵⁸ Cette origine consensuelle de la voie arbitrale est visée à l'article 25 §1 de la Convention de Washington.

²⁵⁹ CNUDCI, *Eastern Sugar BV c. République tchèque*, SCC affaire No. 088/2004, sentence du 27 mars 2007, §95-110 ; CNUDCI, *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius c. République slovaque*, §41.

²⁶⁰ CNUDCI, *Eastern Sugar BV c. République tchèque*, §108.

²⁶¹ CPA/CNUDCI, *Eureka BV c. République slovaque*, aff. n° 2008-13, sentence sur la compétence, l'arbitrabilité et la suspension, 26 octobre 2010, §272.

²⁶² *Ibidem*.

²⁶³ CNUDCI, *Eastern Sugar BV c. République tchèque*, §172.

de cette offre. Cela serait constitutif d'une violation des attentes légitimes de l'investisseur.²⁶⁴ Il appartient à ces États, s'ils ne souhaitent plus être attirés à l'arbitrage, de procéder à la renégociation ou à l'extinction des traités d'investissement.²⁶⁵ Puisqu'aucune démarche en ce sens n'est à relever, l'État n'a pas manifesté sa volonté de ne plus être attiré à l'arbitrage,²⁶⁶ ce qui signifie que l'offre d'arbitrage n'a pas expiré en raison du processus d'adhésion.

1003. Notons enfin que l'adhésion n'a pas pour effet d'exclure la compétence des arbitres de statuer sur des faits dont la survenance est postérieure à l'obtention de la qualité de membre de l'État défendeur. La République tchèque avait invoqué l'inarbitrabilité de l'une des prétentions d'*Eastern sugar*, soutenant que celle-ci concernait une période postérieure au 1er mai 2004 et qu'à partir de cette date, seule la Commission européenne était compétente.²⁶⁷ Cette dernière a également soutenu que le recours à l'arbitrage n'était envisageable que pour un différend portant sur des faits antérieurs à l'adhésion.²⁶⁸ Le tribunal arbitral a rejeté cet argument.²⁶⁹

3) Validité des clauses d'arbitrage au regard du droit communautaire

1004. La thèse de l'inexistence des clauses d'arbitrage, en raison de l'extinction ou de l'inapplicabilité des TBI intra-communautaires, n'a pas convaincu. L'invalidité de ces clauses au regard du droit communautaire a alors été invoquée. Cela a été le cas de la République slovaque dans l'affaire *Jan Oostergetel et Theodora Laurentius*.²⁷⁰ Afin de priver les arbitres de leur compétence, ici l'argument vise moins à rattacher la clause d'arbitrage à l'applicabilité du TBI intra-communautaire qu'à considérer spécifiquement la compatibilité de l'arbitrage d'investissement avec le système juridique communautaire.

1005. Le tribunal arbitral, dans l'affaire *Eureko*, a reconnu que la question de l'incompatibilité de l'arbitrage d'investissement avec le droit communautaire pouvait constituer une exception d'incompétence.²⁷¹ Il a en premier lieu noté qu'une incompatibilité ne pouvait exister

²⁶⁴ CNUDCI, *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius c. République slovaque*, §95.

²⁶⁵ CNUDCI, *Eastern Sugar BV c. République tchèque*, §136.

²⁶⁶ CNUDCI, *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius c. République slovaque*, §96.

²⁶⁷ CNUDCI, *Eastern Sugar BV c. République tchèque*, §112.

²⁶⁸ Notons que « *it may be argued that the private investor could continue to rely on the settlement procedures provided for in the agreement until formal termination of the BIT if the dispute concerns facts which occurred before accession* ». Voir *ibidem*, §119.

²⁶⁹ *Ibidem*, §187.

²⁷⁰ CNUDCI, *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius c. République slovaque*, §65.

²⁷¹ CPA/CNUDCI, *Eureko BV c. République slovaque*, §273.

qu'en raison de l'adhésion de la République slovaque à la Communauté et qu'il pouvait être argué que les clauses d'arbitrage étaient incompatibles avec les textes de droit communautaire. Si une telle incompatibilité était démontrée, elle pourrait entraîner l'incompétence du tribunal arbitral.²⁷²

1006. Or, ce dernier a relevé qu'aucune règle de droit communautaire n'interdit le recours à l'arbitrage d'investissement. Au contraire, il a été noté que l'arbitrage un mode de résolution des différends couramment utilisé au sein de la Communauté, y compris lorsque celui-ci est mixte. Le tribunal s'est appuyé sur la jurisprudence *Eco Swiss* de la CJCE devenue CJUE, indiquant selon lui comment traiter la question de l'application du droit communautaire dans le cadre d'un arbitrage.²⁷³ L'argument de la discrimination parmi les investisseurs communautaires a été rejeté.²⁷⁴ Le fait qu'il puisse exister pour l'investisseur un recours devant les juridictions nationales, en vertu de la jurisprudence *Franovich*, ne convainc pas.²⁷⁵ Quant au monopole d'interprétation de la Cour, il n'a vocation qu'à régir la résolution d'un différend interétatique.²⁷⁶

1007. Le tribunal arbitral a donc conclu que l'argument selon lequel la clause d'arbitrage est incompatible avec le droit communautaire n'est pas viable.²⁷⁷ Cette position a été confirmée par le juge allemand, saisi d'une demande en annulation de la sentence arbitrale partielle prononcée dans le cadre de l'affaire *Eureko*. La juridiction nationale a retenu la validité de la clause d'arbitrage au regard du droit communautaire.²⁷⁸ Ainsi, l'ensemble des arguments des États hôtes et de la Commission européenne relatifs à des incompatibilités qui impliquaient, selon eux, l'inapplicabilité des clauses d'arbitrage a été écarté.

1008. Avant d'exposer ces arguments, notons que les tribunaux arbitraux ont retenu l'existence et la validité des clauses d'arbitrage contenues dans les TBI intra-communautaires, d'où leur applicabilité, qui peut même être défendue eu égard au contenu du Traité sur la Charte de l'énergie. Le droit communautaire n'a donc pas vocation à influencer la détermination de la compétence des tribunaux arbitraux.²⁷⁹ Rappelons par ailleurs que ceux-ci ne sont pas compétents

²⁷² CPA/CNUDCI, *Eureko BV c. République slovaque*, §273.

²⁷³ *Ibidem*, §274.

²⁷⁴ *Ibid.*, §274.

²⁷⁵ *Ibid.*, §274 et suiv.

²⁷⁶ *Ibid.*, §276.

²⁷⁷ *Ibid.*, §277.

²⁷⁸ S. Wilske & C. Krapfl, « Higher regional Court of Frankfurt confirms validity of arbitration clause in dispute between investor and EU Member State », *Practical law*, 31 May 2012.

²⁷⁹ H. Wehland, « Intra-EU investment agreements and arbitration... », *loc.cit.*, p.319.

pour statuer sur une violation alléguée du droit communautaire.²⁸⁰

1009. En conclusion de ce débat, il convient de retenir l'applicabilité des clauses d'arbitrage et plus généralement l'applicabilité des TBI intra-communautaires. Sur ce fondement, les tribunaux arbitraux ont pu se déclarer compétents pour résoudre des litiges liés aux investissements intra-communautaires. L'argumentaire des États défendeurs et de la Commission européenne n'a donc pas réussi à mettre fin à une pluralité théorique de juridictions. À ce propos, n'oublions pas que la réalité de cette pluralité provient de la volonté des investisseurs communautaires d'avoir recours à plusieurs modes de résolution des différends. Notons en ce sens qu'ils préfèrent confier la résolution de leurs différends à l'arbitre.

Paragraphe 2. Les tensions provenant de la compétence des tribunaux arbitraux intra-communautaires

1010. Une fois la compétence des tribunaux arbitraux déclarée, ces derniers doivent accomplir leur mission, à savoir résoudre le différend en prononçant une sentence arbitrale qui pourra être exécutée. Au regard du contexte intra-communautaire, il leur est en outre nécessaire et conseillé de prendre en compte de possibles points de friction consécutifs à la déclaration de leur compétence, afin d'assurer leur bonne intégration au sein du système juridictionnel communautaire.

1011. Ces tensions sont de deux ordres.²⁸¹ Le premier est relatif à la désignation du droit applicable au fond. Les tribunaux arbitraux ont-ils le devoir d'appliquer le droit communautaire pour résoudre un différend lié à un investissement intra-communautaire ? N'oublions pas que les juridictions nationales et *in fine* la Cour de justice peuvent contrôler la bonne application du droit communautaire par les arbitres. Ainsi, si nous avons déjà reconnu qu'il relève du pouvoir des arbitres d'appliquer le droit communautaire, il peut s'agir également d'un devoir (A).

1012. Suite au prononcé des sentences arbitrales et en cas d'incident d'instance, un second point de friction surgit. Il provient de la compétence subsidiaire des juridictions des États membres, plaçant l'action des tribunaux arbitraux sous surveillance communautaire, qu'il s'agisse de l'examen

²⁸⁰ CPA/CNUDCI, *Eureko BV c. République slovaque*, §290.

²⁸¹ M. Burgstaller, « European Law Challenges to Investment Arbitration », *loc.cit.*, p.456 ; H. Wehland, « Intra-EU investment agreements and arbitration... », *loc.cit.*, pp.300-301 ; M. Penadés Fons, « El rol de la Comisión Europea en el arbitraje de inversiones », in C. Esplugues Mota *et al.* (coords), *Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues, Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea*, *op.cit.*, pp.353-373, p.356.

des sentences arbitrales partielles ou finales. La portée concrète de l'examen des juridictions nationales sur le résultat des procédures arbitrales doit alors être analysée **(B)**.

A. Les frictions survenant lors de l'application du droit communautaire par les tribunaux arbitraux

1013. La compétence déclarée des tribunaux arbitraux initie la phase de résolution des différends par le biais de l'application aux faits d'espèce du droit désigné par les parties, au sein duquel nous avons vu que le droit communautaire peut s'immiscer en tant que sous-système de droit international ou que droit interne. Rappelons que les arbitres disposent du pouvoir d'appliquer ce droit. En effet, il a été reconnu que de nombreuses juridictions externes à la Communauté appliquent le droit communautaire et que les arbitres compétents sur le fondement des TBI intra-communautaires peuvent donc être amenés à faire de même.²⁸²

1014. L'éventualité de la surveillance des juridictions nationales incite à poursuivre le raisonnement, en quittant la problématique abstraite de l'applicabilité du droit communautaire pour se diriger vers les modalités de l'application concrète de ce droit par les arbitres. Afin de garantir la meilleure considération possible du droit communautaire, seront examinées la portée du devoir général des arbitres vis-à-vis de l'application du droit communautaire, **(1)** puis la difficulté provenant des diverses conceptions de la notion d'ordre public en droit communautaire et en droit de l'arbitrage **(2)**.

1) Le devoir des tribunaux arbitraux d'appliquer le droit communautaire

1015. L'obligation de respecter la primauté du droit communautaire est en théorie dépourvue d'effet juridique sur les tribunaux arbitraux compétents sur le fondement des TBI. Il convient toutefois de se demander si l'application de ce droit par les arbitres relève non seulement de leur pouvoir, mais aussi de leur devoir. Il s'agit alors d'une nouvelle « épée de Damoclès »²⁸³ pour les arbitres devant trancher un litige relatif à un investissement intra-communautaire. Répondre par l'affirmative à la question, en vertu de l'effet direct du droit communautaire, revient à remédier à l'un des arguments mis en avant par la Commission européenne, à savoir le risque d'atteinte à l'effet

²⁸² CPA/CNUDCI, *Eureka BV c. République slovaque*, §282 et 289.

²⁸³ P. Mayer, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *RCADI*, t.217, 1989, pp.319-454, p.369.

direct et à la primauté de ce droit par les tribunaux arbitraux.

1016. S'interroger sur le devoir d'application du droit communautaire par les arbitres pose la question de l'application d'office de ce droit par les tribunaux arbitraux. Dès lors que la règle communautaire n'est pas invoquée par les parties, l'arbitre doit-il le faire *sua sponte* ? Notons d'emblée que cette problématique est en large partie théorique, car les États membres n'hésitent pas à invoquer le droit communautaire dans le cadre de la résolution de différends liés aux investissements intra-communautaires. Cela étant, le fait que l'arbitre dispose d'une autonomie, afin de déterminer le droit applicable au fond, et que certaines normes communautaires aient une nature impérative invite à penser que l'arbitre doit soulever d'office un moyen tiré du droit communautaire, si aucune des parties n'en fait état, et qu'il relève donc de son devoir d'appliquer le droit communautaire.

1017. Relevons en ce sens que la société *Eureko*, dans l'affaire l'opposant à la République slovaque, a ainsi soutenu qu'en vertu de la clause d'arbitrage du TBI, le tribunal arbitral avait l'obligation d'appliquer le droit communautaire, ce qui était cohérent avec la jurisprudence de la Cour de justice.²⁸⁴ Ont été alors cités les arrêts *Eco Swiss* et *Mostaza Claro* relatifs au contrôle des juges nationaux, saisis de recours en annulation, de l'application faite par l'arbitre de la règle communautaire relevant du droit de la concurrence, pour le premier, et du droit de la consommation, pour le second.²⁸⁵ Pour la société *Eureko*, cette jurisprudence vise l'obligation qu'ont les tribunaux arbitraux d'appliquer le droit communautaire.²⁸⁶

1018. Nuançons cette position, en soulignant que, dans l'affaire *Eco swiss*, la Cour n'a pas précisé si le devoir du juge étatique de soulever d'office la règle communautaire d'ordre public s'appliquait aussi aux tribunaux arbitraux, alors que la question avait été posée par le juge néerlandais.²⁸⁷ Il a toutefois été noté que la Cour l'a implicitement reconnu, en retenant que le juge étatique devait annuler une sentence arbitrale sur le fondement de la violation de l'article 81 TCE posant les règles de concurrence applicables aux entreprises.²⁸⁸ L'apport de l'arrêt *Mostaza Claro* est de préciser qu'une partie n'ayant pas invoqué le droit communautaire devant un tribunal arbitral n'y

²⁸⁴ CPA/CNUDCI, *Eureko BV c. République slovaque*, §146.

²⁸⁵ CJCE, 1er juin 1999, *Eco Swiss China Time ltd*, aff. C-126/97 ; CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05.

²⁸⁶ CPA/CNUDCI, *Eureko BV c. République slovaque*, §146.

²⁸⁷ CJCE, 1er juin 1999, *Eco Swiss China Time ltd*, aff. C-126/97, point 42.

²⁸⁸ C. Jarrosson et L. Idot, « Arbitrage », *loc.cit.*, p.9.

a pas renoncé lors du recours en annulation initié à l'encontre de la sentence arbitrale.²⁸⁹ La référence à cet arrêt rendu en matière de droit de la consommation a été critiquée, car ses spécificités ne permettent guère de servir d'appui à l'étude des rapports entre l'arbitrage et le droit communautaire.²⁹⁰

1019. Retenons alors que la reconnaissance du devoir d'application du droit communautaire par les arbitres, au vu du possible contrôle des juridictions nationales, s'inscrit d'abord dans l'intérêt des tribunaux arbitraux compétents sur le fondement des TBI intra-communautaires, qui doivent délivrer une sentence qui pourra être exécutée.²⁹¹ Elle permet également de s'assurer de la bonne intégration de la voie arbitrale fondée sur cette catégorie de TBI au sein du système juridique communautaire. Une discordance quant à la portée effective de ce devoir est néanmoins à souligner, la République slovaque dans l'affaire *Eureko* ayant contesté l'argument de l'investisseur pour retenir que le tribunal arbitral devrait certes appliquer le droit communautaire mais qu'ils ne disposent pas des outils permettant la mise en oeuvre de ce devoir.²⁹²

1020. En effet, les difficultés techniques relatives à l'exécution de ce devoir en font un défi, puisque les arbitres ne sont pas soumis au contrôle de la Cour de justice.²⁹³ Il convient donc de réfléchir à la manière dont l'arbitre peut respecter au mieux le principe de l'application uniforme du droit communautaire. En cas de doute sur l'interprétation de ce droit et pour garantir son unité, les tribunaux arbitraux devraient avoir accès à la Cour par le biais du renvoi préjudiciel, au-delà du passage par le juge d'appui. Nous verrons comment par la suite. Précisons par avance que la procédure de renvoi préjudiciel a une nature exceptionnelle et qu'interdire aux arbitres de poser une question à la Cour ne remet pas en cause l'uniformité du droit communautaire.

2) Les conceptions distinctes de la notion d'ordre public

1021. Dans le cadre de son application du droit communautaire, l'arbitre doit plus précisément vérifier que les règles d'ordre public de ce droit n'ont pas été contournées par les parties au différend. Ces règles ne sont plus une barrière à l'arbitrabilité des litiges, ce qui explique l'émergence de la voie arbitrale au sein du système juridique communautaire, notamment en droit de

²⁸⁹ CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05, point 39.

²⁹⁰ C. Jarrosson et L. Idot, « Arbitrage », *ibidem*.

²⁹¹ H. Wehland, « Intra-EU investment agreements and arbitration... », *loc.cit.*, p.301.

²⁹² CPA/CNUDCI, *Eureko BV c. République slovaque*, §115.

²⁹³ M. Bursgtaller, « European Law Challenges to Investment Arbitration », *loc.cit.*, p.468.

la concurrence. Devenu « l'un des acteurs de la mise en jeu de l'ordre public », ²⁹⁴ l'arbitre doit trancher les litiges liés à un investissement intra-communautaire à la lumière des dispositions de la notion d'ordre public. Toutefois, cette notion a une nature protéiforme qui a été accentuée par le droit communautaire. Il s'agit d'une difficulté supplémentaire pour les tribunaux arbitraux lors de l'accomplissement de leur mission.

1022. L'ordre public est une notion particulariste dont la visée originelle, celle retenue en droit de l'arbitrage, est de limiter l'autonomie des parties. Tout accord de volonté portant atteinte aux valeurs jugées fondamentales par l'ordre juridique du for doit en ce sens être écarté. ²⁹⁵ Notons que la notion présente une incertitude relative à son contenu. En conséquence, une évolution a pu avoir lieu et la fonction de la notion a pu transiter du respect des valeurs fondamentales à la prévalence de certaines règles impératives. ²⁹⁶ L'action de la Cour de Luxembourg a accentué ce trait, en étant à l'origine de l'apparition d'un « ordre public communautaire contraignant et omniprésent ». ²⁹⁷ Ce dernier a pour mission d'assurer l'effet utile du droit communautaire et la suprématie de ce droit sur les droits internes. ²⁹⁸

1023. En conséquence, « deux mondes d'ordre public » ²⁹⁹ coexistent désormais. Leur juxtaposition devant les tribunaux arbitraux est pour eux une source de tensions. ³⁰⁰ En effet, les deux notions ne se recoupent pas. ³⁰¹ En vertu du droit de l'arbitrage, les arbitres doivent déceler une violation exceptionnelle de l'ordre public par les parties. À l'opposé, la notion vue par le prisme du droit communautaire les oblige à appliquer ce droit lui-même. Cela ne constituerait toutefois pas un obstacle empêchant l'exécution de la mission des arbitres, s'ils choisissent d'opter pour une méthode conciliatrice d'interprétation, leur permettant d'unifier les diverses conceptions de la notion. ³⁰²

1024. Il a été noté qu'une telle « stratégie d'accommodation » a déjà été entreprise par les juges nationaux, confrontés eux-aussi aux diverses conceptions de la notion d'ordre public. ³⁰³ Dans

²⁹⁴ M. Behar-Touchais, « Arbitrage et ordre public européen », *loc.cit.*, p.177.

²⁹⁵ J. Basedow, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp.55-74, p.73.

²⁹⁶ P. Mayer, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », *Rev. arb.*, n°4, 1994, pp.615-652, p.618 et suiv.

²⁹⁷ Y. Guyon, *L'arbitrage*, Paris, Economica, 1995, p.22.

²⁹⁸ G.A. Bermann, « Navigating EU law and the law of international arbitration », *loc.cit.*, p.419 et suiv.

²⁹⁹ *Ibidem*, p.407.

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ *Ibid.*, p.398.

³⁰² *Ibid.*, pp.425-426.

³⁰³ G.A. Bermann, « Table ronde, L'arbitrage international et le droit de l'Union européenne : un dialogue constructif ou

le cadre de l'application de la jurisprudence *Eco Swiss*,³⁰⁴ les juges français ont fait preuve d'un sens du compromis en retenant un contrôle restreint de l'application du droit communautaire par les arbitres.³⁰⁵ Il s'agit de la portée de l'arrêt *Thalès* rendu par la Cour d'appel de Paris.³⁰⁶ Quant à la Cour de cassation, elle a établi dans l'arrêt *Cytec* une distinction entre la violation d'une norme d'ordre public et la violation de l'ordre public lui-même.³⁰⁷ En conséquence, l'une n'emporte pas l'autre, sauf dans le cas où la violation de la norme d'ordre public est flagrante, effective et concrète.³⁰⁸

1025. Reste à noter que l'étendue du contrôle exercé par les juges nationaux n'est pas uniforme au sein des États membres. Les juges belges et néerlandais ont ainsi interprété la décision *Eco Swiss* comme leur permettant de procéder à un contrôle approfondi des sentences arbitrales.³⁰⁹ Ainsi, cette méthode de conciliation des diverses conceptions d'ordre public, fondée sur un contrôle minimal du juge national, sera-t-elle employée par les juridictions saisies en annulation ou en exécution d'une sentence arbitrale rendue sur le fondement d'un TBI intra-communautaire ? Quelle sera alors la portée du contrôle de la conformité à l'ordre public exercé par les juges nationaux ? Le sort des sentences arbitrales peut-il être remis en cause par le droit communautaire ?

B. Les frictions survenant lors du contrôle des sentences arbitrales par les juridictions nationales

1026. En cas d'incident d'instance, une seconde source de frictions consécutive à la compétence des arbitres provient de l'examen des sentences arbitrales par les juges nationaux des États membres, aussi bien celui de l'annulation que celui de l'*exequatur*. Alors même qu'il est du devoir des tribunaux arbitraux d'assurer l'efficacité des sentences arbitrales prononcées, l'exécution de ces dernières se complique en raison de la surveillance des juridictions des États membres. Constatons que les sentences arbitrales CIRDI, bénéficiant d'un sort autonome, ne sont pas *a priori* visées par cet examen.

une collision inévitable ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°5, septembre-octobre 2013, pp.9-19, p.11.

³⁰⁴ Dans la décision *Eco Swiss*, on rappelle que la Cour a dit pour droit que les règles communautaires de concurrence appartiennent à l'ordre public communautaire. Dans le cadre d'un contrôle de conformité d'une sentence arbitrale à l'ordre public, le juge national doit considérer l'ordre public communautaire comme équivalent à l'ordre public interne. Voir CJCE, 1er juin 1999, *Eco Swiss China Time ltd*, aff. C-126/97, points 39 et suiv.

³⁰⁵ G.A. Bermann, in « Table ronde, L'arbitrage international et le droit de l'Union européenne... », *loc.cit.*, p.11.

³⁰⁶ Cour d'appel Paris, 1re chambre, 18 novembre 2004, *SA Thalès Air Défense c. Euromissile*.

³⁰⁷ Cass. 1re civ., 4 juin 2008, *Sté SNF SAS c. Sté Cytec Industries BV*.

³⁰⁸ *Ibidem*.

³⁰⁹ C. Jarrosson et L. Idot, « Arbitrage », *loc.cit.*, p.13 et suiv.

1027. Les juges nationaux vont notamment pouvoir contrôler l'application du droit communautaire par les arbitres et sont susceptibles de procéder, en vertu de divers motifs, à l'annulation ou de refuser l'*exequatur* des sentences arbitrales. Leur position, révélatrice de l'interaction des systèmes, est délicate car aussi bien le principe d'effectivité des règles communautaires que celui de l'autonomie procédurale des États membres doivent être pris en compte. Déterminons alors l'étendue de ce contrôle, pouvant intervenir dans le cadre des demandes d'annulation (1) et d'exécution forcée des sentences arbitrales (2).

1) La portée du contrôle du juge national de l'annulation sur le sort des sentences arbitrales

1028. Intéressons-nous en premier lieu au rôle du juge de l'annulation, à savoir celui du siège de l'arbitrage, et de sa possible interférence sur le sort des sentences arbitrales aussi bien partielles que finales. En fonction des droits procéduraux nationaux et de la nature de la sentence, plusieurs motifs d'annulation peuvent être invoqués. Il s'agit notamment de l'inexistence ou de l'invalidité de la convention d'arbitrage, de la composition irrégulière du tribunal arbitral ou encore de la non-conformité de la sentence arbitrale à l'ordre public. Il a été remarqué qu'il relève de la forte probabilité que les États membres défendeurs initient ce recours,³¹⁰ qui se caractérise par une absence de contrôle au fond et se distingue ainsi de l'appel.

1029. Notons que ce contrôle étatique ne vise pas les sentences arbitrales CIRDI, qui bénéficient d'un recours en annulation dénationalisé relevant de la compétence d'un comité *ad hoc* désigné par le Centre. Il convient par ailleurs de relever que l'incompétence du tribunal arbitral n'est pas un motif d'annulation expressément prévu par l'article 52 §1 de la Convention de Washington, pas plus que la violation d'une règle d'ordre public.³¹¹ Ceci laisse penser que cette catégorie de sentence est protégée des éventuelles demandes étatiques d'annulation dont l'objectif serait d'écartier le recours arbitral fondé sur un TBI intra-communautaire. Les juges nationaux ne sont donc

³¹⁰ M. Penadés Fons, « El rol de la Comisión Europea en el arbitraje de inversiones », *loc.cit.*, p.363, note infra-paginale 37.

³¹¹ Cet article prévoit que « Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire général l'annulation de la sentence pour l'un quelconque des motifs suivants :

- (a) vice dans la constitution du Tribunal ;
- (b) excès de pouvoir manifeste du Tribunal ;
- (c) corruption d'un membre du Tribunal ;
- (d) inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ;
- (e) défaut de motifs. »

compétents que pour statuer sur une demande d'annulation d'une sentence arbitrale prononcée dans le cadre d'un arbitrage *ad hoc* ou placé sous l'égide d'une institution d'arbitrage commercial.³¹²

1030. Cela étant, plusieurs États membres, dont la République slovaque et la République tchèque, ont initié un recours en annulation à l'encontre de sentences arbitrales partielles, en invoquant devant le juge national notamment que les tribunaux arbitraux n'étaient pas compétents pour statuer sur un litige relatif à un investissement intra-communautaire. Ceci s'inscrit au sein d'une dynamique générale d'augmentation des recours de ce type à propos des sentences sur la compétence des arbitres.³¹³ La saisine du juge national suggère que la Cour de Luxembourg peut être amenée, par le biais d'une question préjudicielle, à se prononcer sur la validité de l'arbitrage fondé sur les TBI intra-communautaires au sein du système juridique communautaire.

1031. Les juges nationaux, en rejetant les demandes des États défendeurs, ont confirmé l'existence et la validité des clauses d'arbitrage et la compétence des arbitres. Ainsi, le juge allemand, saisi par la République slovaque dans l'affaire *Eureko*, a réfuté l'ensemble des arguments de la Commission européenne visant l'inapplicabilité des clauses d'arbitrage.³¹⁴ Il a été estimé que la prévalence du droit communautaire sur le recours à l'arbitrage mixte s'opposait aux attentes légitimes des investisseurs.³¹⁵ Dans l'affaire *Binder*, si le juge tchèque a dans un premier temps annulé la sentence arbitrale partielle en raison de la nationalité et de la résidence de l'investisseur, le juge saisi en appel a retenu la validité des TBI intra-communautaires.³¹⁶

1032. Autre possible motif d'annulation, la violation de l'ordre public pourrait être invoquée à l'encontre d'une sentence arbitrale finale dont le contenu méconnaîtrait une règle communautaire pourtant applicable à la situation. On sait que depuis la décision *Eco Swiss*, le juge saisi d'une demande d'annulation d'une sentence arbitrale contraire à l'article 81 TCE doit appliquer le droit communautaire de la concurrence, en faisant droit à cette demande sur le fondement de la violation de l'ordre public interne.³¹⁷ Il est en outre probable que cette jurisprudence s'applique également à d'autres dispositions du droit communautaire d'effet direct.³¹⁸

³¹² H. Wehland, « Intra-EU investment agreements and arbitration... », *loc.cit.*, p.308.

³¹³ A. Pinna, « L'annulation d'une sentence arbitrale partielle », *Rev. arb.*, n°4, 2008, pp.615-640.

³¹⁴ S. Balthasar, « Investment arbitration under intra-EU BITs: Recent developments in *Eureko v. Slovakia* », *Kluwer Arbitration Blog*, 28 August 2012.

³¹⁵ *Ibidem*.

³¹⁶ V. Balaš, « Comment on award on jurisdiction in the *Binder* case appealed at Czech courts », *CYIL*, vol.2, 2011, pp.269-286.

³¹⁷ CJCE, 1er juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd*, aff. C-126/97, point 41.

³¹⁸ M. Burgstaller, « European Law Challenges to Investment Arbitration », *loc.cit.*, p.473 ; L. Bernardeau, « Sur les

1033. Si les juges nationaux semblent alors disposer d'une importante marge de manoeuvre en vertu de la conception communautaire de l'ordre public telle qu'exprimée dans la décision *Eco Swiss*, rappelons que l'examen de la violation du droit communautaire par les arbitres ne doit pas réintroduire une révision au fond de la sentence.³¹⁹ Il n'empêche qu'il est pensé à juste titre que la *lex arbitri* devrait imposer au juge de faire primer, dans le cas opportun, le respect de l'ordre public communautaire sur la validité des sentences arbitrales.³²⁰

2) La portée du contrôle du juge national de l'*exequatur* sur les sentences arbitrales

1034. En cas de refus d'exécution d'une sentence arbitrale finale par l'État membre condamné au paiement d'une indemnité de compensation, l'investisseur va souhaiter obtenir l'exécution forcée de la sentence en saisissant le juge de l'*exequatur*. Il s'agit du juge national du ou des lieux d'exécution de la sentence arbitrale. On rappelle en ce sens que l'exécution forcée à vocation à se dérouler sur n'importe quel territoire où sont situés des actifs de la partie défenderesse condamnée et que le juge de l'*exequatur* n'est donc pas nécessairement le juge du siège de l'arbitrage. Le droit communautaire va-t-il pouvoir remettre en cause l'exécution forcée des sentences arbitrales finales prononcées sur la base des TBI intra-communautaires ?

1035. S'agissant des sentences arbitrales finales prononcées hors du cadre du CIRDI, leur exécution est régie par la Convention de New York. La problématique liée aux diverses conceptions de la notion d'ordre public se pose également, puisque les juges nationaux des États pourraient refuser l'exécution forcée d'une sentence arbitrale finale réputée être incompatible avec le droit communautaire, sur le fondement de l'exception d'ordre public telle qu'analysée par le prisme communautaire.³²¹ Rappelons qu'en vertu de la jurisprudence *Eco swiss*, les juges nationaux garantissent le respect de l'ordre public communautaire et que cette tâche s'applique en théorie à l'ensemble des dispositions fondamentales nécessaires à la mise en oeuvre des missions de la Communauté.³²² En cas de doute sur la bonne application du droit communautaire par les arbitres, le juge de l'*exequatur* devrait pouvoir saisir la Cour en renvoi préjudiciel.³²³

relations entre le droit communautaire et l'arbitrage », *loc.cit.*, p.339.

³¹⁹ C. Jarrosson et L. Idot, « Arbitrage », *loc.cit.*, p.13.

³²⁰ H. Wehland, « Intra-EU investment agreements and arbitration... », *loc.cit.*, p.308.

³²¹ Voir l'article V §2 b) de la Convention de New York.

³²² CJCE, 1er juin 1999, *Eco Swiss China Time ltd*, aff. C-126/97, point 36.

³²³ Voir M. Penadés Fons, « El rol de la Comisión Europea en el arbitraje de inversiones », *loc.cit.*, p.364, note infra-paginale 39 ; M. Burgstaller, « European Law Challenges to Investment Arbitration », *loc.cit.*, p.472.

1036. Quant aux sentences arbitrales finales CIRDI, en principe elles doivent être reconnues et exécutées sans *exequatur* par le juge national d'un État partie, en vertu des articles 53 §1 et 54 §1 de la Convention de Washington. Ceci signifie que le droit communautaire n'a pas vocation à déterminer la reconnaissance et l'exécution d'une sentence et que l'exception d'ordre public n'est pas un fondement pour refuser son exécution forcée.³²⁴ Ce constat a néanmoins été amplement nuancé. Des auteurs ont d'abord souligné que l'exécution des sentences CIRDI souffrait de certaines limites.³²⁵ En l'espèce, il est probable que les juges nationaux étudient la conformité de ces sentences au droit communautaire.³²⁶ Ils peuvent s'appuyer pour cela sur l'article 54 §3 de la Convention de Washington, précisant que « *L'exécution est régie par la législation concernant l'exécution des jugements en vigueur dans l'État sur le territoire duquel on cherche à y procéder* ».

1037. En conséquence, les juges nationaux peuvent être incités à se fonder sur le droit communautaire, qui nous le répétons prévaut sur les droits nationaux, et ainsi refuser l'exécution de certaines sentences CIRDI.³²⁷ Un auteur soutient alors que les juges seront plus enclins à faire prévaloir le droit de l'intégration sur l'exécution des sentences arbitrales CIRDI.³²⁸ L'incertitude quant aux possibilités d'exécution vise donc l'ensemble des sentences arbitrales, dont celles prononcées sous l'égide du CIRDI. Rappelons qu'en règle générale les sentences arbitrales ont vocation à être exécutée spontanément.

1038. La sentence arbitrale finale CIRDI, rendue dans le cadre de l'affaire *Micula*, illustre le propos. La Roumanie et la Commission européenne ont soutenu qu'une sentence arbitrale condamnant au paiement d'une indemnité de compensation ne serait pas exécutée, étant constitutive d'une aide d'État illégale en vertu du droit de la concurrence.³²⁹ La Commission européenne a précisé qu'un juge national devant statuer sur une demande d'exécution forcée devrait surseoir à statuer, afin que la Cour de justice se prononce sur l'applicabilité de l'article 54 de la Convention de Washington.³³⁰ Il a aussi été vu que cette convention n'avait pas d'effet contraignant sur la

³²⁴ À noter qu'en cas de recours au mécanisme additionnel du CIRDI, peut s'appliquer le contrôle des juridictions nationales comme pour une sentence arbitrale non CIRDI. Voir J.A. Vives Chillida, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones*, op.cit., p.239.

³²⁵ E. Baldwin, M. Kantor & M. Nolan, « Limits to enforcement of ICSID awards », *Journal of international arbitration*, vol.23, n°1, 2006, pp.1-24.

³²⁶ M. Burgstaller, « European Law Challenges to Investment Arbitration », loc.cit., p.474.

³²⁷ H. Wehland, « Intra-EU investment agreements and arbitration... », loc.cit., p.308.

³²⁸ M. Burgstaller, « European Law Challenges to Investment Arbitration », *ibidem*.

³²⁹ CIRDI, *Ioan Micula, Viorel Micula et autres c. Roumanie*, sentence arbitrale finale N°ARB/05/20, 11 décembre 2013, §330.

³³⁰ *Ibidem*, §336.

Communauté et qu'elle ne faisait pas partie de l'ordre juridique communautaire.³³¹

1039. Le tribunal arbitral a rejeté l'ensemble de ces menaces, considérant d'abord qu'il n'était pas souhaitable de prédire l'attitude des parties après le prononcé de la sentence.³³² De même, il a été jugé inopportun de fonder la décision sur des problématiques de droit communautaire pouvant surgir une fois la sentence arbitrale prononcée. La question des difficultés d'exécution de la sentence n'a donc pas été abordée par le tribunal arbitral.³³³ Pour ce dernier, l'exécution de la sentence est garantie en vertu des articles 53 et 54 de la Convention de Washington.³³⁴ Comme l'a reconnu la Commission européenne, un conflit entre le TBI, la Convention de Washington et le droit communautaire peut être évité, en interprétant le TBI d'une façon contextuelle ou en ayant recours à l'article 30 §3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, prévoyant l'application conditionnée du TBI.³³⁵

1040. Suite à la condamnation de la Roumanie, la Commission européenne a fait suspendre le 26 mai 2014 l'exécution de la sentence arbitrale rendue sur le fondement de l'accord conclu entre la Suède et la Roumanie.³³⁶ Les frères *Micula* ont en conséquence demandé l'annulation de la décision de la Commission le 2 septembre 2014, en invoquant le respect du droit international qui s'impose à la Roumanie et qui prime sur le droit de l'Union, mais aussi l'erreur manifeste de droit.³³⁷ Il revient donc à la Cour de dire pour droit si l'exécution de la sentence arbitrale équivaut à une aide d'État illégale. Sa décision reste attendue.

1041. En somme, il est avéré que cette pluralité juridictionnelle est vectrice de plusieurs points de frictions. Malgré les effets bénéfiques de la participation des *amici curiae*,³³⁸ il existe un risque de remise en cause du principe *in favorem validitatis sententiae*. Les tensions apparaissent concentrées lors du possible examen des juridictions nationales, pouvant faire perdre au recours arbitral son efficacité et mettre les tribunaux arbitres en porte-à-faux au regard de leur devoir de prononcer une sentence arbitrale exécutable. Au vu de la compétence subsidiaire du juge communautaire, du caractère globalement latent des tensions et des possibles remèdes à mettre en

³³¹ CIRDI, *Ioan Micula, Viorel Micula et autres c. Roumanie*, sentence arbitrale finale N°ARB/05/20, 11 décembre 2013, §336.

³³² *Ibid.*, §340.

³³³ *Ibid.*

³³⁴ *Ibid.*, §341.

³³⁵ *Ibid.*, §336.

³³⁶ Voir la décision C(2014) 3192 final du 26 mai 2014, adoptée dans l'affaire d'aide d'État S.A. 38517 (2014/NN).

³³⁷ TPI, 2 septembre 2014, *Ion Micula e.a. c/ Commission*, aff. T-646/14.

³³⁸ S. Menétrey, « La participation "amicale" de la Commission européenne dans les arbitrages... », *loc.cit.*, p.1152.

place, nous pensons qu'il n'y a pas lieu de retenir la qualification de conflit de juridictions.

Section 2. Résolution de la pluralité juridictionnelle

1042. Envisager la résolution d'une pluralité de juridictions implique de réfléchir à la méthodologie à appliquer. Celle-ci dépend de la façon dont la diversité est conçue par les acteurs en présence. La compétence des tribunaux arbitraux juxtapose la voie arbitrale mixte au système juridictionnel communautaire, ce qui est en théorie une source de parallélisme de procédures. Une telle situation peut constituer *in fine* un conflit de juridictions,³³⁹ qui est resté jusqu'à présent latent en raison de la volonté des investisseurs intra-communautaires.³⁴⁰ Schématiquement, cette juxtaposition juridictionnelle peut entraîner des rapports conflictuels ou consensuels parmi les juges en présence.

1043. L'approche conflictuelle a été initiée par la Commission européenne et pourrait être suivie par la Cour de justice. En vertu de cette optique, il convient de mettre fin à la pluralité juridictionnelle en raison d'un désordre procédural et des risques d'incompatibilités qui en découlent, pour faire prévaloir le monopole de la Cour et protéger l'uniformité du droit communautaire. À l'opposé, la majorité des tribunaux arbitraux a opté pour une approche plus conciliante, en faisant valoir l'autonomie du recours à la voie arbitrale mixte vis-à-vis du contexte communautaire. Ce postulat ne doit toutefois pas faire obstacle à l'instauration d'un dialogue entre les tribunaux arbitraux et le juge communautaire.

1044. Comme cela a été le cas lors de la tentative de résolution de la superposition normative, les deux conceptions de la pluralité appliquées en matière juridictionnelle seront étudiées. L'on verra tout d'abord que les États membres et la Commission européenne se sont appuyés sur une méthode classique de résolution de la pluralité, visant l'exclusion de la compétence des arbitres par le biais d'un raisonnement hiérarchique (**Paragraphe 1**). La majorité des tribunaux arbitraux ont opté pour une méthode plus ambitieuse, en raison de sa souplesse et de la combinaison qu'elle autorise, permettant la coordination des tribunaux arbitraux avec *in fine* la Cour de justice (**Paragraphe 2**).

³³⁹ Le phénomène conflictuel est décrit comme le résultat de la double saisine, par l'investisseur, de juridictions devant statuer au fond, parmi lesquelles au moins l'une d'elles est un tribunal arbitral. Voir P.-Y. Tschanz, « Arbitrage et procédures parallèles », in A. Bonomi et D. Bochatay (dirs), *Arbitrage interne et international*, Actes du colloque de Lausanne du 2 octobre 2009, Genève, Droz SA, 2010, pp.35-51, p.35 ; E. Fernández Masiá, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*, *op.cit.*, p.130.

³⁴⁰ Voir S. Menétrey, « La participation "amicale" de la Commission européenne dans les arbitrages... », *loc.cit.*, p.1153.

Paragraphe 1. Résolution de la pluralité juridictionnelle selon une méthode hiérarchique

1045. Utilisée par la Commission européenne et les États membres en position défenderesse, la méthode hiérarchique de résolution de la pluralité de juridictions conçoit cette dernière comme un danger pour l'unité de l'ordre juridique communautaire auquel il convient de mettre fin. Cette conception verticale de la résolution de la pluralité est soutenue par une considération abstraite des risques de parallélisme de procédures,³⁴¹ mais aussi des rares cas pouvant relever d'un désordre procédural.³⁴² À cela s'ajoutent les difficultés de dialogue interjuridictionnel, laissant penser que l'idée d'une collaboration entre l'arbitre et la Cour de justice est à exclure.

1046. Pour tenter d'écarter la compétence des tribunaux arbitraux, au-delà des arguments visant l'inapplicabilité des TBI intra-communautaires, le droit communautaire a été spécifiquement invoqué en ce sens et s'est révélé inefficace (A). Quel serait alors l'effet des principes de droit processuel visant la gestion d'une concurrence de procédures contentieuses pouvant aboutir au prononcé de décisions contradictoires, appliqués à la résolution d'une pluralité de juridictions désirée être au bénéfice du juge communautaire ? (B)

A. Aptitude du droit communautaire à écarter la compétence des tribunaux arbitraux

1047. Lorsque l'on réfléchit au discours de la Commission européenne en tant qu'*amicus curiae*, il est plus aisé de comprendre son attitude lorsqu'il est fait état du peu de moyens effectifs dont elle dispose pour écarter la compétence des arbitres. Alors que, s'agissant des TBI extra-communautaires, l'article 307 TCE a pu servir de fondement à l'action de la Commission européenne, en l'espèce les lacunes du droit communautaire primaire doivent être constatées.

1048. Se pose en premier lieu la question de la portée de l'article 292 TCE, tel qu'interprété par la jurisprudence *Mox*. Peut-il être raisonnablement soutenu, comme l'ont fait la Commission européenne et les États membres défendeurs, que le monopole juridictionnel de la Cour de justice s'applique au cas de l'arbitrage mixte et écarte ainsi la compétence des arbitres ? (a) Quel serait par

³⁴¹ Il a été remarqué qu'une concurrence de procédures est possible. Voir A. Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, *op.cit.*, p.61 ; T. Eilmansberger, « Bilateral investment treaties and EU law », *loc.cit.*, p.406.

³⁴² L'affaire *Eureko c. République slovaque* est révélatrice, car l'investisseur s'adressa d'abord à la Commission européenne afin d'initier en recours en manquement, puis que celle-ci lui conseilla d'avoir recours à un tribunal arbitral. CPA/CNUDCI, *Eureko BV c. République slovaque*, §55 et suiv.

la suite l'effet d'une éventuelle décision de la Cour, statuant sur validité des TBI intra-communautaires au sein de l'ordre juridique communautaire, quant au sort de l'arbitrage fondé sur cette catégorie de TBI ? (b)

1) Application de l'article 292 TCE et de la jurisprudence *Mox*

1049. Nous avons déjà souligné qu'en vertu de l'article 292 TCE, la Cour dispose d'une compétence exclusive s'agissant de la résolution des différends entre États membres et relatifs à l'interprétation ou à l'application du Traité CE. Rappelons que l'article 292 TCE dispose que « *Les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du présent traité à un mode de règlement autre que ceux prévus par celui-ci* ». L'affaire *Mox* a permis de réaffirmer le monopole juridictionnel de la Cour de Luxembourg, puisque celle-ci a dit pour droit que le recours à un tribunal arbitral, afin de résoudre un différend opposant deux États membres et soulevant des questions de droit communautaire, est interdit.³⁴³ La Commission européenne, dans l'affaire *Eureko*, a ainsi tenté de convaincre les arbitres que la portée de cet arrêt s'appliquait *mutatis mutandis* au cas du recours à l'arbitrage fondé sur les TBI intra-communautaires.³⁴⁴

1050. Nous avons déjà vu que le tribunal arbitral a rejeté cette exception d'incompétence, en retenant que la portée de la jurisprudence *Mox* n'était pas applicable au cas de l'arbitrage investisseur-État. Pour les arbitres, rien ne laisse penser que les litiges mixtes doivent être présentés à la Cour et que leur résolution relève de la compétence de la Cour.³⁴⁵ En conséquence, l'argument selon lequel la clause d'arbitrage du TBI est incompatible avec le droit communautaire n'est pas convaincant,³⁴⁶ d'où la compétence déclarée des arbitres désignés. Développons désormais le point de vue du tribunal arbitral et les éléments qui lui ont permis de retenir que l'article 292 TCE n'est pas un obstacle à sa compétence.

1051. Pose alors problème la question de la portée de l'article 292 TCE, dont la rédaction ne fait pas référence au cas de l'arbitrage investisseur-État. Ce qui est certain, au-delà du fait que l'article vise les litiges interétatiques, c'est qu'il ne s'applique pas aux litiges opposant des individus

³⁴³ CJCE, 30 mai 2006, *Commission c/ Irlande*, aff. C-459/03, points 121 et suiv.

³⁴⁴ CPA/CNUDCI, *Eureko BV c. République slovaque*, §178.

³⁴⁵ *Ibidem*, §276.

³⁴⁶ *Ibid.*, §277.

dans le domaine des brevets, comme l'a reconnu l'avis 1/09.³⁴⁷ Faut-il alors en rester à une interprétation *ad litteram*, pour affirmer que cette disposition ne vise que les litiges interétatiques ? Affirmons qu'il est loisible de douter de la réponse qu'il convient d'apporter à la question. Retenons toutefois qu'en vertu de cette méthode d'interprétation, l'article 292 TCE ne fait pas obstacle à ce qu'un investisseur initie un arbitrage à l'encontre d'un État membre sur le fondement d'un TBI intra-communautaire.

1052. Quant à la portée de la décision *Mox* d'abord en elle-même, notons d'emblée qu'elle doit être considérée avec la plus grande précaution.³⁴⁸ Elle a en effet été l'objet de virulentes critiques doctrinales, notamment s'agissant de l'attitude de la Cour tendant à se rapprocher de celle d'une cour fédérale.³⁴⁹ Il a été noté que la Cour a pris soin d'aller au-delà du simple rappel de la signification de l'article 292 TCE. Il serait ainsi interdit à une juridiction internationale d'appliquer le droit communautaire, en raison d'un risque d'atteinte à l'autonomie du système juridique communautaire.³⁵⁰ En ayant affirmé son monopole, la Cour de Luxembourg a révélé la conception hiérarchique de la méthode de résolution de la pluralité juridictionnelle qu'il conviendrait alors d'appliquer au cas de l'arbitrage fondé sur les TBI intra-communautaires.

1053. La doctrine ne le pense pas. En ce sens, de nombreux points différencient l'affaire *Mox* de notre sujet d'étude. Rappelons que, dans cette affaire, l'arbitrage était de droit international public et que le différend était en matière environnementale. Il portait sur l'interprétation de deux directives communautaires.³⁵¹ Le recours à l'arbitrage était prévu par un accord mixte comportant, en vertu du devoir de coopération loyale, des obligations spécifiques des États membres envers la Cour.³⁵² Or, en l'espèce les TBI intra-communautaires ne sont pas des accords mixtes et ils n'appartiennent pas à l'ordre juridique communautaire.³⁵³ Les tribunaux arbitraux compétents sur le fondement de ces TBI n'ont pas pour première mission d'interpréter le droit communautaire.³⁵⁴

1054. En conséquence, il convient, de concert avec les tribunaux arbitraux, le juge allemand

³⁴⁷ En effet, la création de la juridiction des brevets n'a pas été refusée sur le fondement de l'article 292 TCE, mais en vertu du fait qu'une juridiction de la sorte aurait privé le juge national de la réalisation de sa mission. Voir CJCE, 8 mars 2011, avis 1/09, points 63 et 89.

³⁴⁸ S. Robert-Cuendet, « Les investissements intra-communautaires entre le droit communautaire et... », *loc.cit.*, p.888.

³⁴⁹ H. Ruiz-Fabri, « L'affaire de l'usine Mox », *loc.cit.*, p.104.

³⁵⁰ CJCE, 30 mai 2006, *Commission c/ Irlande*, aff. C-459/03, point 154.

³⁵¹ *Ibidem*, points 26-27.

³⁵² *Ibid.*, point 175 et suiv.

³⁵³ I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, « Los APPRI en la Unión Europea post-Lisboa », *loc.cit.*, p.788.

³⁵⁴ H. Wehland, « Intra-EU investment agreements and arbitration... », *loc.cit.*, p.318.

et l'opinion de nombreux auteurs,³⁵⁵ d'affirmer que l'article 292 TCE et la jurisprudence *Mox* ne sont pas applicables au cas de l'arbitrage mixte fondé sur les TBI intra-communautaires. Toute analyse considérant que le monopole juridictionnel de la Cour implique une interdiction faite par le droit communautaire d'avoir recours à l'arbitrage mixte serait alors inopportune.³⁵⁶ Qu'en est-il alors d'une future décision de la Cour visant spécifiquement notre sujet d'étude ?

2) Effets d'une décision de la Cour de justice quant au sort de l'arbitrage fondé sur les TBI intra-communautaires

1055. Nous l'avons vu, suite à l'initiation de recours en manquement par la Commission européenne le 8 juin 2015, la Cour de Luxembourg devrait se prononcer sur la compatibilité des TBI intra-communautaires et plus particulièrement de leurs clauses d'arbitrage avec le système communautaire. Les effets d'une telle décision sur la possibilité actuelle qu'ont les investisseurs communautaires de poursuivre un État membre sur le fondement de ces TBI doivent être envisagés. Un arrêt de la Cour pourrait-il ainsi faire obstacle à ce que de futurs arbitres désignés puissent se déclarer compétents ?

1056. Il a déjà été constaté qu'il est probable que la Cour retienne l'incompatibilité de ces TBI avec le droit communautaire, pouvant aboutir à priver en théorie les arbitres du fondement de leur compétence, puisque la Cour pourrait exiger qu'*in fine* ces accords soient dénoncés. Pourtant, la majorité des États membres ont exprimé leur volonté de conserver ces accords. Les clauses de survie que ces derniers contiennent et le principe de compétence-compétence dont disposent les arbitres nous font retenir quoi qu'il en soit qu'une décision de la Cour ne prive pas les arbitres de leur aptitude à se déclarer compétents et à accomplir leur mission.

1057. Une décision de la Cour aurait surtout vocation à s'appliquer une fois la mission des arbitres accomplie, à savoir durant l'éventuel contrôle des sentences arbitrales effectué par les juges nationaux. Rappelons qu'une décision rendue sur renvoi préjudiciel lie la juridiction nationale qui

³⁵⁵ Soulignons à nouveau que le juge allemand, saisi en annulation dans l'affaire *Eureko*, a affirmé que l'article 292 TCE ne s'appliquait pas à l'arbitrage mixte fondé sur les TBI intra-communautaires. Voir S. Balthasar, « Investment arbitration under intra-EU BITs: Recent developments in *Eureko v. Slovakia* », *loc.cit.*

³⁵⁶ C. Kessedjian, « L'arbitrage comme mode de règlement des différends... », *loc.cit.*, p.117 ; C. Söderlund, « Intra-EU BIT investment protection and the EC treaty », *loc.cit.*, p.458 ; T. Eilmansberger, « Bilateral investment treaties and EU law », *loc.cit.*, pp.403-404 ; S. Robert-Cuendet, « Les investissements intra-communautaires entre le droit communautaire et... », *loc.cit.*, p.888 ; H. Wehland, « Intra-EU investment agreements and arbitration... », *loc.cit.*, p.318.

est à l'initiative du renvoi,³⁵⁷ mais aussi que les juges des autres États membres sont tenus de respecter l'interprétation de la Cour. Alors que, durant leur examen des sentences arbitrales, il a été noté que les juges nationaux sont aptes à concilier les exigences du droit communautaire avec celles du droit des investissements internationaux, une décision de la Cour pourrait aboutir non plus à une stratégie d'accommodation mais à la prévalence automatique du système communautaire. Il y aurait alors un risque accru que les sentences arbitrales soient annulées ou non exécutées par les juges nationaux.

1058. Relativisons néanmoins le propos, en observant que ce risque est avant tout réduit. En effet, pour que la Cour se prononce, encore faut-il qu'un juge national soit saisi d'une demande d'annulation ou d'exécution forcée et qu'il procède au renvoi. Or, le juge communautaire n'a vocation à intervenir que lors d'un incident d'instance et *a priori* pour des sentences qui n'ont pas été prononcées sous l'égide du CIRDI. Il faut aussi que le siège de l'arbitrage soit situé sur le territoire d'un État membre et que le lieu d'exécution de la sentence arbitrale ne soit pas hors de la Communauté. Le juge national peut en outre ne pas être enclin à saisir la Cour. Cela est le cas du juge allemand qui, dans l'affaire *Eureka c. République slovaque*, semble vouloir retarder voire empêcher la saisine de la Cour.³⁵⁸

1059. Il a également été observé que la Cour a déjà établi une stratégie d'accommodation à propos du motif tiré de la violation de l'ordre public, dans le cadre de l'affaire *Renault c. Maxicar*.³⁵⁹ Alors que le juge italien refusait d'exécuter un jugement français sur le motif de la violation de l'ordre public, la Cour a soutenu que le recours à la clause d'ordre public n'était envisageable que dans la l'hypothèse où la « *décision rendue dans un autre État contractant heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'État requis* ». ³⁶⁰ Cette jurisprudence permet de suggérer que la Cour pourrait accepter que les juges nationaux saisis procèdent à une conciliation, en ne retenant la violation d'une norme d'ordre public européen que lorsque celle-ci est manifeste, pour garantir ainsi le sort des sentences arbitrales.

³⁵⁷ CJCE, 3 février 1977, *Benedetti c/ Munari*, aff. 52/76, point 26.

³⁵⁸ Suite au prononcé de la sentence arbitrale partielle, la République slovaque a initié un recours en annulation devant le juge allemand. La Cour de Francfort a rejeté la demande d'annulation et n'a pas saisi la Cour de justice en renvoi préjudiciel. Par la suite, la Cour fédérale allemande, saisie en appel et qui aurait pu devoir saisir la Cour de justice, a jugé dans le cadre d'une décision procédurale que la demande relative au sort de la sentence partielle était irrecevable, parce que pendant ce temps le tribunal arbitral avait prononcé une sentence arbitrale finale. Voir K. Karadelis, « German court delays ruling on intra-UE BITs », *Global Arbitration Review*, 21 October 2013.

³⁵⁹ CJCE, 11 mai 2000, *Renault c/ Maxicar*, aff. C-38/98

³⁶⁰ *Ibidem*, point 30.

1060. La Cour n'a de toute façon guère intérêt à aboutir à une conflictualité patente des systèmes, car toute décision en ce sens entraînerait la délocalisation du contentieux arbitral hors du territoire communautaire, afin de l'écartier d'un possible contrôle des juges des États membres.³⁶¹ Nous avons en ce sens noté que même si le siège de l'arbitrage est situé sur le territoire d'un État membre, le juge du siège n'est pas le seul à pouvoir intervenir et un juge externe à la Communauté peut être compétent subsidiairement s'agissant de la demande d'exécution. Or, pour les juges des pays tiers à la Communauté, toute sanction d'une méconnaissance du droit communautaire par les tribunaux arbitraux est exclue.

1061. Pour conclure, un faisceau d'éléments suggère qu'une éventuelle décision de la Cour ne sera que de faible portée. Ainsi, l'on retiendra qu'en droit communautaire, tant les États membres défendeurs que les instances communautaires « n'ont pas le moyen juridique d'empêcher le déroulement d'un arbitrage d'investissement entre un État membre défendeur et un investisseur ». ³⁶² Partant, en cas de parallélisme de procédures, les principes de droit processuel permettent-ils d'écartier la compétence des tribunaux arbitraux ou d'interrompre l'accomplissement de la mission des arbitres qui ont pu se déclarer compétents ?

B. L'insuffisance des principes de droit processuel pour écartier la compétence des tribunaux arbitraux

1062. Même s'il n'existe qu'un risque minime de concurrence de procédures, il convient d'envisager la résolution d'une éventuelle duplication procédurale, par le biais du recours à certains principes judiciaires. Le droit communautaire ne pouvant entraîner l'incompétence des tribunaux arbitraux, notons que ces principes visent d'abord à coordonner l'exercice des fonctions de juges indépendants et à assurer la cohérence des décisions. Il convient désormais d'analyser en quoi ils pourraient également conduire à écartier la compétence ou à limiter l'accomplissement de la mission des arbitres.

1063. Bien que les divers acteurs en présence ne s'y soient guère référés, les effets des principes processuels communs aux divers droits internationaux privés, (1) puis ceux appartenant

³⁶¹ S. Robert-Cuendet, « Les investissements intra-communautaires entre le droit communautaire et... », *loc.cit.*, p.889 ; E. Teynier, « L'applicabilité des traités bilatéraux sur les investissements entre États membres de l'Union européenne », *loc.cit.*, p.696 ; L. Bernardeau, « Sur les relations entre le droit communautaire et l'arbitrage », *loc.cit.*, p.345.

³⁶² J. Dutheil de la Rochère, « Quel rôle pour la Cour de Justice ? », *loc.cit.*, p.45.

aux droits de *common law* seront interrogés, (2) dans l'optique de gérer une superposition des compétences judiciaires et possiblement d'écarter la compétence des tribunaux arbitraux ou d'interrompre l'accomplissement de leur mission. Nous verrons que leur portée n'est pas satisfaisante.

1) L'usage des principes communs aux divers droits internationaux privés

1064. Voyons tout d'abord les effets de *res judicata* et de *lis alibi pendens*. Avant de s'appliquer à un cas de concurrence de procédures, ils supposent que soit satisfaite la triple condition de l'identité de parties, de cause et d'objet.³⁶³ La réclamation doit en outre être portée devant plusieurs juridictions intervenant en matière internationale.³⁶⁴ De prime abord, notons la faiblesse de ces principes, dont la portée est relative. En effet, la satisfaction de ces critères est sujette à diverses interprétations,³⁶⁵ ce qui rend aisé pour une juridiction de considérer qu'elle statue sur une réclamation distincte, lui permettant par-là de conserver l'autonomie de son instance.

1065. *Res judicata* vise le cas d'une concurrence procédurale entre une instance arbitrale et une décision antérieure. Il s'agit d'un principe d'application restreinte et dont la finalité est double.³⁶⁶ Il permet, par un effet *ultra partes*, d'empêcher une demande similaire d'être à nouveau jugée, une fois que le premier juge saisi a statué sur les premières procédures.³⁶⁷ Si en théorie une décision antérieure peut entraîner l'incompétence du tribunal arbitral saisi postérieurement, le principe du jugement définitif ne permet pas en l'espèce d'éventuellement écarter la compétence des tribunaux arbitraux, puisqu'il ne s'impose pas à ces derniers en considérant que l'objet de la demande n'est pas similaire.

1066. Le critère de la similarité de la demande est à vrai dire aussi problématique que le critère de la même matière de l'article 59 précité de la Convention de Vienne sur le droit des traités.³⁶⁸ Cependant, la compétence des tribunaux arbitraux est ainsi protégée en cas de saisine

³⁶³ S'agissant des réclamations ne présentant pas la satisfaction de ces trois critères de similarité, nous serions face à des demandes connexes, qui pourraient se voir résoudre par la méthode de la consolidation. Voir P.-Y. Tschanz, « Arbitrage et procédures parallèles », *loc.cit.*, p.50.

³⁶⁴ K. Yannaca-Small, « Parallel proceedings », in P. Muchlinski *et al.* (eds), *Oxford handbook of international investment law*, *op.cit.*, pp.1008-1048, p.1017.

³⁶⁵ *Ibidem*, p.1013 et suiv.

³⁶⁶ P. Mayer, « Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international », in *Liber Amicorum Claude Reymond - Autour de l'arbitrage*, Paris, Litec, 2004, pp.185-203, p.195.

³⁶⁷ K. Yannaca-Small, « Parallel proceedings », *loc.cit.*, p.1013.

³⁶⁸ CPA/CNUDCI, *Eureko BV c. République slovaque*, §258.

antérieure d'un juge national, mais aussi en cas de procédure initiée par la Commission européenne, comme cela a été le cas dans l'affaire *AES Summit*. Les arbitres ont affirmé que la demande sur laquelle ils devaient statuer n'était pas similaire.³⁶⁹

1067. *Lis alibi pendens* est relatif à un cas de concurrence entre une instance arbitrale et une autre procédure en cours. Il s'agit d'une exception rare.³⁷⁰ Au cas où une même réclamation serait pendante devant un tribunal arbitral et le système juridictionnel communautaire, la juridiction dernièrement saisie devrait suspendre l'instance tant que la première n'a pas statué, en vertu de la règle de la priorité qui prévaut dans le système de droit romano-germanique.³⁷¹ D'une nature controversée, les effets de l'exception de litispendance le sont tout autant. Constatons que de toute façon celle-ci ne met pas un terme à la duplication procédurale, puisque les arbitres ont la possibilité de considérer que la demande sur laquelle ils doivent statuer est distincte.

1068. Puisque le recours à ces principes judiciaires est soumis à conditions, les tribunaux arbitraux restent compétents et peuvent poursuivre l'accomplissement de leur mission, en estimant que le litige sur lequel ils statuent est spécifique. Ce point de vue les libère d'une certaine obligation de coopération avec le système juridictionnel communautaire.

2) Le recours aux principes appartenant aux droits du système de *common law*

1069. Hors du système de droit romano-germanique, deux principes coordinateurs pourraient être utilisés afin de résoudre un désordre procédural. Il s'agit du *forum non conveniens* et de la *comity*. Affirmons d'emblée qu'en plus de n'être guère plus efficaces dans la résolution verticale de la pluralité juridictionnelle, ces principes révèlent les limites d'une telle méthode, en invitant à se diriger vers un raisonnement horizontal.

1070. Cela est dû à la plus grande souplesse de leurs effets, se rapprochant de la recherche

³⁶⁹ Nous lisons à la note infra-paginale 18 de la sentence *AES Summit*: « *Even though there was a procedure started by the European Commission to investigate the alleged state aid awarded by Hungary through Power Purchase Agreements, it is to be noted that such procedure was not between the parties to this dispute but between the European Commission and Hungary. In addition, the subject matter in such investigation was to determine whether the Power Purchase Agreements contained state Aid, under European Law (Final Decision C(2008) 2223 of June 04, 2008), which is a different dispute than the one subject to this arbitration. The subject matter of that proceeding being different from the subject matter of this dispute, allows the Tribunal to sustain that the claim should not be barred by res judicata.* » Voir CIRDI, *AES Summit Generation Limited et AES-Tisza Erömü Kft. c. Hongrie*, 23 septembre 2010, No. ARB/07/22.

³⁷⁰ P. Mayer, « Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international », *loc.cit.*, p.191.

³⁷¹ K. Yannaca-Small, « Parallel proceedings », *loc.cit.*, p.1021.

de coordination et de cohérence propre à l'analyse combinatoire. Parce que leur mise en oeuvre ne dépend plus de la satisfaction de critères précis, les tribunaux arbitraux disposent alors d'une marge de manœuvre qui peut les inciter à opter pour une coopération indirecte et improvisée avec le système juridictionnel communautaire.

1071. Par le recours à la théorie du *forum non conveniens*, aussi dénommée *forum necessitatis*, l'invite est à la réflexion casuistique sur le caractère approprié de l'arbitre en tant que juge des différends liés aux investissements intra-communautaires. Forme de litispendance appartenant au système de droit de *common law*,³⁷² les arbitres devraient donc s'interroger s'il n'est pas « plus approprié » de soumettre la résolution du différend à une autre juridiction, ce qui pourraient les conduire à décliner leur compétence. Cette réflexion a déjà été menée et il a été conclu que les tribunaux arbitraux constituent un for approprié à la résolution des litiges en la matière. Alors que le recours effectif à cette théorie est au centre de débats doctrinaux, retenons qu'en l'espèce les arbitres refuseront de se dessaisir.³⁷³

1072. La *comity*, aussi dénommée courtoisie internationale ou efficacité procédurale, a pour objectif de rendre effectif le devoir universel de loyauté liant l'ensemble des juridictions internationales entre elles. En cas de procédures parallèles, l'une des instances devrait alors être suspendue. Notons que la *comity* a été utilisée par le tribunal arbitral dans l'affaire *Mox*³⁷⁴ et que son usage a été prôné par la Commission européenne, dans l'affaire *Eureko*.³⁷⁵ Toutefois, les possibilités d'un recours concret à la courtoisie en matière d'arbitrage d'investissement sont réduites.³⁷⁶ Dans un contexte d'étanchéité des systèmes juridiques, son usage reste très aléatoire et les tribunaux peuvent être plus enclins à refuser de suspendre l'instance, au motif que la demande sur laquelle ils statuent est distincte.³⁷⁷

³⁷² K. Yannaca-Small, « Parallel proceedings », *loc.cit.*, p.1021.

³⁷³ A. Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, *op.cit.*, p.334.

³⁷⁴ Voir le §28 de l'ordonnance n°3 du 24 juin 2003 du Tribunal arbitral du droit de la mer dans l'affaire *Mox*.

³⁷⁵ CPA/CNUDCI, *Eureko BV c. République slovaque*, §194-196.

³⁷⁶ Rappelons que dans l'affaire *Mox*, le tribunal arbitral n'avait qu'une compétence subsidiaire. Il craignait également que la sentence arbitrale manque d'effectivité et il ne faisait aucun doute que la Cour de Luxembourg accepte de statuer. Au contraire, en prenant cette initiative, un tribunal arbitral compétent sur le fondement d'un TBI intra-communautaire prendrait le risque de retarder indéfiniment la procédure. Voir H. Wehland, « Intra-EU investment agreements and arbitration... », *loc.cit.*, p.302 ; CPA/CNUDCI, *Eureko BV c. République slovaque*, §209.

³⁷⁷ CPA/CNUDCI, *Eureko BV c. République slovaque*, §209. Un auteur suggère toutefois que « les arbitres, prenant en considération les principes de respect mutuel et de courtoisie internationale, pourraient aller jusqu'à décliner leur compétence ou au moins accepter une suspension de procédure dans l'attente d'une prise de position sur le fond par les institutions de l'Union, car pour le juge arbitral le droit de l'Union est du droit international qui mérite considération ». Voir J. Dutheil de la Rochère, « Quel rôle pour la Cour de Justice ? », *loc.cit.*, p.45.

1073. Parce que les instruments classiques de coordination judiciaire se sont avérés peu satisfaisants s'agissant d'une gestion de la pluralité juridictionnelle par le prisme de la verticalité, tournons-nous à présent vers une méthode plus pragmatique de résolution. La visée de celle-ci n'est pas d'éliminer la pluralité mais d'articuler les divers juges en présence, afin que le déroulement des procédures arbitrales puisse avoir lieu dans le cadre d'une cohabitation harmonieuse.

Paragraphe 2. Résolution de la pluralité juridictionnelle selon une méthode combinatoire

1074. Au sein d'un système juridictionnel international marqué par l'absence de hiérarchie, il est peu présomptueux de se tourner vers une méthode de résolution fondée sur la reconnaissance de la pluralité juridictionnelle, pour viser au-delà. Puisque l'usage de la méthode verticale n'a pas permis d'écarter la compétence des tribunaux arbitraux, il faut s'en remettre à une stratégie plus originale de coordination, permettant que de la pluralité découle le pluralisme. Pour cela, la coopération des diverses juridictions doit être encouragée voire organisée.

1075. Sans vouloir faire un éloge du désordre procédural, il semble que celui-ci doive être relativisé, à condition qu'une réflexion sur les aménagements à effectuer au sein de l'ordre juridique communautaire soit menée. Celle-ci doit stimuler le dialogue interjuridictionnel et la *judicial cross-fertilisation*. Les tribunaux arbitraux s'y sont montrés plutôt favorables. La Commission européenne et la Cour de Luxembourg le peuvent tout autant, rappelant que le système juridictionnel communautaire est un modèle s'agissant des questions de dialogue et d'interactions judiciaires.³⁷⁸

1076. La méthode combinatoire, conforme au phénomène d'internationalisation du dialogue des juges,³⁷⁹ postule l'existence et la reconnaissance de la pluralité juridictionnelle, pour tenter d'établir un dialogue constructif entre les tribunaux arbitraux et le système juridictionnel communautaire. Afin que l'accomplissement de la mission des tribunaux puisse s'effectuer dans les meilleures conditions, les moyens de l'instauration d'un dialogue interjuridictionnel seront énumérés, **(A)** puis les remèdes aux tensions liées à la compétence déclarée des arbitres seront envisagés **(B)**.

³⁷⁸ Voir F.G. Jacobs, « Judicial dialogue and the cross-fertilization of legal systems: The European court of justice », *Texas international law journal*, vol.38, 2003, pp.547-556.

³⁷⁹ L. Burgogue-Larsen, « De l'internationalisation du dialogue des juges... », *loc.cit.*, p.97.

A. Les moyens de l'instauration d'une coopération interjuridictionnelle

1077. L'instauration d'un dialogue entre l'arbitre et le juge communautaire constitue une gageure. Elle est toutefois nécessaire, afin en l'espèce de contourner les difficultés liées à l'inévitable rapprochement des tribunaux arbitraux vers le système juridique communautaire. Il a été observé que ces difficultés proviendraient avant tout d'un manque de communication au sein des systèmes.³⁸⁰ Il est alors possible d'y mettre fin, par le biais d'une volonté matérialisée sous la forme d'aménagements permettant la coopération interjuridictionnelle.

1078. La question est hautement sensible, et la mise en place d'un dialogue orchestré, voire intégré,³⁸¹ dépend aussi bien des efforts des tribunaux arbitraux que d'une prise de conscience des instances bruxelloises. Partant, les arbitres doivent s'engager à considérer avec justesse le droit communautaire. Le système juridique communautaire serait quant à lui tenu de permettre que les tribunaux arbitraux accomplissent leur mission dans des conditions adéquates, par le biais d'un renversement de la jurisprudence *Nordsee* (1) et en réfléchissant à de possibles aménagements à effectuer afin d'intégrer à divers degrés les arbitres au système judiciaire communautaire (2).

1) La question du renversement de la jurisprudence *Nordsee*

1079. La jurisprudence *Nordsee* fait obstacle à ce que les tribunaux arbitraux compétents sur le fondement des TBI intra-communautaires puissent saisir la Cour en renvoi préjudiciel, au prétexte qu'ils ne constituent pas une juridiction d'un État membre au sens de l'article 234 TCE.³⁸² Outre l'absence d'une prise en considération de l'arbitrage par les rédacteurs de cet article, cela est dû au fait que la compétence des arbitres provient de la volonté des parties. En effet, dans l'affaire *Nordsee*, la Cour a dit pour droit que si l'arbitre ne constituait pas une juridiction d'un État membre, c'est parce « *qu'il n'y avait aucune obligation, ni en droit ni en fait, pour les parties contractantes de confier leurs différends à l'arbitrage* ». ³⁸³

1080. En cas de difficultés d'interprétation, les arbitres n'ont donc pas les moyens de saisir la Cour, ce qui peut éventuellement conduire à une mauvaise application du droit communautaire qui

³⁸⁰ S. Lazareff, « Réflexions critiques et prospectives sur l'arbitrage dans l'Union européenne (ou "touche pas à mon arbitrage" ?), *loc.cit.*, p.500.

³⁸¹ L. Burgogue-Larsen, « De l'internationalisation du dialogue des juges... », *loc.cit.*, p.99 et suiv.

³⁸² CJCE, 23 mars 1982, *Nordsee*, aff. C-102/81, point 10 et suiv.

³⁸³ *Ibidem*, point 11.

serait par la suite sanctionnée par les juges nationaux. Parce que mieux vaut une solution préventive que corrective, la méthode combinatoire de gestion de la pluralité juridictionnelle invite à remettre en cause cette jurisprudence, afin que les arbitres puissent directement poser, si nécessaire, une question préjudicielle à la Cour. La bonne application du droit communautaire serait ainsi garantie, de même que son interprétation uniforme.

1081. Il convient en conséquence de réfléchir à la manière dont les tribunaux arbitraux sont susceptibles d'obtenir la qualité de juridiction d'un État membre. On rappelle que celle-ci est caractérisée, d'abord en vertu de la jurisprudence *Vaasen-Göbbels*, par les critères de la permanence de l'organisme, celui-ci devant jouir d'une compétence obligatoire, suivre une procédure contradictoire et statuer en droit.³⁸⁴ Les critères de l'origine légale de l'organisme et de son indépendance ont été dégagés par la suite.³⁸⁵ On comprend aisément que la nature *ad hoc* et non obligatoire de l'arbitrage mixte, mais aussi le fondement conventionnel de la compétence des arbitres posent problème. Il n'est cependant pas pertinent que considérer ces critères comme un obstacle dirimant à l'intégration des arbitres au sein de la procédure préjudicielle.

1082. S'agissant de la jurisprudence *Nordsee* en elle-même, elle a d'abord été considérée comme relevant d'une attitude neutre de la part des instances bruxelloises vis-à-vis de l'arbitrage privé.³⁸⁶ Elle n'a par ailleurs pas été exempte de critiques.³⁸⁷ Il a notamment été noté que, dans cette affaire, le refus de reconnaître le tribunal arbitral comme une juridiction nationale s'est établi sur une contradiction formelle.³⁸⁸ Le refus s'est en outre appuyé sur des obstacles à l'insertion de l'arbitrage dans le système communautaire qui ne le sont pas.³⁸⁹ L'exclusion de l'arbitrage serait enfin devenue obsolète, depuis l'émergence du recours à l'arbitrage privé pour résoudre des différends ayant trait à des questions de droit communautaire, pratique encouragée par la Commission européenne et validée par la Cour.³⁹⁰

1083. Partant, pour permettre que les tribunaux arbitraux obtiennent la qualité de juridiction

³⁸⁴ CJCE, 30 juin 1966, *Veuve Vaasen-Göbbels*, aff. C-61/65.

³⁸⁵ CJCE, 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, aff. C-54/96, point 23.

³⁸⁶ C. Kessedjian, « L'arbitrage comme mode de règlement des différends est-il remis en cause... », p.120.

³⁸⁷ V. Christianos et F. Picod, « L'insertion de l'arbitrage dans le système juridictionnel communautaire », *loc.cit.*, p.163 et suiv.

³⁸⁸ La contradiction provient du fait que la CJUE n'a répondu qu'à la première question, sans accorder de réponse aux autres. Il appartient donc à l'interprète de déduire qu'un tribunal arbitral n'est pas compétent pour procéder au renvoi préjudiciel. Voir X. de Mello, « Arbitrage et droit communautaire », *Rev. arb.*, 1982, pp.349-403, p.396 et suiv.

³⁸⁹ V. Christianos et F. Picod, « L'insertion de l'arbitrage dans le système juridictionnel communautaire », *loc.cit.*, p.163 et suiv.

³⁹⁰ Il s'agit du point de vue de la société *Eureko*. Voir CPA/CNUDCI, *Eureko BV c. République slovaque*, §208.

nationale, deux options paraissent possibles. La première est de considérer que la jurisprudence *Nordsee* ne s'applique pas au cas de la voie arbitrale mixte fondée sur les TBI intra-communautaires. Des auteurs ont soutenu en ce sens que cette jurisprudence ne visait que l'arbitrage privé.³⁹¹ Ajoutons pour confirmer le propos qu'à l'époque de la décision, le recours à l'arbitrage mixte sur la base d'un traité n'était pas encore une réalité.

1084. La seconde option est que la Cour procède à un renversement de jurisprudence, au bénéfice des tribunaux arbitraux privés et mixtes. Possibilité encouragée par la doctrine,³⁹² il a été constaté qu'aucun obstacle technique n'empêche de faire évoluer le droit positif.³⁹³ La qualité de juridiction nationale a de plus été reconnue à d'autres organismes, notamment au tribunal arbitral dans l'affaire *Danfoss*.³⁹⁴ Précisons que les critères posés à partir de la décision *Vaasen-Göbbels* constituent une liste non exhaustive et qu'uniquement certains d'entre eux doivent être satisfaits.³⁹⁵ En plus du changement contextuel, il convient de mettre en exergue la nature spécifique de l'arbitrage mixte, mettant en jeu les intérêts publics.³⁹⁶ L'ensemble de ces éléments suggère qu'un tel renversement dépend *in fine* de la volonté de la Cour.³⁹⁷

1085. Faire que les arbitres puissent saisir la Cour est enfin compatible avec la portée de l'avis relatif au projet de juridiction des brevets, puisque contrairement à cette dernière, les tribunaux arbitraux compétents sur le fondement des TBI n'ont pas pour première mission d'appliquer le droit communautaire.³⁹⁸ Remarquons cependant que le renvoi préjudiciel peut avoir des conséquences néfastes, notamment sur la confidentialité et la célérité des procédures.³⁹⁹ Reconnaître les tribunaux arbitraux comme juridiction nationale suppose également qu'ils soient

³⁹¹ B. Poulain, « Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion et de protection... », *loc.cit.*, p.823 ; M. Olík & D. Fyrbach, « The competence of investment arbitration tribunals to seek preliminary rulings from European courts », *Czech yearbook of international law*, 2011, pp.191-205, p.198.

³⁹² J.-J. Burst, « L'arbitrage dans ses rapports avec les Communautés européennes », *loc.cit.*, p.111 ; P. Strik, « From Washington with love – Investor-State arbitration and the jurisdictional monopoly of the Court of justice of the European Union », in *The Cambridge yearbook of european legal studies 2009-2010*, vol.12, 2010, pp.425-453, p.431.

³⁹³ J. Dutheil de la Rochère, « Quel rôle pour la Cour de Justice ? », *loc.cit.*, p.44 ; G.A. Bermann, « Navigating EU law and the law of international arbitration », *loc.cit.*, p.406.

³⁹⁴ CJCE, 17 octobre 1989, *Danfoss*, aff. C-108/88, points 7-9.

³⁹⁵ CJCE, 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, aff. C-54/96, point 23.

³⁹⁶ M. Olík & D. Fyrbach, « The competence of investment arbitration tribunals... », *loc.cit.*, p.199 et suiv.

³⁹⁷ J. Dutheil de la Rochère, « Quel rôle pour la Cour de Justice ? », *loc.cit.*, p.39.

³⁹⁸ La CJCE a affirmé que l'accord n'était pas compatible avec les dispositions des traités, notamment parce qu'un tel organisme privait les juridictions nationales de leur faculté de saisir la Cour en renvois préjudiciels dans les domaines de l'accord. Voir CJCE, 8 mars 2011, avis 1/09, point 79.

³⁹⁹ O. Caprasse, « L'application du droit européen de la concurrence par l'arbitre », *loc.cit.*, p.82 ; C. Kessedjian, « L'arbitrage comme mode de règlement des différends... », *loc.cit.*, p.120.

soumis au principe de coopération loyale et au devoir d'application du droit communautaire.⁴⁰⁰

2) Possibilités d'aménagement visant le rapprochement des arbitres vis-à-vis du système judiciaire communautaire

1086. Afin d'autoriser le dialogue interjuridictionnel, plusieurs aménagements ont été envisagés et leur mise en place ne dépend pas forcément de l'obtention par les tribunaux arbitraux de la qualité de juridiction nationale. La nature controversée de l'arbitrage fondé sur les TBI intra-communautaires ne doit pas empêcher de réfléchir à la façon dont il conviendrait que les procédures se déroulent *de lege ferenda* et de proposer des dispositions permettant l'intégration, à divers degrés, des arbitres au système judiciaire communautaire. Relevons d'emblée que la majorité de ces initiatives sont incertaines quant à leurs possibilités de réalisation.

1087. Il peut d'abord être considéré qu'un renversement de la jurisprudence *Nordsee* n'est pas une première nécessité, étant donné que les tribunaux arbitraux ont d'ores et déjà la possibilité de saisir la Cour par le biais du juge d'appui.⁴⁰¹ Ce dernier peut alors poser une question préjudicielle à la Cour, bien que cette pratique pose des problèmes de compatibilité avec le droit communautaire, puisque ce juge n'est pas celui devant lequel le litige est pendant.⁴⁰² L'exception de connexité peut aussi permettre aux arbitres de poser à la Cour, d'une façon implicite, une question préjudicielle.⁴⁰³ À défaut de saisir directement la Cour, les arbitres pourraient enfin être en mesure de procéder à une sorte de demande d'avis à la Commission européenne, sur le modèle de ce qui est déjà instauré pour les juges nationaux, en droit de la concurrence, par le règlement N°1/2003.⁴⁰⁴

1088. Au-delà de ces stratégies de contournement qui ne sont guère satisfaisantes, procéder à l'évolution de l'interprétation de l'article 234 TCE, pour faire que les arbitres puissent directement saisir la Cour, semble aisément concevable. Il faut pour cela souligner que les §2 et 3 de cette

⁴⁰⁰ Voir A. Mourre, « Faut-il un statut communautaire de l'arbitrage ? », *RAE*, n°2, 2005, pp.191-211, p.194 ; S. Menétrey, « La participation "amicale" de la Commission européenne dans les arbitrages ... », *loc.cit.*, p.1149.

⁴⁰¹ Ont été cités la législation danoise de 2005 et l'*Arbitration Act* anglais de 1996. Voir C. kessedjian, « L'arbitrage comme mode de règlement des différends... », *loc.cit.*, p.120.

⁴⁰² C. Jarrosson et L. Idot, « Arbitrage », *loc.cit.*, p.10 ; M. Penadés Fons, « El rol de la Comisión Europea en el arbitraje de inversiones », *loc.cit.*, p.365, note infra-paginale 42.

⁴⁰³ Il a été relevé que le tribunal arbitral l'a utilisée dans l'affaire *Mox*. Celui-ci a décidé de surseoir à statuer dans l'attente d'une décision de la CJUE. Voir S. Robert-Cuendet, « Les investissements intra-communautaires entre le droit communautaire et... », *loc.cit.*, p.891.

⁴⁰⁴ O. Caprasse, « L'application du droit européen de la concurrence par l'arbitre », *loc.cit.*, pp.77-79 ; S. Lazareff, « Réflexions critiques et prospectives sur l'arbitrage dans l'Union européenne (ou "touche pas à mon arbitrage" ?) », *loc.cit.*, p.499.

disposition, visant à préciser les modalités de saisine de la Cour par les juridictions nationales, sont introduits par la conjonction « *lorsque* », ce qui signifie qu'ils ne seraient relatifs qu'à des situations particulières et que d'autres cas de saisine sont possibles.⁴⁰⁵ En conséquence, aussi bien les arbitres, les juges des pays tiers, que les juridictions internationales pourraient procéder au renvoi. Notons que cette solution présente l'avantage d'ouvrir la procédure préjudicielle aux tribunaux arbitraux, sans les intégrer au sein du système juridictionnel en tant que juridiction d'un État membre.⁴⁰⁶

1089. Il est par ailleurs envisageable de procéder à une modification de l'article 234 TCE, qui inclurait les arbitres au sein des juridictions pouvant saisir la Cour. Les tribunaux arbitraux pourraient être considérés comme une juridiction d'un État membre ou comme relevant d'une autre catégorie. Si l'avantage d'une telle initiative est d'officiallement intégrer les arbitres au sein des textes communautaires, une surcharge de travail peut alors en découler pour la Cour. Par conséquent, des auteurs ont suggéré la création d'une chambre juridictionnelle spécialisée au sein de la Cour de Luxembourg, en vertu de l'article 225 A TCE.⁴⁰⁷ La fonction d'une telle chambre serait d'examiner les questions pertinentes provenant des tribunaux arbitraux mixtes et privés.

1090. Une autre possibilité, visant la plénitude d'intégration, est la création *ex nihilo* d'une cour indépendante, permanente et spécialisée dans la résolution des différends liés aux investissements intra-communautaires. Au regard des initiatives précédentes,⁴⁰⁸ cette option a été suggérée par plusieurs auteurs.⁴⁰⁹ Une telle juridiction serait placée sous l'égide de la Cour, résolvant ainsi la problématique de l'uniformité du droit communautaire.⁴¹⁰ Il relève alors principalement de la volonté des États membres de s'engager dans un projet de la sorte, qui serait également l'occasion de procéder à une harmonisation des droits des investisseurs et à une généralisation de l'accès à l'arbitrage.

⁴⁰⁵ X. de Mello, « Arbitrage et droit communautaire », *loc.cit.*, p.398.

⁴⁰⁶ C. Jarrosson et L. Idot, « Arbitrage », *loc.cit.*, p.10.

⁴⁰⁷ La première et unique chambre juridictionnelle créée sur ce fondement a été le Tribunal de la fonction publique. L'article 225 A §1 du TCE prévoit que « *Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen et de la Cour de justice, ou sur demande de la Cour de justice et après consultation du Parlement européen et de la Commission, peut créer des chambres juridictionnelles chargées de connaître en première instance de certaines catégories de recours formés dans des matières spécifiques* ». Voir V. Christianos et F. Picod, « L'insertion de l'arbitrage dans le système juridictionnel communautaire », *loc.cit.*, p.166.

⁴⁰⁸ Voir COM(2003) 705 final ; COM(2003), 828 final ; CJCE, 8 mars 2011, avis 1/09.

⁴⁰⁹ M. Penadés Fons, « El rol de la Comisión Europea en el arbitraje de inversiones », *loc.cit.*, p.365, note infra-paginale 42; N. Lavranos, « New developments in the interaction between international investment law and EU law », *loc.cit.*, p.433; M. Wierzbowski & A. Gubrynowicz, « Conflict of norms stemming from intra-UE BITs and EU legal obligations: some remarks on possible solutions », *loc.cit.*, pp.544-560, p.557.

⁴¹⁰ N. Lavranos, « New developments in the interaction between... », *loc.cit.*, p.433.

1091. Cette démarche suppose néanmoins de procéder à de nombreuses adaptations, afin de rendre compatible l'institutionnalisation de l'arbitrage d'investissement intra-communautaire avec les exigences du droit communautaire. Pour respecter les compétences exclusives de la Cour,⁴¹¹ il conviendrait alors de réfléchir aux modalités d'une « procédure intercommunautaire d'arbitrage »,⁴¹² sur le modèle de l'article 26 de la Charte de l'énergie ou de l'arbitrage FED.⁴¹³ L'identité de la partie défenderesse parmi les États membres et la Communauté devrait aussi être déterminée, selon les divers cas d'imputation de la responsabilité.⁴¹⁴ N'oublions pas que ces suggestions restent très théoriques, contrairement à celles devant s'appliquer à la voie arbitrale mixte initiée sur le fondement des futurs accords internationaux d'investissement, conclus à partir de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne par l'Union européenne.

1092. De cette étude des moyens de l'intégration des tribunaux arbitraux au système juridique communautaire, il reste à remarquer que la méthode combinatoire impose de nombreux efforts aux instances communautaires. En conséquence, il se peut que la majorité de ces suggestions d'aménagement reste en l'état de déshérence, eu égard à la position de la Commission européenne exprimée devant les arbitres en tant qu'*amicus curiae*. Il faut en outre ajouter que la méthode combinatoire ne permet pas, en elle-même, de résoudre la problématique de l'accès restreint, pour les investisseurs communautaires, à l'arbitrage fondé sur les TBI intra-communautaires.

B. Les problématiques restant un défi pour la méthode combinatoire

1093. Reconnaissons enfin que la méthode combinatoire présente une limite majeure. En effet, en conservant la pluralité juridictionnelle, elle n'apporte pas de réponse, à court terme, à certaines frictions particulièrement résistantes. Ainsi, résoudre aussi bien la problématique de la discrimination entre les investisseurs communautaires (1) que la question de la légitimité de l'arbitrage mixte intra-communautaire vis-à-vis des autorités communautaires (2) constitue une gageure, malgré les efforts de conciliation encouragés par la méthode combinatoire.

⁴¹¹ B. Poulain, « Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion et de protection... », *loc.cit.*, p.825.

⁴¹² B. Poulain, « Développements récents du droit communautaire des investissements internationaux », *loc.cit.*, p.892.

⁴¹³ *Ibidem*.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p.892 et suiv.

1) Prise en compte de la discrimination parmi les investisseurs communautaires

1094. Nous avons vu que l'ensemble des investisseurs communautaires n'a pas accès à l'arbitrage mixte fondé sur un TBI, afin de résoudre un différend lié à un investissement intra-communautaire. Contrairement à certaines différences de traitement constatées s'agissant des droits matériels garantis par les TBI intra-communautaires et pouvant être prises en compte par la recherche de droits équivalents en droit communautaire,⁴¹⁵ il semble qu'il soit difficilement remédiable, à court terme, à cette source de discrimination en matière procédurale selon la méthode combinatoire de résolution de la pluralité de juridictions. En ce sens, le recours à l'arbitrage n'est guère substituable.

1095. Du point de vue de la Commission européenne, la méthode hiérarchique aurait permis d'éliminer cette différence de traitement procédural, par le biais de l'élimination de la pluralité juridictionnelle. Elle s'est avérée inefficace. Revenons alors à ce qu'ont proposé les tribunaux arbitraux, constatant cette impossibilité d'accès à l'arbitrage pour certains investisseurs communautaires. Ils ont ainsi recommandé à ces derniers de revendiquer le droit à l'égalité de traitement défendu par le droit communautaire.⁴¹⁶ La doctrine a ajouté qu'il convient de procéder à une harmonisation par le haut, c'est-à-dire d'étendre le bénéfice du recours à l'arbitrage à tous les investisseurs.⁴¹⁷

1096. *In concreto*, quelles sont les possibilités qui s'offrent à un investisseur communautaire dont l'État membre de nationalité n'a pas conclu de TBI intra-communautaire avec l'un de ses pairs ? Il s'agit d'une question à laquelle personne ne sait répondre avec fermeté.⁴¹⁸ Tentons toutefois de dégager les mécanismes qui pourraient permettre à un investisseur communautaire d'avoir accès à un tribunal arbitral en l'absence d'un fondement textuel traditionnel.

1097. Puisque les TBI intra-communautaires restent valides en droit international, il revient à la Communauté, sur le fondement de l'article 12 TCE, de procéder à une harmonisation des droits dont jouissent certains investisseurs communautaires. Le juge allemand a rappelé cette nécessité dans l'affaire *Eureko*.⁴¹⁹ Ainsi, l'accès à la voie arbitrale mixte devrait être garanti par le biais de

⁴¹⁵ J. Dutheil de la Rochère, « Quel rôle pour la Cour de Justice ? », *loc.cit.*, p.43.

⁴¹⁶ CNUDCI, *Eastern Sugar BV c. République tchèque*, §170.

⁴¹⁷ T. Eilmansberger, « Bilateral investment treaties and EU law », *loc.cit.*, p.402.

⁴¹⁸ J. Dutheil de la Rochère, « Quel rôle pour la Cour de Justice ? », *loc.cit.*, p.43.

⁴¹⁹ S. Balthasar, « Investment arbitration under intra-EU BITs: Recent developments in *Eureko v. Slovakia* », *loc.cit.*

l'édition d'une législation communautaire, ce qui requiert en conséquence la création d'une juridiction spécialisée et de nouvelles règles procédurales.⁴²⁰ L'investisseur pourrait encourager l'action de la Communauté en ce sens.⁴²¹ Toutefois, de telles initiatives ne peuvent être concrétisées qu'à long terme et présentent des écueils.⁴²² Il n'est pas certain que la Commission soit prête à changer d'optique pour adopter une méthode combinatoire de résolution de la pluralité juridictionnelle.

1098. D'autres solutions paraissent envisageables à plus court terme. Excepté le cas du *treaty shopping*, le recours à la clause de la nation la plus favorisée semble prometteur. Plusieurs tribunaux arbitraux ont reconnu que cette clause s'appliquait aux dispositions procédurales des TBI, en vertu d'une jurisprudence néanmoins contestée.⁴²³ Des doutes persistent quant à la portée de cette clause en droit communautaire.⁴²⁴ Toutefois, il semble que l'accès à l'arbitrage puisse être garanti par ce biais,⁴²⁵ ce qui n'éclaire pas les modalités concrètes de saisine du tribunal arbitral en l'absence d'un TBI intra-communautaire. Ces dernières peuvent être organisées par les États membres, voire la Communauté, rappelant que le fondement textuel de la compétence des arbitres peut être une loi.⁴²⁶

2) La légitimité de l'arbitrage fondé sur un TBI intra-communautaire

1099. Ces propos relatifs à l'intégration souhaitée de l'arbitrage fondé sur les TBI au sein de l'ordre juridique communautaire ne doivent en aucun cas faire perdre de vue qu'il reste un mode hautement controversé de résolution des différends. Les exceptions d'incompétence soulevées par les États membres et la Commission européenne en tant qu'*amicus curiae* témoignent d'une volonté de rejet pouvant contrer l'efficacité de la résolution de la pluralité juridictionnelle selon la méthode combinatoire qui rappelons-le, est fondée sur la coexistence et la coopération.

⁴²⁰ N. Lavranos, « New developments in the interaction between... », *loc.cit.*, p.433.

⁴²¹ L'article 11 §4 du TUE, tel que modifié par le Traité de Lisbonne, prévoit une initiative citoyenne européenne, pouvant amener la Commission européenne à élaborer des propositions d'actes juridiques. Un droit de pétition au Parlement européen est aussi prévu par l'article 227 TFUE.

⁴²² Étendre le recours à l'arbitrage à l'inconvénient de multiplier la résolution des conflits selon un mode aboutissant, en l'état du droit positif, à l'impossibilité d'un contrôle de la part de la CJUE.

⁴²³ CIRDI, *Emilio Agustín Maffezini c. Espagne*, aff. n° ARB/97/7, sentence arbitrale partielle, 25 janvier 2000.

⁴²⁴ Voir CJCE, 5 juillet 2005, *D c/ Inspecteur van de Belastingdienst*, aff. C- 376/03, point 63 ; H. Wehland, « Intra-EU investment agreements and arbitration... », *loc.cit.*, pp.315-317 ; I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, « Los APPRI en la Unión Europea post-Lisboa », *loc.cit.*, note infra-paginale 99, p.789.

⁴²⁵ T. Eilmansberger, « Bilateral investment treaties and EU law », *loc.cit.*, p.403 ; B. Poulain et M. Raux, « Actualité du droit européen des investissements internationaux », *loc.cit.*, p.122.

⁴²⁶ T. Eilmansberger, « Bilateral investment treaties and EU law », *loc.cit.*, p.403.

1100. Pour que la Commission européenne accepte que les arbitres soient le juge des différends liés aux investissements intra-communautaires et que les moyens du dialogue interjuridictionnel puissent être mis en place, un processus de légitimation doit être mis en oeuvre. Ce dernier ne peut provenir que de l'initiative des tribunaux arbitraux eux-mêmes. Les interactions entre l'arbitrage d'investissement et le système juridique communautaire relèvent donc *in fine* d'une étude portant sur la problématique de la légitimité et non sur celle de la compatibilité.⁴²⁷

1101. Les tribunaux arbitraux sont alors tenus de convaincre les instances communautaires et les États membres hôtes du bien-fondé de leur compétence et de l'accomplissement de leur mission. Pour cela, il leur est en premier lieu nécessaire de se montrer tels qu'ils sont, à savoir des juges spécialistes, neutres et choisis par les parties pour leurs qualités. Il faut en outre qu'ils démontrent la prise en compte de la problématique liée au contexte intra-communautaire dans sa totalité et manifestent une volonté d'intégration au sein du système juridique communautaire.

1102. L'attitude du tribunal arbitral dans l'affaire *Eureko c. République slovaque* fait en ce sens office de référence. Celui-ci s'est déclaré compétent en tant que tribunal arbitral d'un État membre.⁴²⁸ Il a également fait preuve d'une ouverture vis-à-vis de la compétence des instances communautaires, puisqu'il a estimé qu'il pouvait suspendre si besoin la procédure arbitrale, dans l'attente que la Commission européenne ou la Cour se prononcent sur une possible violation du droit communautaire.⁴²⁹ La majorité des tribunaux arbitraux a adopté cette démarche.⁴³⁰ La participation de la Commission européenne, en tant qu'*amicus curiae*, aux instances arbitrales devrait être acceptée d'une manière systématique et inconditionnée.⁴³¹ L'usage de la *comity* par les arbitres est aussi un vecteur de légitimité.⁴³²

1103. Ces efforts ont pu s'avérer bénéfiques, car désormais le débat relatif à l'applicabilité des TBI intra-communautaires semble clos, de même que celui visant la compatibilité de l'arbitrage mixte au sein du système juridique communautaire. Remarquons ainsi que lors de l'affaire *Austrian*

⁴²⁷ Voir S. Robert-Cuendet, « Les investissements intra-communautaires entre le droit communautaire et... », *loc.cit.*, p.892.

⁴²⁸ CPA/CNUDCI, *Eureko BV c. République slovaque*, §225.

⁴²⁹ *Ibidem*, §292.

⁴³⁰ Il a tout de même été remarqué que les arbitrages d'investissement intra-communautaire manquaient de cohérence entre eux. Voir M. Penadés Fons, « El rol de la Comisión Europea en el arbitraje de inversiones », *loc.cit.*, p.356.

⁴³¹ Voir S. Menétrey, « La participation "amicale" de la Commission européenne dans les arbitrages... », *loc.cit.*, pp.1153-1154.

⁴³² *Ibidem*, p.1153.

airlines c. République slovaque,⁴³³ l'État membre défendeur n'a pas soulevé d'exceptions d'incompétence visant l'extinction ou l'inapplicabilité du TBI intra-communautaire.⁴³⁴ Il a été remarqué que dans de nombreuses affaires, la question de la compatibilité du droit communautaire avec l'arbitrage mixte n'a pas été abordée.⁴³⁵ La légitimité de l'arbitrage fondé sur cette catégorie de TBI semble donc être en cours d'acquisition.

1104. En exprimant leur volonté de s'intégrer au système juridique communautaire, c'est un signal fort que les arbitres ont lancé aux institutions communautaires. Il appartient désormais à ces dernières d'y répondre, en accordant les moyens juridiques et institutionnels nécessaires à cette intégration, quitte à imposer certaines conditions.⁴³⁶ Eu égard à la nature des différends que les tribunaux arbitraux doivent résoudre qui incite à considérer le droit communautaire, le maintien de la distanciation entre les divers juges n'est guère viable et la question de l'uniformité du droit communautaire ne sera plus un point de friction, lorsque la Cour de justice acceptera de dialoguer avec les arbitres dans le cadre du renvoi préjudiciel.

⁴³³ CNUDCI, *Austrian airlines c. République slovaque*, sentence arbitrale finale, 9 octobre 2009.

⁴³⁴ CPA/CNUDCI, *Eureko BV c. République slovaque*, §83.

⁴³⁵ S. Balthasar, « Investment arbitration under intra-EU BITs : Recent developments in *Eureko v. Slovakia* », *loc.cit.*

⁴³⁶ Les arbitres devant accorder une attention au principe de confiance mutuelle, ceci suppose que l'accès à l'arbitrage mixte intra-communautaire devienne conditionné. La voie arbitrale ne devrait pas ainsi permettre d'attirer uniquement certains États membres. Son développement ne devrait pas remettre en cause l'impartialité des juridictions nationales. Voir B. Poulain, « Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion », *loc.cit.*, p.825.

Conclusion du chapitre 2

1105. L'analyse a souhaité monter que les rapports entre le projet européen institutionnalisé et l'arbitrage sont devenus patents, s'agissant de la question de la résolution des différends liés aux investissements intra-communautaires. De manière cohérente avec nos précédents propos selon lesquels il fallait retenir l'applicabilité des accords d'investissement intra-communautaires, les arguments visant à démontrer l'incompétence des arbitres n'ont pas convaincu, comme cela a été le cas pour la question de la validité des instruments conventionnels. La véritable problématique est donc celle de la gestion d'éventuelles incompatibilités avec le système juridique européen.

1106. Nous avons vu que si des tensions peuvent survenir, ce sera lors de la prise en compte du droit régional par les tribunaux arbitraux, de même que lors du contrôle des sentences arbitrales par les juridictions nationales. Face à cela, nous avons constaté les limites de la méthode hiérarchique de résolution de la pluralité et suggéré, comme précédemment, d'avoir recours à une méthode d'articulation, devant permettre l'instauration d'un dialogue ou d'une coopération juridictionnelle.

1107. Le juge du règlement des différends liés aux investissements réalisés au sein du marché commun semble donc être l'arbitre international. Les récentes propositions de plusieurs États membres de conserver l'arbitrage par la conclusion d'un accord d'investissement entre les États membres vont en ce sens et peuvent même accroître la légitimité du recours procédural. Il convient donc de songer aux modalités de rapprochement des institutions et de renforcer les aménagements permettant la coopération entre les tribunaux arbitraux et la Cour de justice.

Conclusion du titre 1

1108. L'étude du règlement des différends relatifs aux investissements communautaires a permis de mettre en exergue la convergence de l'Union européenne vers l'arbitrage d'investissement, au sein d'un mouvement moins apparent et direct qu'il ne l'a été s'agissant du droit matériel des investissements internationaux. Retenons donc qu'avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, les interactions ont été timides. Pour expliquer cela, l'on retiendra que ce mode de résolution des différends reste un domaine de compétence des États membres et que l'arbitrage d'investissement n'est une réalité que depuis une quinzaine d'années environ.

1109. Plus que l'analyse d'une approche, nous avons procédé à l'étude des rapports entre les deux institutions. S'agissant des relations externes de l'Union européenne, nous avons constaté que l'arbitrage est un mode de résolution qui n'a pas été prévu au sein de sa pratique conventionnelle, mis à part quelques exceptions dont le Traité sur la Charte de l'énergie sur le fondement duquel l'Union européenne n'a pas encore été attrait.

1110. Quant aux investissements réalisés au sein du marché commun, nous sommes d'avis que la possibilité, dont disposent les investisseurs européens, d'avoir accès au prétoire arbitral présente l'atout de faire converger de façon patente les deux institutions et d'inciter à ce que des réponses soient apportées à des problématiques qui pouvaient auparavant sembler abstraites.

1111. Revenons à la construction de la politique commune d'investissement. Une fois la capacité conventionnelle acquise, l'Union européenne a dû initier de façon formelle l'approche du droit procédural des investissements internationaux. Si la création d'un droit européen matériel des investissements internationaux est en marche, qu'en est-il du mode de résolution des différends ? Comment est géré le fait que, désormais, l'Union européenne peut être attrait à l'arbitrage sur le fondement des nouveaux accords d'investissement ? Traitons enfin la question de l'eupéanisation de l'arbitrage d'investissement.

Titre 2. L'eupéanisation de l'arbitrage d'investissement extra-eupéen

1112. L'eupéanisation en cours du droit matériel des investissements extra-eupéens suppose que le mouvement soit étendu au volet procédural de ce droit. De nombreuses difficultés peuvent néanmoins remettre en question ce constat. En ce sens, il suppose pour l'Union européenne de participer à un mode de résolution des différends dont le fonctionnement n'a pas été conçu pour recevoir une organisation internationale comme partie contestante. Rappelons en outre que les arcanes de la voie arbitrale mixte sont mal connues de l'administration bruxelloise et que ses positions sur ce mode de résolution des différends ont été jusqu'à présent floues.

1113. Alors que la problématique de la participation de l'Union européenne à la voie arbitrale mixte est longtemps restée latente, il faut désormais agir vite. L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne impose que soit lancée une approche du droit procédural des investissements internationaux par la Commission européenne. Comment la période de transition régie par le Règlement N°1219/2012 va-t-elle s'appliquer en matière procédurale ? Quel mode de résolution la Commission européenne prévoit-elle d'accorder aux investisseurs dans le cadre de ses négociations relatives aux futurs accords d'investissement ? Qui, entre les États membres et l'Union européenne, agira en tant que partie défenderesse aux procédures ? Quelles seront les traits distinctifs de celles-ci ?

1114. Afin de répondre à ces questions, la quête du volet procédural de la politique commune d'investissement sera mise en exergue. Elle doit permettre la bonne participation de l'Union européenne en tant que partie défenderesse au sein des procédures arbitrales initiées sur le fondement des nouveaux accords européens d'investissement (**Chapitre 1**). Par la suite, les répercussions de cette participation sur l'avenir du droit procédural des investissements internationaux seront analysées, en s'interrogeant sur les capacités européennes d'appropriation de la voie arbitrale mixte (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. Le volet procédural de la politique commune d'investissement

1115. L'obtention d'une compétence en matière d'IDE est vectrice d'une myriade de questions s'agissant de la résolution des futurs différends liés aux investissements extra-européens. En écartant de notre raisonnement le thème de la résolution interétatique des différends,¹ on comprend que l'action privée des investisseurs étrangers dirigée à l'encontre des États membres soit en théorie destinée à être réorientée vers l'Union européenne.² Encore faut-il déterminer sur le fondement de quel instrument conventionnel une telle substitution de statut procédural est envisageable, puis suggérer des remèdes aux divers obstacles institutionnels.

1116. L'objet de l'approche européenne du droit procédural des investissements internationaux est alors de gérer les conséquences de la future obtention du statut procédural des États membres par l'Union européenne. Notons que cette obtention ne peut être que progressive et différée, eu égard aux TBI extra-européens maintenus en vigueur en vertu du droit international général. Elle dépend alors de la capacité de la Commission européenne à conclure des nouveaux accords internationaux d'investissement. Sur ce fondement, nous verrons que l'Union européenne peut passer du statut de tiers à celui de partie défenderesse aux futures procédures arbitrales.

1117. Analysons ainsi la capacité de participation de l'Union européenne aux procédures arbitrales mixtes, en examinant l'impact des fondations de la politique commune d'investissement sur le statut procédural existant des États membres. Il convient pour cela de distinguer le raisonnement en fonction du type d'instrument conventionnel appelé à fonder la compétence des tribunaux arbitraux, à savoir d'abord les TBI extra-européens en vigueur et conclus par les États membres (**Section 1**), puis les futurs accords européens d'investissement négociés par l'Union européenne (**Section 2**).

¹ L'Union européenne est aussi appelée à s'insérer au sein de ce type de règlement des différends. Cette intégration a été considérée comme moins problématique, en raison du caractère non juridictionnel de cette modalité de résolution des conflits. Voir S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement international*, *op.cit.*, p.44.

² L'intérêt central du sujet d'étude est relatif aux possibles évolutions que l'intégration de l'Union européenne, en tant que partie défenderesse aux instances arbitrales, peut engendrer vis-à-vis de la voie arbitrale mixte. Cette configuration relève de l'action de l'investisseur extra-européen, dirigée contre un État membre et possiblement contre l'Union européenne. L'action d'un investisseur européen initiée contre un pays tiers est donc hors de propos.

Section 1. Participation de l'Union européenne à l'arbitrage fondé sur les TBI extra-européens conclus par les États membres

1118. Traitons en premier lieu les questions de droit transitoire, liées aux fondations de la politique commune d'investissement et à leurs éventuels effets sur le statut procédural des États membres qu'ils possèdent, en vertu des TBI extra-européens conclus avant et après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. À première vue, la participation de l'Union à la résolution arbitrale des différends est remise en cause par le maintien en vigueur de ces TBI, mais aussi par la possibilité qu'ont les États membres de conclure de nouveaux traités grâce au mécanisme de réhabilitation de compétence.

1119. Pourtant, nous tenterons de démontrer que l'approche européenne du droit procédural des investissements internationaux a été renforcée, notamment par le Règlement N°1219/2012 permettant à la Commission européenne de se rapprocher du fonctionnement de la voie arbitrale mixte, en n'intervenant pas en tant que partie défenderesse mais en supervisant la conduite des États membres défendeurs.

1120. Analysons plus en détail les effets procéduraux des deux fondations de la politique commune d'investissement naissante sur le déroulement des procédures arbitrales initiées en vertu des TBI extra-européens en vigueur, à savoir l'insertion de la notion d'IDE au sein du contenu de la politique commerciale commune, (**Paragraphe 1**) puis le système de redélégation de compétence établi par le Règlement N°1219/2012 (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Effets de la nouvelle compétence sur la participation de l'Union européenne à l'arbitrage

1121. Nous avons vu que l'insertion de la notion d'IDE au sein de l'article 207 du TFUE a provoqué des tergiversations en doctrine, à propos de la portée de la compétence matérielle qu'elle octroie à l'Union européenne en droit des investissements extra-européens. Il convient désormais de caractériser les effets de cette nouvelle compétence sur le statut procédural des États membres, possiblement assignés à l'arbitrage sur le fondement des TBI extra-européens. Pour cela, trois éléments doivent être clarifiés.³

³ S. Schill, « Arbitration procedure : the role of the European Union and the Member States in investor-State arbitration », in C. Kessedjian (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, op.cit., pp.129-147, p.131.

1122. En premier lieu, les effets du transfert de compétence seront analysés s'agissant de la détermination de l'identité des futures parties défenderesses aux instances arbitrales **(A)**. Il faudra ensuite poursuivre le raisonnement, en se demandant si le transfert enclenché de compétence n'a pas pour effet de permettre la participation de l'Union européenne durant le déroulement des procédures arbitrales, provenant soit de l'octroi d'un pouvoir de représentation européenne des États membres, soit de l'imposition d'un devoir de coopération étroite entre les États membres et l'Union **(B)**.

A. Effets de la nouvelle compétence sur la qualité de partie défenderesse des États membres

1123. Déterminons l'identité de la partie défenderesse aux futures procédures arbitrales initiées, postérieurement à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, sur le fondement des TBI extra-européens conclus par les États membres. S'agit-il encore de ces derniers, ou de l'Union européenne forte d'une nouvelle compétence en matière d'IDE ? Il convient d'affirmer d'emblée que la proclamation de la nouvelle compétence marque le point de départ d'une mutation du statut procédural des États membres, visant *in fine* l'obtention de leur qualité de partie défenderesse par l'Union européenne **(1)**.

1124. Une telle volonté rencontre cependant des obstacles. En pratique, sa matérialisation ne peut qu'être retardée, au vu de l'ensemble des éléments de droit attestant que, dans les conditions précises telles qu'elles sont exposées, la proclamation de la nouvelle compétence n'est en aucun cas suffisante pour ôter aux États membres leur qualité de partie défenderesse unique aux futures instances **(2)**. Reste à savoir si la nouvelle compétence emporte d'autres conséquences, s'agissant de la conduite des États membres aux instances arbitrales en tant que partie défenderesse unique.

1) Volonté de modification du statut procédural existant des États membres

1125. Il est désormais requis que l'Union européenne obtienne le *locus standi in judicio* des États membres, à savoir celui de partie défenderesse unique,⁴ en vertu de la nécessité reconnue de complétude de l'approche européenne du droit matériel des investissements extra-européens. Pour

⁴ *In fine*, l'Union européenne souhaite se substituer aux États membres, en obtenant le statut procédural que ceux-ci possèdent devant les tribunaux arbitraux en vertu des TBI extra-européens. Peu après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la Commission européenne a annoncé en ce sens, dans le cadre de sa communication sur la politique d'investissement, vouloir à l'avenir défendre toutes les actions et agir comme partie défenderesse unique lors d'une résolution arbitrale initiée sur le fondement d'un accord européen. Voir COM(2010) 343 final, p.12.

ce faire, l'approche européenne du versant procédural de ce droit ne peut cependant compter que sur le transfert de compétence en matière d'IDE, qui ne vise qu'indirectement la problématique procédurale.⁵ Alors qu'elle possède encore la qualité de tiers aux instances arbitrales, l'obtention par l'Union européenne de la qualité de partie défenderesse unique au niveau international ne peut donc qu'être le résultat d'un long processus.⁶

1126. Elle apparaît essentielle, d'abord à propos de la nécessité de garantir de bons rapports au sein des systèmes. En effet, en bénéficiant des privilèges procéduraux attribués aux parties à l'instance,⁷ on peut penser que la Commission disposera des moyens pour s'assurer de la juste considération par les arbitres des problématiques liées au droit européen.⁸ S'agissant ensuite de la volonté de se muer en un acteur mondial,⁹ il est manifeste que l'organisation régionale ne peut plus méconnaître un mode de résolution des différends vu comme un instrument de «gouvernance globale »,¹⁰ dont la participation voire l'appropriation constituent le point d'appui le plus efficient pour réformer le droit des investissements internationaux.¹¹

1127. N'oublions toutefois pas les effets liés à l'obtention du statut procédural des États membres pouvant affecter les intérêts des autres acteurs de la voie arbitrale mixte. La participation des États membres à l'arbitrage est ainsi remise en cause. Ces derniers peuvent ne pas souhaiter être écartés de la résolution arbitrale des différends provenant de l'édition de mesures pour lesquelles ils s'estiment obligés de répondre eux-mêmes.¹² Quant aux investisseurs tiers, de nombreuses incertitudes surgissent,¹³ que ce soit l'identité de la partie défenderesse à attirer ou les adaptations de la procédure, en cas de participation de l'Union européenne.

⁵ La nouvelle compétence en matière d'IDE constitue en premier lieu une base légale relative à la conclusion des futurs accords d'investissement entre l'Union européenne et les pays tiers. *Prima facie*, aucune allusion n'est faite à un transfert de compétence dans le domaine de l'arbitrage, celle-ci relevant encore des États membres. Le transfert de statut procédural est alors indirect.

⁶ Voir S. Schill, « Arbitration procedure: the role of the European Union... », *loc.cit.*, p.132.

⁷ La participation à la constitution des tribunaux arbitraux et la soumission des mémoires tant écrits qu'oraux sont notamment visées. *Ibidem*.

⁸ La Commission européenne serait ainsi rassurée quant à l'attitude des arbitres vis-à-vis de l'application du droit européen. *Ibidem*.

⁹ Le récent octroi de la personnalité juridique à l'Union européenne par le Traité de Lisbonne va dans ce sens.

¹⁰ Il est noté que les tribunaux arbitraux non seulement tranchent les différends, mais aussi participent de la création du droit des investissements internationaux. *Ibidem*, p.132.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*, p.131.

¹³ *Ibid.*, p.131 et suiv..

2) Conservation de la qualité de partie défenderesse des États membres

1128. La recherche de l'identité de la partie défenderesse aux instances arbitrales, initiées sur le fondement des TBI extra-européens conclus par les États membres, relève de l'aspect externe de la problématique et ne laisse guère de place au doute.¹⁴ L'impératif de sécurité juridique garanti par le droit international général fait obstacle à ce que l'identité usuelle de la partie défenderesse attraitée à l'arbitrage puisse être modifiée par le simple effet de l'annonce d'un transfert de compétence. Ainsi, la nouvelle répartition verticale des compétences, imposée par le TFUE en matière d'IDE, ne peut pas avoir d'influence sur les droits et obligations des parties signataires des TBI extra-européens et sur les options procédurales des tiers.

1129. La qualité habituelle de partie défenderesse des États membres est donc inchangée, en vertu de la relativité de l'effet obligatoire des clauses arbitrales insérées dans les traités.¹⁵ Rappelons que l'Union européenne n'est pas signataire de ces traités et qu'elle n'a donc nullement consentie à être possiblement attraitée à l'arbitrage.¹⁶ En conséquence, seuls les États membres signataires des TBI extra-européens peuvent l'être. Par ailleurs, les sentences arbitrales pouvant être prononcées sur ce fondement n'auront d'effets contraignants qu'auprès des États membres.¹⁷ Il reste à savoir si la nouvelle rédaction de l'article 207 TFUE n'aurait pas substitué le consentement étatique au consentement de l'Union européenne.

1130. De concert avec les opinions les plus audacieuses,¹⁸ la prudence impose de répondre par la négative.¹⁹ Il a été soutenu que la nouvelle compétence – alors que sa signification globale est encore obscure²⁰ – ne dispose pas d'une portée telle qui la ferait prévaloir sur l'effet relatif des traités, en imposant une modification fondamentale du statut procédural actuel de tiers de l'Union européenne.²¹ Le droit des traités trouve à s'appliquer en matière d'arbitrage mixte et stabilise ainsi

¹⁴ S. Schill, « Arbitration procedure: the role of the European Union... », *loc.cit.*, p.139.

¹⁵ E. Gaillard, « Conclusions », in C. Kessedjian (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, *op.cit.*, pp.195-205, p.202.

¹⁶ B. Poulain, « Développements récents du droit communautaire des investissements internationaux », *loc.cit.*, p.894.

¹⁷ S. Schill, « Arbitration procedure: the role of the European Union... », *loc.cit.*, p.139.

¹⁸ Cela étant, pour certains, la première fondation de la politique commune serait source d'une complétude de compétence en matière d'IDE, comprenant une compétence dans le domaine de l'arbitrage investisseur-État. Il a néanmoins été reconnu que les États membres conservent un rôle procédural, ne serait-ce que parce que l'Union européenne n'a pas de compétence en matière d'investissement de portefeuille. Voir M. Burgstaller, « Les aspects procéduraux de l'arbitrage – qui est partie ?... », *loc.cit.*, p.140-141.

¹⁹ S. Schill, « Arbitration procedure: the role of the European Union... », *loc.cit.*, p.139.

²⁰ Voir W. Shan et S. Zhang, « The treaty of Lisbon : half way toward a common investment policy », *loc.cit.*, p.1070.

²¹ Quand bien même le transfert de compétence ferait naître de nouvelles obligations envers les États membres durant le déroulé des procédures arbitrales, il est indiscutable qu'en droit international ce transfert n'a pas d'effet direct

l'identité de la partie défenderesse.²² Pour cela, il convient de remarquer que la compétence n'équivaut pas au consentement.²³ La nouvelle compétence en matière d'IDE transférée au profit de l'Union européenne ne comporte donc pas le consentement des États membres à l'arbitrage.²⁴

1131. Retenons donc que la nouvelle compétence en matière d'IDE n'affecte pas l'identité de la partie défenderesse étatique aux instances arbitrales initiées sur le fondement des TBI extra-européens en vigueur.²⁵ Les États membres doivent donc encore répondre de leurs actes devant les tribunaux arbitraux, compétents sur le fondement de ces traités.²⁶ L'Union européenne peut avoir néanmoins d'autres moyens de s'intégrer aux procédures arbitrales, par le biais de l'acquisition d'un pouvoir de représentation des États membres ou de l'imposition d'un devoir de coopération verticale.

B. Effets de la nouvelle compétence sur la participation des parties défenderesses étatiques aux instances arbitrales

1132. La qualité de partie défenderesse des États membres n'est pas octroyée à l'Union européenne par le simple effet de la proclamation d'une nouvelle compétence. Peut-il en être différemment s'agissant de la conduite des États membres aux procédures arbitrales, initiées sur le fondement des TBI extra-européens en vigueur ? Pour y répondre, il faut d'abord examiner la question de la représentation de la partie étatique défenderesse à l'instance, afin de savoir si la compétence en matière d'IDE confère en ce sens à la Commission européenne une compétence de

envers les tiers tels que la Commission européenne, ce en vertu de l'article 34 de la Convention de Vienne. La confidentialité de la procédure arbitrale est vue comme un autre obstacle à l'intégration de l'Union européenne à la résolution des différends. Voir S. Schill, « Arbitration procedure : the role of the European Union... », *loc.cit.*, p.140.

²² *Ibidem*, p.139 et suiv.

²³ S. Schill, « Discussion », in C. Kessdjian (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, *op.cit.*, pp.187-194, p.192.

²⁴ Un auteur observe ainsi au sein de la jurisprudence récente de la CJUE que, bien que dans un domaine exclusif de compétence de l'Union européenne, la qualité de membre d'une organisation internationale appartenant à un État membre n'est pas explicitement remise en cause par la nature exclusive de la compétence et que cette dernière n'accorde pas *ipso jure* à l'Union le statut de membre de l'organisation. Cela a été ainsi le cas de la Grèce, membre de l'OMI et qui y avait présenté en tant que tel une position nationale dans un domaine exclusif de compétence de l'Union. Il a été noté que la CJUE n'est pas allée jusqu'à affirmer que la compétence avait fait de l'Union un membre de l'OMI, ou qu'elle possédait désormais un droit d'adhésion consécutif à la qualité de membre d'un de ses États membres. Voir CJUE, 12 février 2009, *Commission c/ Grèce*, aff. C-45/07, points 30 et 31 ; S. Schill, « Arbitration procedure : the role of the European Union... », *loc.cit.*, p.139 et suiv.

²⁵ S. Schill, « Arbitration procedure: the role of the European Union... », *loc.cit.*, p.140.

²⁶ En ce sens, la question de la répartition de la responsabilité internationale ne pourra se poser qu'à partir du moment où l'Union européenne interviendra en tant que signataire des futurs traités européens d'investissement. L'affirmation d'une compétence exclusive de l'Union en matière d'IDE n'est pas vectrice d'un phénomène de succession de responsabilité internationale, les cas de succession d'obligations étatiques au profit de l'organisation régionale étant considérés comme « exceptionnels ». Voir E. Neframi, *L'action extérieure de l'Union européenne...*, *op.cit.*, p.174.

représentation des États membres (1).

1133. Enfin, selon une perspective purement interne, la compétence en matière d'IDE impose-t-elle aux parties défenderesses étatiques d'agir devant les tribunaux arbitraux d'une façon spécifique, en vertu d'un devoir de coopération loyale s'appliquant en matière procédurale ? Ce devoir permettrait de coordonner les intérêts étatiques et bruxellois, afin de garantir l'exercice efficient de la future compétence (2).

1) Possibilité d'une représentation européenne de la partie défenderesse étatique

1134. Le statut procédural des États membres reste inchangé en droit, qu'en est-il en fait ? Bien qu'il soit reconnu que le droit de se représenter à une instance internationale est consubstantiel à la qualité de partie défenderesse,²⁷ d'aucuns ont invité à se demander si la première fondation de la politique commune d'investissement ne comporte pas la capacité de l'Union européenne d'agir au nom des États membres, à savoir une compétence de représentation procédurale au niveau international.²⁸

1135. Cette position a été jugée « peu convaincante »,²⁹ car il est ainsi tenté, avec une trop grande promptitude, de mettre en pratique une compétence restant embryonnaire au plan procédural. En effet, l'interprétation *ad litteram* des articles 206 et 207 TFUE dévoile une compétence qui n'est pas étendue à la résolution des différends liés aux investissements étrangers.³⁰ Les instances européennes n'ont par ailleurs pas tenté de convaincre que cette compétence avait une influence sur la capacité d'auto-représentation des États membres aux instances arbitrales.³¹ La même position doit être tenue s'agissant de la résolution des différends entre un investisseur et un État membre par le biais de recours au juge national.³² On rappelle enfin que les TBI extra-

²⁷ S. Schill, « Arbitration procedure: the role of the European Union... », *loc.cit.*, p.140.

²⁸ Pour un auteur, l'action de l'Union européenne aux instances arbitrales, en tant que partie représentante, relève du domaine de la nouvelle compétence européenne en matière d'IDE. Cette participation à l'arbitrage d'investissement dépasserait le simple cadre procédural et participerait plus généralement de la création du droit des investissements internationaux. Voir C. Tietje, « EU-investitionsschutz und – förderung zwischen Übergangsregelungen und umfassender europäischer Auslandsinvestitionspolitik », cité par S. Schill, *ibidem.*, p.140, note infra-paginale 30.

²⁹ *Ibidem*, p.140.

³⁰ *Ibid.*

³¹ S'agissant de la représentation internationale des États membres, un auteur remarque que ni la CJUE ni la Commission européenne n'ont affirmé que la nouvelle compétence européenne en matière d'IDE a un effet direct sur le droit d'un État membre, partie défenderesse, d'exercer ses droits en son nom propre. *Ibidem*, p.141.

³² S'agissant du recours aux juges nationaux des États membres pour résoudre les différends, une compétence externe de l'Union européenne ne peut pas affecter le droit d'un État membre partie à une procédure d'agir en son nom propre. Il a également été noté que la proposition de règlement sur la responsabilité financière ne prévoit pas de

européens restent, en vertu du droit international, en vigueur et globalement tels quels.³³

1136. Il est alors de bon aloi de conclure que, s'agissant des TBI extra-européens en vigueur, la première fondation de la politique commune d'investissement n'affecte pas le droit d'un État membre, attiré à une procédure arbitrale mixte, de répondre lui-même de ses actes.³⁴ La nouvelle compétence n'implique donc pas le droit pour l'Union européenne de représenter les États membres défendeurs.³⁵ Partant, ces derniers continueront à participer à la résolution arbitrale des différends.³⁶

2) Possibilité de création d'un devoir de coopération imposé à la partie défenderesse étatique auto-représentée

1137. Si les principes de droit international général appliqués à la résolution du contentieux arbitral mixte protègent le statut procédural des États membres, le droit européen peut néanmoins avoir vocation à assujettir la conduite procédurale de ces États. Une ultime opportunité de participation de la Commission européenne aux instances doit alors être envisagée. Au regard des exigences du droit européen, se peut-il que la nouvelle compétence en matière d'IDE instaure un mécanisme interne de coopération procédurale ? Celui-ci lierait les États membres ayant qualité de partie défenderesse auto-représentée à la Commission européenne, durant le déroulé des procédures arbitrales.

1138. La réponse semble affirmative, selon l'article 4 §3 du TUE relatif au devoir de coopération loyale visant notamment à régir la conclusion et l'exécution des accords mixtes. Après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, les TBI extra-européens ont d'ailleurs été considérés comme étant « structurellement comparables » aux accords mixtes, même s'ils n'ont été conclus que par les États membres.³⁷

disposition relative à l'usage par l'investisseur des voies de recours internes. Notons que la Commission européenne ne peut pas intervenir durant une procédure se déroulant devant un juge national d'un État membre et interférer dans les recours internes. En conséquence, l'Union européenne ne peut pas être partie défenderesse dans ce cas. Voir S. Schill, « Arbitration procedure: the role of the European Union... », *loc.cit.*, p.141; C. Tietje, E. Sipiorski & G. Töpfer, *Responsibility in investor-State arbitration in the EU – Managing financial responsibility linked to investor-State dispute settlement tribunals established by EU's international investment agreements*, European Parliament, Directorate General for external policies of the Union, Directorate B, December 2012, p.26.

³³ S. Schill, « Arbitration procedure: the role of the European Union... », *loc.cit.*, p.140.

³⁴ *Ibidem*, p.141.

³⁵ S. Schill, « Discussion », *loc.cit.*, p.192.

³⁶ Il est possible de penser qu'une partie des nouveaux États membres peut être plus encline à accepter et même à rechercher une représentation européenne de leur position devant les tribunaux arbitraux.

³⁷ Ainsi, tant les TBI extra-européens que les accords mixtes requièrent que l'action des États membres soit coordonnée. Voir S. Schill, « Arbitration procedure: the role of the European Union... », *loc.cit.*, p.142.

1139. Dans ce cas, la Commission peut alors intervenir aux instances arbitrales mixtes pour sauvegarder ses propres intérêts, par le biais de la participation de l'État membre défendeur.³⁸ En effet, le devoir de coopération loyale est vecteur d'une multitude d'obligations auprès des États membres. Il suppose une étroite coopération appelée à s'appliquer durant la totalité de la résolution des différends.³⁹

1140. Toutefois, la portée concrète de l'article 4 §3 TUE est limitée au plan externe. Ainsi, même si les apports liés au devoir de coopération sont à souligner,⁴⁰ il est noté que la participation de la Commission aux instances arbitrales reste précaire.⁴¹ Il n'est pas indiscutable que celle-ci ait par-là acquis un droit à être informée par les États membres défendeurs de l'existence d'un arbitrage, ni plus évident que le devoir de coopération permette notamment que les États membres défendeurs ne puissent plus s'opposer à la participation en tant que tiers de la Commission européenne aux instances.⁴²

1141. Pour conclure cette étape du raisonnement, retenons que les effets de la compétence en matière d'IDE sur le statut procédural usuel des États membres sont, pour la Commission européenne, insatisfaisants. La première fondation de la politique commune d'investissement ne permet pas à la Commission européenne d'intégrer la résolution arbitrale des différends en tant que partie défenderesse ou en tant que partie représentante. Quant au devoir de coopération, il doit être explicité, pour que ses effets soient garantis. C'est chose faite grâce au Règlement 1219/2012.

³⁸ La Cour de justice considère à ce propos que le principe de coopération loyale implique une coopération verticale étroite *a posteriori* de la conclusion des accords, notamment s'agissant de l'exécution des engagements et de la résolution des différends. Voir CJUE, 20 avril 2010, *Commission c/ Suède*, aff. C-246/07, point 73 ; CJUE, 30 mai 2006, *Commission c/ Irlande*, aff. C-459/03, points 175 et 176.

³⁹ Le devoir de coopération loyale suppose *in concreto* que l'action des États membres soit marquée du sceau de l'information mutuelle. Ainsi, l'État membre défendeur devrait informer la Commission européenne de la demande d'arbitrage et du déroulé de la procédure, lui communiquer les écrits, la consulter et coopérer avec elle. Il serait alors envisageable d'intégrer les soumissions de la Commission européenne au sein de celles de l'État membre et celui-ci pourrait permettre aux représentants de la Commission européenne, au sein de la délégation étatique, de faire des soumissions écrites et orales devant le tribunal arbitral. Voir S. Schill, « Arbitration procedure: the role of the European Union... », *loc.cit.*, p.143.

⁴⁰ Il est rappelé que la coopération, durant les procédures arbitrales, est l'un des moyens pour satisfaire les intérêts des divers acteurs en jeu et pour résoudre la question du statut procédural d'une façon appropriée. *Ibidem*, p.133.

⁴¹ *Ibid.*, p.142.

⁴² Les tribunaux arbitraux disposent d'un pouvoir discrétionnaire en ce domaine. En principe, l'admission de l'*amicus curiae* est aussi soumise à l'accord des parties, contrairement au cas d'un expert ou d'un témoin. *Ibidem*.

Paragraphe 2. Effets du Règlement N°1219/2012 sur la participation de l'Union européenne à la résolution arbitrale des différends

1142. Le Règlement N°1219/2012 vise en premier lieu à gérer le sort des TBI extra-européens conclus par les États membres. En matière procédurale, le texte doit également permettre de renforcer la participation de la Commission européenne à la résolution arbitrale des différends fondée sur ces TBI, préparant ainsi sa future participation aux instances arbitrales en tant que partie défenderesse, une fois que l'Union européenne aura conclu des accords européens d'investissement en exerçant sa compétence en matière d'IDE.

1143. Il convient alors de déterminer la portée de la seconde fondation de la politique d'investissement sur le statut procédural des États membres aux instances arbitrales. Nous constaterons que le Règlement N°1219/2012 n'a aucun effet sur les aspects externes liés à la participation de l'Union européenne aux instances arbitrales, d'où une intégration officielle limitée **(A)**. Il permet toutefois une indéniable amélioration des aspects internes de la problématique, donnant à la participation une nature officieuse **(B)**.

1144. L'instauration de la période d'intérim doit permettre la réalisation de deux enjeux cruciaux pour l'Union européenne, à savoir l'assurance de pouvoir participer aux instances arbitrales initiées sur le fondement des TBI extra-européens en vigueur, en tant qu'*amicus curiae*, et le respect du devoir de coopération loyale par les parties défenderesses étatiques.

A. La participation officielle limitée de l'Union européenne à l'arbitrage fondé sur les TBI en vigueur

1145. Quelles sont les réponses apportées par le Règlement N°1219/2012 à l'impossibilité pour l'Union européenne de dépasser son statut procédural actuel de tiers aux instances arbitrales ? Peut-elle désormais bénéficier du statut de partie défenderesse et agir en tant que tel devant les tribunaux arbitraux ? Renouvelons alors nos interrogations relatives aux effets procéduraux de la première fondation de la politique commune d'investissement, en les appliquant au cas du Règlement N°1219/2012.

1146. Nous constaterons que les effets procéduraux de ce texte restent insatisfaisants, s'agissant de l'aspect externe de la problématique de l'eupéanisation du statut procédural des États

membres aux instances arbitrales. En effet, le règlement est dénué d'effet sur la qualité de partie défenderesse et sur la capacité des États membres à agir aux instances arbitrales en leur nom propre (1). En conséquence, la nature exacte de la participation de la Commission européennes aux instances arbitrales doit être déterminée (2).

1) Absence d'effet du Règlement sur la qualité de partie défenderesse et la représentation des États membres défendeurs

1147. Comme pour la notion d'IDE, il est vite arrivé à la conclusion que le Règlement N°1219/2012 n'a aucun effet sur le statut procédural des États membres qu'ils possèdent en vertu des trois catégories de TBI mises en exergue par le texte.⁴³ On rappelle que les TBI signés avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne restent en vigueur jusqu'à la conclusion d'un accord équivalent par l'Union européenne.⁴⁴

1148. Le *statu quo* permet aux États membres de bénéficier d'une redélégation de compétence, les autorisant à continuer à adopter des actes juridiquement contraignants,⁴⁵ comme cela pourra être le cas lors des renégociations de ces traités.⁴⁶ En conséquence, les États membres peuvent conclure de nouveaux traités avec les pays tiers et seuls ces États auront la qualité de partie signataire.⁴⁷ L'Union européenne n'a donc pas vocation, en vertu du droit international général, à être assignée à l'arbitrage et à avoir la qualité de partie défenderesse durant cette période de transition.⁴⁸

⁴³ Il est précisé une nouvelle fois que ce règlement est relatif à l'encadrement des TBI conclus entre les États membres et les pays tiers. Il vise d'abord les TBI signés par les États membres avant le 1er décembre 2009, qui peuvent être maintenus ou entrer en vigueur. Sont aussi visés les TBI signés entre cette date et le 9 janvier 2013, puis ceux non encore signés au 9 janvier 2013.

⁴⁴ Selon l'article 3 du règlement, la perspective choisie est celle du remplacement progressif des TBI, selon laquelle les TBI existants restent en vigueur tant que l'Union européenne n'a pas signé ses propres accords avec un contenu équivalent. Ainsi, les États membres peuvent encore être assignés après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne sur le fondement de ces instruments conventionnels.

⁴⁵ Bien que la compétence en matière d'IDE ait été proclamée exclusive, les États membres sont redevenus compétents par effet du Règlement N°1219/2012 et peuvent être autorisés à signer les prochains accords. Voir le considérant 1 du règlement.

⁴⁶ L'article 7 du règlement soumet l'ouverture de la renégociation des TBI à l'accord de la Commission européenne, selon un système que nous avons qualifié de mixité anticipée.

⁴⁷ Sur le modèle de la démonstration relative aux effets procéduraux de la notion d'IDE, le droit international général fait une nouvelle fois obstacle à ce que l'Union européenne obtienne le statut de partie défenderesse, attendu qu'elle n'est pas signataire des TBI extra-européens. Le principe de l'effet relatif des engagements conventionnels reste une barrière à l'engagement de la responsabilité internationale de l'Union européenne, que le Règlement N°1219/2012 ne permet pas de franchir.

⁴⁸ Il découle de ces dispositions que la Commission européenne n'a pu obtenir, par le biais de ce règlement, qu'une compétence d'assistance voire de supervision des règlements des différends, initiés sur le fondement des TBI extra-européens en vigueur.

1149. Quant à l'octroi par le règlement d'un pouvoir de représentation des États membres défendeurs à la Commission européenne, une fois de plus l'éclairage donné par le droit international général impose de répondre par la négative. En ce sens, rappelons d'abord que la qualité de partie contestante emporte avec elle le droit de se représenter à l'instance. De plus, le silence général des dispositions de ce règlement à propos de cette question ne permet pas de déduire l'existence d'un pouvoir de représentation, même par une interprétation téléologique.⁴⁹ Enfin, notons qu'un des considérants du Règlement rappelle que les TBI extra-européens restés en vigueur doivent continuer à s'appliquer. Il en va de même s'agissant de la résolution des différends qu'ils prévoient.⁵⁰

1150. Ainsi, sait-on déjà que le Règlement n'accorde à la Commission européenne ni la qualité de partie contestante ni celle de représentant des États membres durant le déroulé des futures instances. Les États membres conservent donc leur rôle habituel, dans la résolution du contentieux des investissements extra-européens. Ajoutons également qu'ils continueront à être assignés à l'arbitrage sur le fondement des TBI intra-européens.⁵¹ Reste à savoir si la Commission européenne peut, par le biais de ce règlement, assurer son efficiente participation aux instances arbitrales en tant qu'*amicus curiae*.

2) Les conséquences procédurales pour l'Union européenne

1151. En conséquence du maintien du statut procédural des États membres, l'Union européenne ne dispose encore que de son statut procédural actuel, à savoir celui de tiers ne pouvant intervenir à la résolution des différends qu'en tant qu'*amicus curiae*.⁵² La poursuite d'une participation en tant qu'ami de la cour n'est pas dénuée d'atouts.⁵³ Elle ne satisfait cependant pas la Commission européenne, car une telle participation n'est pas *de jure* garantie. En effet, l'*amicus curiae* ne peut intervenir qu'en cas de consentement des parties à l'instance. Les tribunaux arbitraux

⁴⁹ S'agissant des dispositions relatives au devoir de coopération loyale, il faut s'intéresser à l'ultime partie des dispositions de l'article 13 du règlement, qui prévoit « *la participation de la Commission européenne à la procédure* ». Malgré le manque de précision de la formule, il est certain que la Commission européenne ne participera pas en tant que partie contestante, mais comme *amicus curiae*. La formule peut laisser penser que la Commission européenne agira en représentation des États membres.

⁵⁰ Voir le considérant 16 du règlement.

⁵¹ Il est exclu que l'Union européenne tende à vouloir se substituer à l'État membre assigné sur la base d'un TBI intra-européen, puisque l'arbitrage d'investissement initié sur ce fondement a été rejeté par la Commission européenne, qui souhaite que ces TBI soient dénoncés.

⁵² E. Fernández Masiá, « El Tratado de Lisboa y el futuro de los Acuerdos para la promoción... », *loc.cit.*, p.344.

⁵³ Il est noté que l'atout majeur de la participation en tant qu'*amicus curiae* est que celle-ci évite de tenter de résoudre les difficultés de l'insertion de l'Union européenne au sein des règles procédurales existantes, notamment la délicate question de l'adhésion au CIRDI. Voir E. Silva Romero, « Quel arbitrage d'investissement (institutionnel ou ad hoc) ? », in C. Kessedjian (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, *op.cit.*, pp.94-118, p.102.

conservent aussi un pouvoir discrétionnaire d'admission. En conséquence, le Règlement N°1219/2012 permet-il de garantir cette participation ?

1152. Au vu de l'article 13 du Règlement, relatif à l'explicitation du devoir de coopération loyale régissant la conduite des États membres assignés à l'arbitrage, il faut répondre par la positive. Même si la participation de la Commission européenne en tant qu'*amicus curiae* n'est pas textuellement visée, elle se déduit de la large portée des points b) et c) de cet article, les deux prévoyant quel que soit le contenu du devoir de coopération que la résolution des différends peut impliquer, le cas échéant, « *la participation de la Commission* »⁵⁴ aux procédures. Conformément au raisonnement précédemment développé, il est manifeste que cette participation ne peut qu'être celle d'un *amicus curiae*.⁵⁵

1153. Quels sont alors les résultats d'une garantie si laconique de participation en tant que tiers ? Soulignons que des précisions avaient été apportées à ce sujet, mais qu'elles n'ont pas été retenues par la version finale du texte.⁵⁶ En conséquence, il semble que le consentement des parties puisse encore constituer un obstacle à la participation de la Commission européenne comme *amicus curiae*. Si les États membres défendeurs ne sont alors plus en mesure de s'y opposer,⁵⁷ le Règlement n'a pas d'effet contraignant sur les investisseurs tiers, qui restent en mesure de refuser la participation des *amici curiae*. N'oublions pas le pouvoir discrétionnaire des tribunaux arbitraux. La participation amicale de la Commission européenne n'est donc pas pleinement garantie par le texte.

1154. Cela étant, les effets du Règlement N°1219/2012 sur le statut procédural des États membres sont plus ambivalents, une fois que l'on considère le volet interne de la problématique de la participation de l'Union européenne à la voie arbitrale mixte. Le Règlement précise à ce sujet que

⁵⁴ Voir les articles 13 b) et c) du règlement.

⁵⁵ Il peut être regretté le manque de précision du règlement, notamment sur la qualification du statut de la Commission européenne lors d'une telle intervention aux futures instances arbitrales. La généralité de la formule peut laisser penser à l'octroi d'un pouvoir de représentation, mais il n'en est rien, en vertu du raisonnement tenu précédemment au sujet des effets procéduraux de l'affirmation d'une compétence européenne en matière d'IDE. Voir N. Lavranos, « In defence of Member States' BITs gold standards... », *loc.cit.*, p.10.

⁵⁶ « Dans le contexte de l'élaboration de la politique d'investissement de l'UE, le rapporteur suggère en outre d'imposer l'obligation aux États membres, en cas de renégociation de traités bilatéraux ou de négociation de nouveaux traités, de prévoir un mécanisme de règlement des différends prévoyant que la Commission est autorisée à participer à la procédure au moins en tant qu'*amicus curiae* et que les exigences de confidentialité soient levées de manière à permettre à la Commission d'intervenir en cette qualité. Il s'agit là d'un élément indispensable de la nouvelle politique d'investissement de l'UE ainsi que de la transition vers celle-ci », tel est ce que préconisait du projet de rapport de la Commission du commerce international. Voir le projet de rapport sur la proposition de règlement établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement du 18 novembre 2010, amendement 13 et exposé des motifs, p.27.

⁵⁷ Il existe encore un risque réel d'opposition de la part des États membres fondateurs.

le mode usuel de règlement des différends doit respecter la compétence européenne exclusive.⁵⁸ Allant dans le sens d'une infiltration plus officieuse, permettant néanmoins d'eupéaniser *de facto* le statut procédural étatique, l'étroite coopération verticale imposée par le droit européen pourrait même aller jusqu'à muer l'*amicus curiae* en une figure procédurale encore inconnue.

B. La participation officieuse facilitée de l'Union européenne à l'arbitrage fondé sur les TBI en vigueur

1155. En dépit d'une capacité de participation procédurale officielle encore réduite à celle d'*amicus curiae*, la Commission européenne peut néanmoins se rapprocher de son objectif, grâce à la portée du Règlement N°1219/2012. Celle-ci est assez large pour préciser l'aspect interne de la participation de l'Union européenne aux instances arbitrales, domaine qui relève du droit européen et donc de l'emprise des instances bruxelloises. L'encadrement de la conduite procédurale des États membres défendeurs, visé au sein des dispositions finales du règlement,⁵⁹ doit ainsi faire l'objet d'une analyse critique de ses effets.

1156. Le règlement explicite le devoir de coopération procédurale régissant la conduite des États membres attraités devant les tribunaux arbitraux, dont l'effet est d'intégrer la Commission européenne aux résolutions non seulement mixtes, **(1)** mais aussi inter-étatiques **(2)** des différends initiées sur la base d'instruments conventionnels auxquels l'Union européenne n'est pas partie signataire. Ainsi, si la Commission européenne conserve le statut de tiers aux instances jusqu'à la conclusion de ses propres accords, sa participation comme *amicus curiae* prend une dimension inédite, ce qui incite à approfondir la question de la portée exacte de l'intervention de cette institution procédurale **(3)**.

1) Exigences de la Commission européenne auprès d'un État membre partie défenderesse

1157. La Commission européenne ne dispose pas des privilèges procéduraux liés au statut de partie à l'instance. Elle peut néanmoins avoir trouvé un moyen d'obtenir des équivalents, par le biais des exigences du droit européen vis-à-vis de la conduite procédurale des États membres. Elle

⁵⁸ Voir le considérant 16 du règlement.

⁵⁹ L'article 13, *ibid.*, est intitulé « Conduite des États membres en ce qui concerne un accord bilatéral d'investissement conclu avec un pays tiers ».

pourrait ainsi disposer d'un ersatz de *locus standi*. Son statut actuel de tiers deviendrait ainsi hybride. Observons que l'article 13 du Règlement N°1219/2012 prend soin d'intégrer la Commission européenne au sein de la participation des États membres à la résolution des différends en tant que partie défenderesse et en tant que partie demanderesse.

1158. Voyons tout d'abord le cas d'un État membre participant en tant que partie défenderesse auto-représentée aux résolutions arbitrales mixtes des conflits. Le point b) de l'article 13 vise à imposer, en amont de toute activation d'une instance arbitrale, aux États membres défendeurs une diligente transmission de toute information ayant trait à l'exécution des TBI extra-européens et à une remise en cause de la conformité d'une mesure étatique par un investisseur tiers.⁶⁰ Il doit être par ailleurs fait de même, s'agissant de la demande de règlement arbitral d'un différend introduite sur le fondement d'un TBI extra-européen.⁶¹ Enfin, le déroulement d'une instance arbitrale doit être marqué, du côté de la partie défenderesse, par l'étroite coopération entre l'État membre et la Commission européenne, pouvant aboutir à la participation de celle-ci à l'instance comme *amicus curiae*.⁶²

1159. S'agissant des effets de telles exigences, en théorie celles-ci ne doivent pas avoir de répercussions sur les investisseurs tiers, car elles visent la conduite interne des États. Pourtant, *in concreto* il est indiscutable que la prévision d'un devoir général d'information donne à ce tiers pouvant intervenir comme *amicus curiae* un statut hybride. La confusion est propagée, aussi bien s'agissant de la confidentialité que du caractère privé des usuelles résolutions arbitrales. Spécifions qu'il est d'usage que les droits d'intervention aux instances arbitrales de l'ami de la cour soient limités.⁶³ Le droit européen ne peut imposer à l'investisseur tiers d'accepter la participation d'un

⁶⁰ Pour la Commission européenne, s'intégrer à l'arbitrage mixte passe nécessairement par la possession de l'information. Ainsi, le Règlement N°1219/2012 et son article 13 b) prévoient que l'information doit être transmise d'abord s'agissant de l'exécution des traités, à savoir que « toute observation » qui aurait été émise à propos d'une mesure étatique, par un investisseur tiers, et qui serait « en contradiction » avec un TBI extra-européen doit être communiquée à la Commission européenne, « sans retard injustifié ». L'article prévoit ensuite que l'État membre doit informer « la Commission, sans retard injustifié, de toute observation reçue établissant qu'une mesure particulière est en contradiction avec l'accord ».

⁶¹ La demande de règlement d'un différend doit être transmise par l'État membre « aussitôt qu'il est averti d'une telle demande », en vertu de l'article 13 b).

⁶² L'article 13 b) prévoit que « L'État membre et la Commission coopèrent pleinement et prennent toutes les mesures nécessaires pour assurer une défense efficace, ce qui, le cas échéant, peut impliquer la participation de la Commission à la procédure ». Reste alors à savoir ce qui est entendu par le vocable « participation », à savoir soit celle en tant que tiers, soit celle en tant que représentant des États membres ou en tant que partie défenderesse. Il n'est déjà pas précisé si, ainsi, la participation de l'Union européenne en tant que partie non contestante est garantie par cet article, ce alors qu'elle ne s'impose pas aux tribunaux arbitraux.

⁶³ Les exigences imposées par l'article 13 b) du règlement 1219/2012 semblent faire fi des règles procédurales et du fonctionnement actuels de l'arbitrage d'investissement, notamment CIRDI, s'agissant de la transparence et de la participation des tiers. Il est rappelé que le voile de confidentialité ne peut être levé qu'en cas d'accord des parties, et

tiers, sauf disposition contraire contenue dans l'accord d'investissement.⁶⁴

2) Exigences de la Commission européenne auprès d'un État membre partie demanderesse

1160. Le Règlement a également pour objectif d'encadrer l'action procédurale des États membres pouvant les opposer aux pays tiers, dans le cadre d'une résolution inter-étatique des conflits devant se dérouler, par-devers les États membres, conformément aux exigences de la coopération loyale. Si jamais un État membre désire activer contre un pays tiers, partie à l'accord, l'un des mécanismes inter-étatiques de résolution des différends, le point c) de l'article 13 prévoit que l'action étatique est régie par deux exigences, plaçant les futures résolutions sous l'égide de la Commission européenne. Sont visés tant le mode diplomatique que le mode juridictionnel de résolution des différends inter-étatiques.⁶⁵

1161. Première obligation pesant sur les États membres, ceux-ci doivent obtenir l'autorisation de la Commission préalablement à toute activation contre un pays tiers d'un mécanisme de résolution des différends prévu par les TBI. Si la Commission le souhaite, les États membres doivent activer les mécanismes.⁶⁶ Seconde obligation, au devoir d'information s'adjoint une nécessaire et étroite coopération entre la Commission européenne et l'État membre, durant le déroulé des diverses procédures. Ces dernières pouvant inclure un mode juridictionnel de résolution tel l'arbitrage, ceci implique dans ce cas « *la participation de la Commission aux procédures pertinentes* », une fois encore en tant qu'*amicus curiae*.⁶⁷

que la demande de participation des *amici curiae* est soumise au pouvoir discrétionnaire des tribunaux arbitraux. Par l'effet de l'article 13 b), la Commission européenne pourrait se muer non seulement en un assistant, selon une conception déjà permise devant la Cour EDH, mais aussi en un défendeur d'une cause, puisqu'elle exige de préparer la défense des États, donnant lieu à une figure hybride de *amicus*. En ce sens, il est reconnu qu'un domaine d'intervention exclu de la portée de l'action des *amici* est l'organisation de la procédure arbitrale, laissée aux parties. Voir E. Fernández Masiá, « El Tratado de Lisboa y el futuro de los Acuerdos... », *loc.cit.*, p.344 ; L. Bastin, « The amicus curiae in investor-State arbitration », *Cambridge journal of international and comparative law*, vol.1, n°3, 2012, pp.208-234, p.225 ; F. Grisel et J.E. Viñuales, « L'amicus curiae dans l'arbitrage d'investissement », *ICSID Review - FILJ*, vol.22, n°2, 2007, pp.380-432, p.383 et suiv.

⁶⁴ Les parties ne pourraient plus s'opposer à la participation d'un tiers, si lors du processus de la renégociation encadré par le Règlement N°1219/2102, la Commission européenne pouvait insérer une disposition en ce sens dans les accords d'investissement, ce qui viendrait donc limiter l'autonomie des parties.

⁶⁵ L'article 13 c) du règlement précise que « *Ces mécanismes comprennent la consultation de l'autre partie à l'accord bilatéral d'investissement et le règlement des différends, si l'accord le prévoit.* »

⁶⁶ L'article poursuit comme suit : « *sollicite l'assentiment de la Commission avant d'activer à l'encontre d'un pays tiers tout mécanisme de règlement des différends figurant dans un accord bilatéral d'investissement et, si la Commission le lui demande, active ces mécanismes* ».

⁶⁷ L'article 13 c) termine en disposant que « *L'État membre et la Commission coopèrent pleinement dans le déroulement des procédures au sein des mécanismes concernés, qui peuvent comprendre, le cas échéant, la participation de la Commission aux procédures pertinentes* ».

1162. À l'égard des effets de ces dispositions, il doit être noté que le rôle de tiers de la Commission européenne à la résolution inter-étatique des différends se trouve renforcé. Elle peut ainsi et en théorie décider de toute activation des mécanismes contentieux, mais aussi préparer et participer à la résolution des différends. Notons que cette dernière a toutes les chances d'être informelle.⁶⁸ En effet, la dimension inter-étatique est plus réceptive au règlement diplomatique des différends, tel que la négociation.⁶⁹ L'usage d'un mode juridictionnel de résolution d'un différend inter-étatique étant plus rare, la participation de la Commission européenne en tant qu'*amicus* est donc hypothétique, d'autant plus que cette figure procédurale a surtout vocation à intervenir au sein de résolution mixte des différends.⁷⁰

1163. Au sortir de l'exposé des points b) et c) de l'article 13 du Règlement N°1219/2012, ceux-ci apparaissent comme le détonateur de la future participation de l'Union européenne, en tant que partie contestante aux mécanismes de résolution des différends prévus par les TBI extra-européens. Grâce aux exigences du droit européen, la Commission européenne peut s'assurer de sa participation amicale aux futures instances arbitrales mixtes, au prix d'une possible altération de la figure de l'*amicus curiae*. En effet, celui-ci ne dispose usuellement que d'une faculté de participation limitée. Toutefois, en vertu du Règlement, la Commission dispose de nombreuses prérogatives, au point de lui conférer un statut intermédiaire de « quasi partie » au différend.⁷¹ Une brève analyse de la participation usuelle de l'*amicus curiae* est donc nécessaire.

3) Portée de la participation des *amici curiae* aux instances arbitrales

1164. Une telle innovation relative à la participation de l'*amicus curiae* incite à évoquer quel est le rôle d'ordinaire attribué à cette institution procédurale. Notons d'abord que celle-ci appartient *ab initio* au système de droit de *common law*. Le recours à « l'ami de la Cour » a pu par la suite s'appliquer dans le domaine de l'arbitrage international,⁷² pour désormais s'ériger en un critère de

⁶⁸ Il est plus facile pour la Commission européenne d'infiltrer le mode diplomatique de résolution des différends initié sur le fondement des TBI, puisque les parties résolvent elles-mêmes leur différend, sans faire appel à un tiers.

⁶⁹ Lors d'une résolution diplomatique d'un différend interétatique, la Commission européenne interviendrait alors à titre de simple tiers, en vertu de droits d'intervention qui dépendent de la volonté des États.

⁷⁰ L'*amicus curiae* a une légitimité à intervenir dans les litiges mixtes, beaucoup moins dans le cadre de la résolution des litiges purement privés et publics. Voir F. Grisel et J.E. Viñuales, « L'*amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement », *loc.cit.*, p.431.

⁷¹ Si la figure de l'*amicus curiae* ne bénéficie pas d'un statut général, l'arbitrage CIRDI a désiré lui en accorder un soupçon, en le qualifiant de « partie non contestante », donc de « partie » à l'instance. Un statut intermédiaire a été accordé, entre celui de partie au litige et celui de tiers. Voir F. Grisel et J.E. Viñuales, « L'*amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement », *loc.cit.*, p.426.

⁷² Des auteurs ont défini cette institution comme « l'entité ou la personne qui n'est pas partie à un différend et qui

distinction entre la voie arbitrale privée et la voie arbitrale mixte.⁷³ Rechercher la portée de l'intervention des *amici* est une tâche malaisée, en raison de l'absence d'un droit ou d'un régime juridique formel régulant leur action.⁷⁴ Les tribunaux arbitraux disposent donc de la faculté de faire œuvre créatrice et ont pu donner des pourtours juridiques peu discernables à cette figure procédurale.⁷⁵

1165. Les tribunaux arbitraux se sont ouverts à la participation des *amici* en raison de ses effets bénéfiques pour la voie arbitrale mixte,⁷⁶ mais aussi des critiques des contempteurs incitant les tribunaux à accepter les demandes d'admission.⁷⁷ En conséquence, un principe d'acceptation des demandes d'admission doit être souligné.⁷⁸ L'augmentation des participations pose d'ailleurs de nouvelles problématiques, à propos des caractéristiques de l'arbitrage mixte.⁷⁹

1166. Ajoutons que la nécessité de la participation des *amici* ne se pose plus en doctrine. Celle-ci s'interroge désormais d'abord sur le rôle procédural exact *de lege lata* des *amici curiae* et sur leur rôle procédural *de lege ferenda*, en faisant attention aux possibles effets provenant d'une trop forte altération de la figure procédurale.⁸⁰

1167. *De lege lata*, il existe de larges possibilités abstraites d'intervention accordées aux *amici curiae*.⁸¹ Ils n'en bénéficient cependant pas devant les tribunaux arbitraux, pour ne pas transformer ce tiers en une partie contestante et ne pas porter atteinte à l'attractivité de la voie arbitrale mixte.⁸² Leur rôle a donc été traditionnellement limité à un éclairage, perturbant *a minima*

souhaite soumettre des arguments juridiques au tribunal saisi de ce différend ». Il est noté que cette institution reste quasi inconnue dans les systèmes judiciaires de droit continental. F. Grisel et J.E. Viñuales, « L'amicus curiae dans l'arbitrage d'investissement », *loc.cit.*, pp.382 et suiv.

⁷³ La figure est rejetée par l'arbitrage commercial international. *Ibid.*, p.383.

⁷⁴ *Ibidem*, p.413 et p.425 ; L. Bastin, « The amicus curiae in investor-State arbitration », *loc.cit.*, p.208.

⁷⁵ F. Grisel et J.E. Viñuales, « L'amicus curiae dans l'arbitrage d'investissement », *loc.cit.*, p.383.

⁷⁶ L. Bastin, « The amicus curiae in investor-State arbitration », *loc.cit.*, p.226.

⁷⁷ *Ibidem*, p.212.

⁷⁸ F. Grisel et J.E. Viñuales, « L'amicus curiae dans l'arbitrage d'investissement », *loc.cit.*, p.384.

⁷⁹ L'accroissement de la participation des *amici* implique l'augmentation des coûts et des délais procéduraux. Voir L. Bastin, « The amicus curiae in investor-State arbitration », *loc.cit.*, p.213.

⁸⁰ Les effets collatéraux sont une dénaturalisation de la nature consensuelle de l'arbitrage et une repoliticisation du règlement des différends. Voir L. Bastin, « The amicus curiae in investor-State arbitration », *loc.cit.*, pp.223-226.

⁸¹ Il s'agit des demandes d'accès aux pièces, d'assister aux audiences, d'y faire des observations orales ou encore des contre-interrogations des témoins. Voir Appendix I – Amici curiae requests in investor-State arbitration and their levels of success (current to 28 June 2012), in *ibidem*, p.234.

⁸² La portée de l'intervention des *amici* ne peut pas être équivalente à celle d'une partie au différend, n'ayant pas une qualité pour agir similaire. En ce sens, il a été remarqué et traduit que le tribunal arbitral dans l'affaire *Biwater Gauff c. Tanzanie* a constaté, au §46, que « Il peut d'ores et déjà être relevé que le Règlement du CIRDI ne fournit pas en tant que tel un statut pour l'amicus curiae, dans la mesure où cela pourrait être interprété comme lui conférant une position (« a standing ») dans l'arbitrage tout entier, similaire à celle d'une partie, avec la gamme entière de

le déroulé des procédures.⁸³ Ainsi, ne sont autorisées que les soumissions écrites, voire un accès aux pièces.⁸⁴

1168. Une plus ample participation n'a pas été encouragée,⁸⁵ afin d'encadrer un rôle encore vu comme « subversif » à l'égard de l'univers arbitral privé.⁸⁶ Pourtant, cette participation limitée peut être à géométrie variable,⁸⁷ puisque le rôle attribué à l'*amicus curiae* relève avant tout du pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral.⁸⁸ Devant les arbitres, cette partie dite « désintéressée » n'hésiterait pas à prendre position,⁸⁹ d'où un rôle restant fort ambigu.⁹⁰

1169. *De lege ferenda*, l'amplification du rôle des *amici curiae* est à envisager. Pour cela, il revient à ces tiers désirant éclairer les tribunaux arbitraux d'agir en vertu de certains objectifs.⁹¹ L'action non contestante de la Commission européenne aux instances arbitrales régie par le Règlement N°1219/2012 peut également servir de modèle. En effet, ce texte participe de la juridictionnalisation des modes alternatifs de résolution des différends.⁹² En octroyant à la Commission européenne des possibilités d'intervention allant au-delà de celles accordées aux *amici*

privilèges procéduraux que cela pourrait comporter ». Voir F. Grisel et J.E. Viñuales, « L'*amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement », *loc.cit.*, pp.425-426, note infra-paginale 156 ; CIRDI, *Biwater Gauff c. Tanzanie*, aff. N°ARB/05/22, 2 février 2007, ordonnance procédurale n°5, §46.

⁸³ L. Bastin, « The *amicus curiae* in investor-State arbitration », *loc.cit.*, p.228.

⁸⁴ L'accès aux pièces n'aurait été accordé par les tribunaux arbitraux qu'une seule fois, lors de l'affaire *Piero Foresti c. Afrique du Sud*. Les autres possibilités d'intervention ont été soit refusées, soit non demandées, comme cela est le cas pour les demandes d'observation orale et de contre-interrogation. La Commission européenne est intervenue en tant qu'*amicus curiae* dans les affaires *AES Summit*, *Electrabel* ou encore *Eureko*, avec l'accord des parties. Son intervention a été cependant limitée aux soumissions écrites. *Ibidem*, pp.217 et suiv.

⁸⁵ *Ibid.*, p.222.

⁸⁶ F. Grisel et J.E. Viñuales, « L'*amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement », *loc.cit.*, p.383.

⁸⁷ Il est noté que les *amici* cherchent *in concreto* à agir comme une véritable partie au litige. *Ibidem*, pp.428-429.

⁸⁸ Cela dépend également des règles de procédure prévues par les diverses institutions de règlement des différends. Ainsi, les procédures devant la Cour de La Haye ou le Tribunal international du droit de la mer sont fermées aux *amici*, alors que les juridictions assurant la garantie des droits de l'homme sont très ouvertes. La voie arbitrale mixte est considérée comme plus réceptive à la participation des *amici* que les forums de règlement interétatique des différends. Voir L. Bastin, « The *amicus curiae* in investor-State arbitration », *loc.cit.*, pp.208 et suiv.

⁸⁹ En réalité, l'*amicus curiae* tente d'aller au-delà de son rôle d'assistance de la juridiction, pour prendre position. Voir F. Grisel et J.E. Viñuales, « L'*amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement », *loc.cit.*, p.386.

⁹⁰ La participation concrète de l'*amicus curiae* oscille donc entre une assistance désintéressée et une prise de position affirmée. *Ibid.*, p.386.

⁹¹ Les défis de l'*amicus curiae* sont triples, à savoir devenir une institution habituelle des procédures arbitrales mixtes, acquérir la confiance des acteurs de l'arbitrage et inciter les États à faire certaines réformes procédurales. Il est ainsi suggéré que les *amici* aient recours aux interventions répétées, qu'ils se démarquent par la qualité de leurs observations et qu'ils travaillent à l'insertion, au sein des textes pertinents, de dispositions prévoyant leur participation sur le modèle de l'article 37 §2 du règlement d'arbitrage du CIRDI, en faisant disparaître le pouvoir de veto des parties à l'article 32 §2 du même texte. Voir L. Bastin, « The *amicus curiae* in investor-State arbitration », *loc.cit.*, pp.231-232.

⁹² Ce phénomène est marqué par une perte de contrôle des parties sur le déroulé de la procédure. Voir F. Grisel et J.E. Viñuales, « L'*amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement », *loc.cit.*, p.427.

curiae habituellement,⁹³ le comportement des *amici curiae* – désirant agir comme une véritable partie au litige – est ainsi illustré. De tels propos doivent être confirmés par la pratique.

1170. Notons que les observations de la Commission européenne, qui était intervenue en tant qu'ami de la cour dans l'affaire *Electrabel*, avait été qualifiées par un auteur de « tout sauf celles d'un "ami de la cour" »,⁹⁴ la Commission ayant tenté d'appuyer la position de l'État membre défendeur et de démontrer l'incompétence d'un tribunal CIRDI pour résoudre un différend lié à un investissement intra-communautaire.

1171. Il ressort de cette première étape de l'intégration procédurale que l'Union européenne a pu obtenir une participation efficiente à la résolution des différends initiée sur le fondement des TBI extra-européens conclus par les États membres. L'intégration doit s'accroître, à la suite de l'exercice de la nouvelle compétence en matière d'IDE par l'Union européenne, ce qui soulève une nouvelle problématique juridique.

Section 2. Participation de l'Union européenne à l'arbitrage fondé sur les accords européens d'investissement

1172. L'arrivée de l'Union européenne comme possible acteur de l'arbitrage d'investissement, puisqu'elle dispose désormais d'une base légale pour être partie à des accords d'investissement, est source d'une nouvelle interrogation au sein du contentieux arbitral. Il est en effet loisible de douter de l'identité de la future partie défenderesse à attirer à l'arbitrage initié sur le fondement des nouveaux accords européens d'investissement. S'agira-t-il d'un État membre, de l'Union européenne elle-même ou une partie codéfenderesse ?

1173. La Commission européenne a pris soin de répondre à cette question, par le biais d'une proposition de texte ayant servi de base au Règlement 912/2014,⁹⁵ qui clarifie la question de la

⁹³ Les principes d'unité et d'effectivité du droit européen peuvent justifier qu'il soit accordé une possibilité d'intervention de la Commission européenne plus ample que celle généralement octroyée aux ONG. Toutefois, même maximisée par l'effet du droit européen, l'action de l'*amicus curiae* reste insatisfaisante, car *in fine* les droits accordés aux *amici* ne peuvent pas égaler ceux des parties aux litiges. Voir M. Penadés Fons, « El rol de la Comisión Europea en el arbitraje de inversiones », *loc.cit.*, pp.367-368 ; F. Grisel et J.E. Viñuales, « L'*amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement », *loc.cit.*, p.428 ; N. Lavranos, « In defence of Member States' BITs gold standards... », *loc.cit.*, p.10.

⁹⁴ CIRDI, *Electrabel SA c. Hongrie*, 30 novembre 2012, aff. No. ARB/07/19, décision sur la compétence, l'arbitrabilité et la suspension, *Rev. arb.*, 2013.487, note M. Laazouzi, p.488.

⁹⁵ COM(2012) 335 final ; Règlement N°912/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends entre

répartition de la responsabilité entre l'Union européenne et les États membres par le prisme de la dualité (**Paragraphe 1**).

1174. Constatons ensuite qu'une telle initiative reste néanmoins insuffisante pour constituer le volet procédural de la politique commune d'investissement. Malgré ces efforts, la participation de l'Union européenne à la voie arbitrale mixte reste encore *in concreto* un « chemin semé d'embûches »⁹⁶ et il conviendra de tenter de désigner la voie arbitrale mixte existante apte *de lege lata* à recevoir en son système la participation de l'Union européenne en tant que partie défenderesse (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Une double responsabilité répartie par le Règlement N°912/2014

1175. *Ratione materiae*, le Règlement s'applique aux procédures arbitrales mixtes initiées par un investisseur tiers sur la base des accords d'investissement comprenant une clause d'arbitrage auxquels l'Union européenne est partie, ou auxquels l'Union et ses États membres sont parties.⁹⁷ Reste exclue la résolution interétatique des différends, qui n'aboutit pas à l'octroi d'une compensation financière.⁹⁸ En précisant que le Règlement s'applique aussi bien aux accords mixtes que purs, le texte invite à déterminer l'identité de la future partie défenderesse à la lumière de la nature de l'accord constituant le fondement de la réclamation de l'investisseur tiers.

1176. Ainsi, s'agissant des accords d'investissement mixtes, aussi bien l'Union européenne que les États membres s'engagent à résoudre d'éventuels différends par la voie arbitrale mixte, ce qui est en théorie constitutif d'une concurrence de statuts procéduraux laissant penser que le choix de la partie défenderesse pourrait revenir à l'investisseur tiers.⁹⁹ Le cas spécifique des accords conclus par la seule Union désigne naturellement l'organisation régionale comme partie défenderesse unique, ce qui ne signifie pas pour autant que l'Union soit *in fine* l'entité débitrice au plan interne.

investisseurs et États mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie.

⁹⁶ COM(2010) 343 final, p.11 ; A. Prujiner, « Discussion », in C. Kessedjian (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, *op.cit.*, pp.187-194, p.194.

⁹⁷ Voir l'article premier du Règlement N°912/2014. *Ratione temporis*, le règlement est entré en vigueur le 17 septembre 2014 et s'applique à des différends intervenus dans le cadre d'accords conclus après l'entrée en vigueur du règlement. Pour le cas des différends apparus dans le cadre d'accords conclus auparavant, voir l'article 24 du règlement.

⁹⁸ Voir COM(2012) 335 final, p.10.

⁹⁹ S. Schill, « Arbitration procedure: the role of the European Union... », *loc.cit.*, p.134.

1177. Par le prisme européen, un nouvel éclairage est en ce sens donné aux conceptions classiques de la responsabilité et de la représentation internationales, en vertu du principe d'unité de la représentation internationale de l'Union européenne et de l'objectif européen de neutralité de l'incidence budgétaire. Cela a donné lieu à la création d'une double responsabilité par le règlement N°912/2014, invitant à situer le raisonnement d'abord au sein de l'ordre juridique international, puis au sein de l'ordre juridique intra-européen.¹⁰⁰

1178. En vertu de cette distinction, il convient d'abord d'identifier qui, entre l'Union européenne et les États membres, s'est engagé par voie conventionnelle à l'égard des pays tiers, puis à qui il revient d'exécuter les engagements ainsi pris. Pour cela, voyons comment le Règlement N°912/2014 prévoit de répartir la responsabilité au plan international entre l'Union européenne et les États membres, **(A)** puis envisage la question de la responsabilité au plan interne, dite financière **(B)**.

A. Attribution de la responsabilité au plan international via la désignation de l'entité agissant comme partie défenderesse

1179. Sous les expressions « *responsabilité au niveau international* » et « *déroulement de la procédure de règlement des différends* », ¹⁰¹ le règlement N°912/2014 fait référence à la question de la représentation externe devant les futurs tribunaux arbitraux, à répartir entre l'Union européenne et les États membres. Celle-ci est à l'accoutumée déduite de l'attribution de la responsabilité internationale. Ce n'est plus automatiquement le cas en vertu du principe d'unité de représentation de l'Union européenne, qui doit permettre d'écarter la fragmentation des compétences et de faire parler l'Union européenne d'une seule voix, constituant selon nous la *ratio legis* du texte sur ce point **(1)**. Voyons alors si le règlement y parvient, en décrivant la clé de répartition de la responsabilité dite internationale prévue **(2)**, puis ses effets concrets quant à la volonté d'écarter les États membres de la participation effective aux procédures arbitrales **(3)**.

¹⁰⁰ COM(2012) 335 final, p.4 ; C. Tietje, E. Sipiorski & G. Töpfer, *Responsibility in investor-State arbitration in the EU...*, *op.cit.*, p.9 ; J. Kleinheisterkamp, « Financial responsibility in the European international investment policy », *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 15/2013, p.6 et suiv., disponible à l'adresse : http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2013-15_Kleinheisterkamp.pdf

¹⁰¹ Voir le considérant 3 et le chapitre III du Règlement N°912/2014 contenant les articles 4 à 12.

1) *Ratio legis* du Règlement N°912/2014

1180. Il a été auparavant précisé que l'Union européenne jouit de la personnalité juridique internationale et qu'elle se mue progressivement en un acteur mondial agissant sur la scène internationale en vertu d'un principe d'unicité. Pour être un acteur unitaire au plan international lors de la résolution arbitrale des différends initiée sur la base des futurs accords européens d'investissement, la question de la représentation externe a donc dû faire l'objet d'une tentative d'appropriation, devant permettre à la Commission européenne d'exercer le rôle diplomatique qui lui est octroyé par le TFUE et ainsi d'agir en tant que partie défenderesse unique aux futures instances arbitrales.¹⁰²

1181. L'Union européenne souhaite donc disposer d'un pouvoir de représentation internationale sur le modèle de celui qu'elle possède déjà en droit de l'OMC, à savoir une représentation exclusive. Le considérant 3 du Règlement précise donc, en se référant à la « *responsabilité au niveau international* », que l'Union agira « *en principe* » en tant que partie défenderesse unique, que la mesure à l'origine du différend ait été accordée par l'Union ou par un État membre.¹⁰³

1182. Le texte fonde l'octroi de cette représentation exclusive à la Commission européenne sur la nature de la compétence européenne en matière d'IDE,¹⁰⁴ qui rappelons-le est proclamée exclusive et comme allant au-delà de la matière des IDE depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.¹⁰⁵ Une telle volonté peut aboutir, sur le modèle des systèmes fédéraux, à ce que la représentation internationale auprès des investisseurs tiers soit conférée en principe à l'Union européenne.¹⁰⁶ Il fut néanmoins prévu *ab initio* d'habiliter les États membres à agir et à se représenter aux futures instances en tant qu'exception, dans des cas qu'il conviendra de mettre en

¹⁰² Voir l'article 17 §1 TUE.

¹⁰³ Voir le considérant 3 du Règlement N°912/2014.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Les doutes persistent quant à la portée et les effets de la compétence en matière d'IDE. Si, dans les premiers actes atypiques, une place est laissée à la reconnaissance de la mixité, les suivants s'appliquent à annoncer que désormais la compétence de l'Union s'étend aux investissements de portefeuille et au règlement des différends. Il est en ce sens loisible de lire que « L'Union est compétente en matière d'investissements directs étrangers. Cette compétence englobe les aspects liés au règlement des différends en rapport avec les questions de fond sous-jacentes et inclut le règlement des différends entre investisseurs et États. La Commission est d'avis que la compétence de l'Union s'étend également aux investissements de portefeuille par le truchement de l'article 63 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en liaison avec son article 3, paragraphe 2 ». Voir COM(2013) 601 final, p.3 ; COM(2012) 335 final, p.3 ; N. Lavranos, « In defence of Member States' BITs gold standards... », *loc.cit.*, p.12.

¹⁰⁶ S'agissant du modèle américain et du modèle canadien, voir C. Tietje, E. Sipiorski & G. Töpfer, *Responsibility in investor-State arbitration in the EU...*, *op.cit.*, pp.12-13.

lumière par la suite.¹⁰⁷

1183. Précisons ce propos en fonction de la nature de l'accord servant de fondement à la compétence des arbitres. S'agissant des accords conclus par la seule Union, la nature exclusive de la représentation externe accordée à la Commission européenne va de soi. En effet, la proposition de règlement précisait déjà, conformément au principe d'effet relatif des conventions et à la jurisprudence de la Cour de justice,¹⁰⁸ que « *lorsque l'accord est conclu par l'Union uniquement, seule l'Union peut être poursuivie par un investisseur. Ce principe s'appliquerait même si le traitement contesté dans le cadre d'une procédure de règlement des différends investisseur-État était accordé, non pas par l'Union, mais par un État membre* ». ¹⁰⁹

1184. La question de l'identité de la partie défenderesse à attirer sur la base des accords mixtes est plus délicate, puisqu'en théorie aussi bien l'Union européenne que les États membres peuvent intervenir. Une partie co-défenderesse est même envisageable. Le texte souhaite alors écarter les États membres de la participation aux instances arbitrales, en considérant que la responsabilité dite internationale est attribuée à l'entité qui dispose de la compétence externe en matière d'investissement étranger, à savoir l'Union désormais.¹¹⁰ Sur le fondement d'un accord pur, seule l'Union peut être assignée à l'arbitrage. Un État membre ne pourrait agir comme partie défenderesse que sur la base des accords mixtes. Il reste à savoir si un tel cas est envisagé.

1185. En accordant en principe l'exclusivité de la responsabilité dite externe à l'Union européenne, l'objectif est que la détermination de l'identité de la partie défenderesse à attirer ne dépende pas de la volonté des investisseurs tiers ou de la compétence des tribunaux arbitraux, mais

¹⁰⁷ Il est référé à « des circonstances appropriées, compte tenu des pressions importantes (même temporaires) qui pourraient être exercées sur le budget et les ressources de l'Union, si cette dernière devait agir en qualité de partie défenderesse dans tous les litiges » qui justifieraient de réhabiliter les États membres à participer à la résolution des différends. Voir COM(2012) 335 final, p.5.

¹⁰⁸ Le principe d'effet relatif des traités empêche qu'un État membre puisse se voir reprocher un manquement à un traité auquel il n'est pas formellement partie. La CJUE l'a reconnu dans l'affaire *France c/ Commission*, rappelant que pour un accord pur, les États membres ont certes un devoir de respecter les dispositions de cet accord, mais seule l'Union assume la responsabilité dite internationale. Voir S. Schill, « Arbitration procedure : the role of the European Union... », *loc.cit.*, p.133 ; P. d'Argent, « Participation de l'Union européenne et règlement juridictionnel des différends entre États », cahiers du CeDIE working papers, n°2013/05, p.6, http://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/ssh-cdie/documents/2013-05-PdArgent_.pdf ; CJUE, 9 août 1994, *France c/ Commission européenne*, aff. C-327/91, point 25.

¹⁰⁹ COM(2012) 335 final, p.5.

¹¹⁰ « Dans l'hypothèse où à la fois l'Union européenne et les États membres seraient parties à un accord et où il faudrait se prononcer sur l'imputation de la responsabilité, en droit international, d'un acte particulier, la Commission estime que ce n'est pas l'auteur de l'acte qui doit être déterminant en la matière, mais bien la compétence en ce qui concerne l'objet des règles internationales en question selon les dispositions du traité. Dans cette perspective, il est indifférent qu'un État membre ait compétence en vertu de la réglementation sur le marché intérieur pour légiférer sur son territoire ». Voir COM(2012) 335 final, p.5.

aussi que les possibilités d'une partie co-défenderesse soient éliminées. Voyons alors comment le Règlement N°912/2014 octroie à la Commission européenne la possibilité d'intervenir en tant que partie défenderesse unique dans la majorité des cas.

2) Clé de répartition de la responsabilité au plan international

1186. En vertu du Règlement N°912/2014, la question de la responsabilité dite internationale a fait l'objet d'une répartition entre l'Union européenne et les États membres en fonction de deux cas.

1187. - Premier cas : l'article 4 précise que « *L'Union agit en qualité de partie défenderesse lorsque le différend porte sur un traitement accordé par les institutions, organes ou organismes de l'Union* ». Autrement dit, sur le fondement des accords purs ou mixtes, l'Union a la qualité de partie défenderesse lorsque sa responsabilité au plan international est engagée. Les modalités de participation de l'Union aux instances arbitrales ont été précisées à l'article 11, afin que la Commission européenne puisse compter sur l'assistance des États membres.¹¹¹

1188. - Second cas : il est prévu par l'article 6, lorsque le différend porte un traitement accordé par un État membre, une coopération entre la Commission européenne et cet État membre. Ainsi, plus qu'une désignation automatique de l'État membre comme partie défenderesse, c'est une coopération et des consultations qui doivent être mises en place. Nous avons déjà remarqué que sur le fondement des accords purs, un État membre ne peut pas agir en qualité de partie défenderesse au plan international. En conséquence, c'est pour le cas des accords mixtes que l'article 9 §1 dispose qu'un État membre, responsable au plan interne, dispose de la faculté d'agir comme partie défenderesse,¹¹² sauf dans certains cas.

1189. En effet, plusieurs exceptions ont été prévues à la participation des États membres aux instances arbitrales. La Commission peut tout d'abord décider que c'est l'Union qui doit agir comme partie défenderesse,¹¹³ bien que la responsabilité au plan interne puisse revenir à un État membre

¹¹¹ L'article 11 du règlement précise que bien que l'Union agisse comme partie défenderesse, la coopération des États membres est requise, qu'il s'agisse de l'assistance nécessaire, b) ou de la préparation de la défense avec un accès réciproque aux pièces, c) et d).

¹¹² L'État membre agissant comme partie défenderesse doit transmettre les pièces et les informations relatives à l'avancement de la procédure. Il doit aussi recevoir des représentants bruxellois au sein de la délégation étatique et adopter des positions particulières, sur des questions ayant un intérêt européen. Voir l'article 10 du règlement.

¹¹³ L'article 9 §1 a) précise que l'État membre n'agit pas comme partie défenderesse lorsque « *la Commission a pris, à*

concerné. Pour cela, il faudrait que l'Union soit amenée à supporter la totalité ou au moins une partie de la responsabilité interne ou que le différend porte également sur un traitement accordé par l'Union, selon l'article 9 §2. Il est ajouté que l'Union devrait aussi agir comme partie défenderesse « *lorsqu'un traitement semblable est mis en cause dans une plainte connexe introduite à l'encontre de l'Union auprès de l'OMC* ». ¹¹⁴ Par ailleurs, l'État membre peut confirmer son intention de ne pas agir comme partie défenderesse. ¹¹⁵

1190. À la simple lecture de ces exceptions posées par l'article 9, la volonté d'écartier les États membres de la participation aux instances arbitrales en tant que partie défenderesse pour garantir l'unité de représentation de l'Union apparaît avec évidence. Alors même que ces exceptions sont problématiques au regard de la confidentialité de l'arbitrage, ¹¹⁶ il convient de s'interroger sur leurs effets concrets et de chercher à savoir s'ils permettent de garantir l'unicité de l'action extérieure européenne.

3) L'exclusion des États membres de la participation aux instances arbitrales

1191. De sérieux doutes peuvent être émis à propos des effets concrets du Règlement N°912/2014 sur l'unité de la représentation internationale. Ainsi, jusqu'à quel point les États membres sont-ils en théorie exclus de la participation aux futures instances arbitrales ? Prévenons d'emblée que le Règlement ne vise qu'à établir un « *cadre* », ¹¹⁷ devant être à l'avenir retranscrit, voire étendu, au sein des dispositions des futurs accords européens d'investissement pour avoir un effet contraignant auprès des tribunaux arbitraux. ¹¹⁸

la suite des consultations en application de l'article 6, une décision en application du paragraphe 2 ou 3 du présent article dans un délai de quarante-cinq jours à compter de la réception de l'avis ou de la notification visés à l'article 8 ».

¹¹⁴ L'article 9 §3 poursuit en précisant que l'Union doit agir au plan international « *lorsqu'un panel arbitral a été constitué et que la plainte concerne le même point de droit spécifique et lorsqu'il est nécessaire d'assurer une argumentation cohérente dans l'affaire portée devant l'OMC* ».

¹¹⁵ L'article 9 §1 b) prévoit, s'agissant de cette exception, que « *l'État membre a confirmé par écrit à la Commission, à la suite des consultations en application de l'article 6, dans un délai de quarante-cinq jours à compter de la réception de l'avis ou de la notification visés à l'article 8, son intention de ne pas agir en qualité de partie défenderesse.* »

¹¹⁶ C. Tietje, E. Sipiorski & G. Töpfer, *Responsibility in investor-State arbitration in the EU...*, op.cit., p.7.

¹¹⁷ Voir le titre du Règlement N°912/2014.

¹¹⁸ Des amendements en ce sens ont été proposés, comme celui prévoyant que « *Les dispositions du présent règlement deviennent partie intégrante de tout accord d'investissement auquel l'Union est partie* », qui n'a pas été retenu. La survie des TBI conclus par les États membres laisse une possibilité de choix, donc de contournement des effets du règlement, notamment afin d'éviter qu'en vertu de l'article 8 la Commission s'approprie la représentation internationale. Voir l'amendement 51 du projet de rapport Pawel Zalewski du Parlement européen sur la proposition de règlement, 28 février 2013 ; COM(2010) 343 final, p.12.

1192. La codéfense a été écartée en soutenant que la voie arbitrale mixte n'est pas adaptée à cette configuration.¹¹⁹ Une telle position est pourtant critiquable,¹²⁰ alors qu'*in concreto* les investisseurs tiers peuvent souhaiter, *a contrario* de ce que préconise le texte, d'attirer comme auparavant les États membres, en y adjoignant l'Union européenne.¹²¹

1193. Cela étant, s'il a été rappelé qu'un État membre ne peut pas agir comme partie défenderesse dans le cadre d'un arbitrage fondé sur un accord pur, rappelons que la majorité des accords d'investissement ne devrait pas être conclue selon cette modalité. La mise à l'écart des États membres est donc déjà réduite en raison de ce simple constat.

1194. Sur la base des accords mixtes, la participation des États membres est limitée par une série de cas permettant à l'Union d'obtenir le statut de partie défenderesse. Que dire de ces critères ? D'abord qu'ils ont fait l'objet de modifications par l'effet de la procédure législative. La proposition de règlement prévoyait que la Commission pouvait décider que l'Union agisse comme partie défenderesse à la place des États membres si l'origine du traitement n'était pas aisément identifiable, si des réclamations similaires visaient d'autres États et si le litige soulevait « *des questions de droit non tranchées susceptibles de se poser à nouveau* ». ¹²² Seul le risque que l'Union supporte au moins une partie de la responsabilité interne a été conservé par le texte final. Les précédents critères avaient été sévèrement critiqués par la doctrine.¹²³

1195. Les nouveaux critères semblent *a priori* plus adaptés, laissant ainsi la possibilité aux États membres de participer eux-mêmes aux instances arbitrales. Le critère de la plainte connexe

¹¹⁹ Pour la Commission européenne, la codéfense n'est pas adaptée à la procédure arbitrale mixte. Celle-ci ne prévoirait pas de mécanisme de répartition de la responsabilité. La codéfense pourrait permettre aux États membres de transférer la responsabilité vers l'Union, elle entraînerait des incohérences et donnerait l'opportunité aux tribunaux arbitraux de se prononcer sur la répartition des compétences. Enfin, la codéfense contredit le principe de neutralité budgétaire. Voir COM(2012) 335 final, pp.7-8. Une double responsabilité internationale a aussi des effets sur la conduite de la procédure. Voir F. Baetens, « Procedural issues relating to share responsibility in arbitral proceedings », *SHARES Research Paper* 18, 2012, p.14, disponible à <http://www.sharesproject.nl/wp-content/uploads/2013/01/SHARES-RP-18-final.pdf>

¹²⁰ La critique prend appui sur la complexité des intérêts en jeu qui n'est pas prise en compte, alors que la voie arbitrale est considérée comme relativement adaptée à une partie défenderesse multipartite en raison de la flexibilité des règles procédurales. De même, il a été remarqué en ce sens que les règles procédurales de la CNUDCI ont été révisées pour permettre les litiges multipartites. Voir C. Tietje, E. Sipiorski & G. Töpfer, *Responsibility in investor-State arbitration in the EU...*, *op.cit.*, p.6.

¹²¹ *Ibidem*, p.20.

¹²² Voir l'article 8 §2 de la proposition de règlement.

¹²³ La marge de manœuvre conférée à la Commission par la proposition de règlement, sur le fondement de l'article 8 §2, avait été qualifiée de disproportionnée. Les critères ont été considérés comme trop amples, peu sérieux ou relevant d'une situation peu probable. Voir C. Tietje, E. Sipiorski & G. Töpfer, *Responsibility in investor-State arbitration in the EU...*, *op.cit.*, p.24.

introduite à l'encontre de l'Union auprès de l'OMC est notamment révélateur de la volonté de l'Union européenne de faire de l'arbitrage mixte fondé sur un traité un système proche de l'ORD,¹²⁴ mais la probabilité qu'il fonde la décision de la Commission d'accorder à l'Union le statut de partie défenderesse reste faible.

1196. Quant aux stratégies que peuvent adopter certains États membres face à l'action de la Commission européenne, elles sont en théorie nombreuses. Ainsi, des États membres peuvent tout d'abord renoncer à leur intention d'agir en qualité de défenderesse,¹²⁵ ce qui a pour conséquence de différer leur paiement d'éventuelles indemnités de compensation par le biais de l'écran européen.¹²⁶ Ils ont aussi la possibilité de contester la décision unilatérale de la Commission, prise en vertu de l'article 9 §1 a) du règlement, en raison d'un conflit lié à la satisfaction d'un des critères.

1197. La légalité de l'acte de la Commission européenne pourrait être attaquée par le biais d'un recours en annulation, fondé sur l'article 263 §1 TFUE. La nécessité de saisir la CJUE aux prémices de la résolution du différend est cependant susceptible d'empêcher que les délais imposés par les futurs accords soient respectés.¹²⁷ Un délai supplémentaire, en cas d'activation de procédures européennes internes, devrait en ce sens être prévu au sein des clauses arbitrales des futurs accords.¹²⁸

1198. Plus généralement, le raisonnement sur lequel s'est appuyée la Commission pour fonder son appropriation de la responsabilité dite internationale peut être critiqué. Il a déjà été noté que l'attribution de la responsabilité au plan international dépend désormais de l'entité titulaire de la compétence externe en matière d'investissement étranger, à savoir *a priori* exclusivement l'Union européenne depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Or, il a été analysé que le fait qu'une compétence externe détermine l'attribution de la responsabilité au plan international a des effets directs sur les compétences internes accordées aux États membres, en vertu desquelles les mesures litigieuses sont prises.¹²⁹

¹²⁴ E. Gaillard, « Conclusions », in C. Kessedjian (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, *op.cit.*, pp.195-205, p.202.

¹²⁵ Voir l'article 9 §1 b) du règlement.

¹²⁶ C. Tietje, E. Sipiorski & G. Töpfer, *Responsibility in investor-State arbitration in the EU...*, *op.cit.*, p.25.

¹²⁷ *Ibidem*, p.24.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Des auteurs ont pris pour exemple le domaine de l'éducation et la matière fiscale, relevant des compétences des États membres. Si un différend surgissait sur ce point, alors les tribunaux arbitraux compétents sur le fondement des futurs accords mixtes pourraient exiger que les droits nationaux soient mis en conformité avec les accords, aboutissant à une affectation de la répartition des compétences vis-à-vis des États membres et à une harmonisation des droits, ce qui serait contraire à l'article 207 §6 TFUE. Un autre auteur invite à relativiser cette problématique, Voir C. Tietje, E.

1199. Une telle attribution de responsabilité dite internationale serait alors contraire à l'article 207 §6 TFUE précisant que l'exercice de compétences dans le domaine de la politique commerciale commune n'affecte pas la délimitation des compétences.¹³⁰ Il est rappelé ainsi qu'il n'existe pas de jurisprudence *AETR* inversée.

1200. Le raisonnement visant à écarter les États membres peut aussi être remis en cause en soutenant que la nouvelle compétence européenne n'est pas encore exclusive, ce nonobstant les efforts répétés de la Commission européenne pour persuader du contraire.¹³¹ Les États membres ont alors la possibilité de se prévaloir de leur compétence en matière d'investissement de portefeuille, supposant la nature encore partagée de la compétence externe et le caractère mixte des futurs accords européens, pour regagner leur capacité à agir en tant que partie défenderesse aux instances arbitrales initiées sur la base des accords mixtes.¹³²

1201. En somme, la concurrence de responsabilités au plan international créée en raison de la nature mixte des accords d'investissement a donc été neutralisée au profit de l'Union européenne, qui devrait participer amplement comme partie défenderesse aux procédures arbitrales. La possibilité d'une double participation externe *de jure* est écartée par le règlement N°912/2014, même si celle-ci devrait se dérouler *de facto*.¹³³ L'atout d'une participation contestante unique est qu'elle limite les coûts procéduraux et les difficultés logistiques liées à de multiples défendeurs.¹³⁴

B. Répartition finale de la responsabilité

1202. La partie défenderesse européenne agissant au plan international pourrait en cacher une autre dans l'ordre juridique européen, qui aurait la qualité de partie débitrice finale selon les principes posés par le Règlement N°912/2014. En effet, la question de l'imputation de la

Sipiorski & G. Töpfer, *Responsibility in investor-State arbitration in the EU...*, *op.cit.*, pp.17-18 ; J. Kleinheisterkamp, « Financial responsibility in the European international investment policy », *loc.cit.*, p.17.

¹³⁰ C. Tietje, E. Sipiorski & G. Töpfer, *Responsibility in investor-State arbitration in the EU...*, *op.cit.*, p.16.

¹³¹ Il a été considéré problématique que la Commission européenne poursuive à affirmer l'existence d'une compétence complète en matière d'investissement étranger, alors que la mixité reste *in concreto* le *modus operandi* habituel pour les accords relevant des domaines de la politique commerciale commune. Voir J. Kleinheisterkamp, « Financial responsibility in the European international investment policy », *loc.cit.*, p.5 ; N. Lavranos, « In defence of Member States' BITs gold standards... », *loc.cit.*, p.12.

¹³² E. Gaillard, « Conclusions », *loc.cit.*, p.202.

¹³³ Voir F. Baetens, « Procedural issues relating to share responsibility in arbitral proceedings », *loc.cit.*, p.12.

¹³⁴ Voir C. Tietje, E. Sipiorski & G. Töpfer, *Responsibility in investor-State arbitration in the EU...*, *op.cit.*, p.21 ; F. Baetens, « Procedural issues relating to share responsibility in arbitral proceedings », *loc.cit.*, p.13.

responsabilité internationale est traitée comme une question purement interne par ce texte sous le vocable de responsabilité financière,¹³⁵ en dissociant la partie défenderesse externe de l'entité qui *in fine* paiera les frais de l'arbitrage au sein de l'ordre juridique européen.

1203. Au vu des possibles conséquences financières, la désignation de l'entité débitrice au plan interne est fondamentale. Là encore, il faut se fonder sur la nature de l'instrument conventionnel servant de fondement aux réclamations des investisseurs tiers.

1204. En vertu d'une démarche lui revenant, la Commission européenne a établi une clé de répartition de la responsabilité au sein de l'ordre juridique européen, devant clarifier *ex ante* la question pour éviter qu'elle soit résolue par les tribunaux arbitraux. Considérons sur ce point la *ratio legis* du texte (1), puis analysons comment celui-ci conçoit l'imputation de la responsabilité dite financière, (2) pour enfin questionner l'efficacité concrète de cette clé de répartition et ses effets notamment sur la détermination par les tribunaux arbitraux de leur compétence (3).

1) *Ratio legis* du Règlement N°912/2014 à propos de la désignation de l'entité débitrice

1205. Nous avons vu que la responsabilité dite internationale fait l'objet d'une tentative d'appropriation par la Commission européenne. Notons que la position est inverse s'agissant de la question de la responsabilité dite financière. Au regard de l'objectif de neutralité budgétaire, l'Union européenne agissant comme partie défenderesse ne doit pas supporter les frais liés aux arbitrages lorsque la responsabilité est imputable aux États membres au sein de l'ordre juridique européen,¹³⁶ d'où une répartition de la responsabilité dite financière en fonction du fait personnel. Si l'Union européenne participe dans la majorité des cas aux procédures arbitrales en tant que partie défenderesse, cela ne signifie pas pour autant qu'elle soit l'entité débitrice finale au plan interne.

1206. Pour cela, le règlement N°912/2014 a établi son propre système d'imputation de la responsabilité. En effet, à cause de la nature spécifique de l'Union européenne, les principes du droit de la responsabilité étatique ont été réputés inapplicables *stricto sensu*.¹³⁷ Quant aux principes de

¹³⁵ Ainsi, la responsabilité au plan interne est dénommée « *responsabilité financière* », définie par l'article 2 g) du Règlement N°912/2014 comme « *l'obligation de payer une somme d'argent allouée par un tribunal arbitral ou convenue dans le cadre d'un accord transactionnel, y compris les frais résultant de l'arbitrage* ».

¹³⁶ Voir le considérant 5 du règlement.

¹³⁷ Considérer l'Union européenne comme un État aboutit à ce qu'elle soit responsable des actes de ses sous-entités, à savoir les États membres. Voir C. Tietje, E. Sipiorski & G. Töpfer, *Responsibility in investor-State arbitration in the EU...*, *op.cit.*, p.9 ; CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, 2001.

responsabilité des organisations internationales, ils ont pu servir de référence, mais ne sont *a priori* guère au service de l'objectif d'une dissociation anticipée de la responsabilité.¹³⁸ Le fonctionnement des systèmes fédéraux a également été cité en doctrine,¹³⁹ notamment celui de l'Allemagne prévoyant que l'État fédéral n'est pas responsable des actes commis par ses subdivisions.¹⁴⁰

1207. Le règlement apporte donc d'importantes clarifications, s'agissant d'abord des accords mixtes. Cela était nécessaire, eu égard aux éléments qui suivent. Rappelons tout d'abord que cette modalité de conclusion implique un possible dédoublement de la responsabilité internationale, ce qui est vecteur d'un risque financier pour l'Union européenne et juridique pour les investisseurs tiers.¹⁴¹ Ajoutons que s'agissant de l'exécution des accords mixtes sans liste de compétence, l'Union européenne et les États membres sont reconnus conjointement et solidairement responsables pour la totalité de ce type d'accords.¹⁴² Quant aux accords mixtes avec liste, la responsabilité internationale résultant d'une action doit être établie en fonction de la répartition des compétences.¹⁴³ On comprend donc qu'en l'absence d'un texte spécifique, la responsabilité financière serait probablement partagée, voire à la seule charge de l'Union.¹⁴⁴

1208. Quant à la conclusion des accords par la seule Union, elle implique la responsabilité unique au plan international de l'Union mais n'exclut pas *in fine* la responsabilité financière en droit européen des États membres pourtant non parties signataires, car les dispositions de cette catégorie d'accords s'imposent aux États membres dans l'ordre juridique européen, en vertu de l'article 216 §2 TFUE,¹⁴⁵ mais aussi de la jurisprudence *Haegeman* qui précise que ces accords font partie

¹³⁸ Il est suggéré de se référer à la détermination de la responsabilité des organisations internationales, faisant l'objet des travaux de codification de la CDI qui prévoient l'imputation de la responsabilité à l'organisation en vertu d'un critère de contrôle effectif. Voir C. Tietje, E. Sipiorski & G. Töpfer, *Responsibility in investor-State arbitration in the EU...*, *op.cit.*, p.14 ; E. Neframi, *L'action extérieure de l'Union européenne*, *op.cit.*, p.196 et suiv. ; CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales*, 2011.

¹³⁹ L'État fédéral est responsable des actes de ses sous-divisions, peu importe à quel niveau la violation alléguée se produit. Contrairement à l'Allemagne, ni les États-Unis ni le Canada ne disposent d'un mécanisme pour que soit imputée la responsabilité directement à la sous-entité. Voir C. Tietje, E. Sipiorski & G. Töpfer, *Responsibility in investor-State arbitration in the EU...*, *op.cit.*, pp.10-13.

¹⁴⁰ Le régime allemand prévoit la division de la responsabilité, en vertu du principe de l'origine du traitement. L'État fédéral allemand peut exiger le remboursement d'une avance auprès de la sous-entité. *Ibidem*, p.5 et p.11.

¹⁴¹ S. Schill, « Arbitration procedure: the role of the European Union... », *loc.cit.*, p.138.

¹⁴² L'Union européenne et les États membres forment alors un « ensemble européen » coresponsable, car « Au titre d'un accord mixte, la Communauté et les États membres sont conjointement responsables, à moins que les dispositions de l'accord n'en disposent autrement ». Voir E. Neframi, *L'action extérieure de l'Union européenne*, *op.cit.*, pp.196-197.

¹⁴³ L'avantage d'une liste de compétences est qu'elle permet de déterminer la responsabilité et donc de la diviser au préalable.

¹⁴⁴ Voir L. Mola, « Which role for the EU in the development of international investment law ? », *loc.cit.*, p.20 ; E. Neframi, *L'action extérieure de l'Union européenne*, *op.cit.*, p.197.

¹⁴⁵ L'article 216 §2 TFUE précise que « Les accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les États membres ».

intégrante de l'ordre juridique européen dès leur entrée en vigueur.¹⁴⁶

1209. Terminons en soulignant que la Cour de justice a confirmé cette interprétation dérogatoire au principe de relativité des traités dans l'affaire *Kupferberg*, en soulignant que le respect par les États membres des engagements provenant d'un accord conclu par la seule Union est d'abord une obligation envers l'organisation régionale, qui a assumé la responsabilité internationale.¹⁴⁷

2) Détermination de la responsabilité dite financière en fonction de l'origine du traitement litigieux

1210. Conformément à l'objectif de neutralité budgétaire exprimé au considérant 7 du Règlement, « *la responsabilité financière devrait incomber à l'entité responsable du traitement qui a été jugé non conforme aux dispositions pertinentes de l'accord* ». Il convient alors de rechercher qui de l'Union européenne ou des États membres est à l'origine du traitement litigieux au sein de l'ordre juridique européen, ce qui traduit l'établissement d'un régime interne de responsabilité du fait personnel.¹⁴⁸

1211. Partant, selon l'article 3 §1 du règlement, l'origine européenne de tout traitement litigieux est constitutive de l'imputation de la responsabilité financière à l'Union européenne,¹⁴⁹ reprenant ce que la Commission avait annoncé dans un acte atypique précédent.¹⁵⁰ *A contrario*, l'origine étatique de toute mesure litigieuse suppose l'imputation de la responsabilité financière à l'État hôte de l'investissement.¹⁵¹ Une exception précise toutefois que l'origine étatique d'un traitement litigieux peut ne pas constituer le facteur d'imputation de la responsabilité à l'État membre, si la mesure étatique a été exigée par le droit européen.¹⁵²

¹⁴⁶ CJCE, 30 avril 1974, *Haegeman*, aff. C-181/73, point 5.

¹⁴⁷ CJCE, 26 octobre 1982, *Kupferberg*, aff. C-104/81, point 13.

¹⁴⁸ Voir COM(2012) 335 final, p.2.

¹⁴⁹ L'article 3 §1 a) du texte prévoit que « *l'Union assume la responsabilité financière résultant du traitement accordé par les institutions, organes ou organismes de l'Union* ».

¹⁵⁰ Sous la rubrique « *responsabilité internationale* », la Commission avait annoncé dans un acte atypique que « *L'Union européenne, représentée par la Commission, défendra toutes les actions menées par les institutions de l'UE* ». Toutefois, des auteurs ont pris soin de noter que la Commission européenne confond responsabilité avec représentation. Voir COM(2010) 343 final, p.12 ; E. Loquin et S. Manciaux, « Les propositions de l'Union européenne en matière d'arbitrage d'investissement », *loc.cit.*, p.163.

¹⁵¹ L'article 3 §1 b) du règlement prévoit que « *l'État membre concerné assume la responsabilité financière résultant du traitement qu'il a accordé* ».

¹⁵² Voir l'article 3 §1 c) du règlement.

1212. Par ailleurs, le §3 du même article poursuit en mettant l'accent sur l'imputation de la responsabilité financière aux États membres, en précisant que ces derniers assument une telle responsabilité, lorsqu'ils l'acceptent en vertu de l'article 12 ou qu'un accord transactionnel a été conclu selon l'article 15. Cet article 12 prévoit ainsi le cas de l'acceptation par un État membre de la responsabilité financière alors que l'Union agit en qualité de partie défenderesse, lorsque cet État membre est susceptible de supporter tout ou partie de la responsabilité interne, dans le cadre d'une procédure initiée sur la base d'un accord mixte ou pur.

1213. Le survol de cette clé de répartition laisse apparaître que celle-ci sert en théorie les objectifs de l'Union européenne. L'engagement de la responsabilité financière de l'Union ou des États membres a fait l'objet d'une détermination précise. Notons que le cas de la co-responsabilité n'est stratégiquement pas retenu.¹⁵³ Cette clé de répartition de la responsabilité financière permet également d'écarter le cas de la responsabilité pour autrui et libère le raisonnement des pesanteurs liées à la détermination de la répartition exacte des compétences.¹⁵⁴ Reste à savoir si cette répartition anticipée et stricte de la responsabilité interne sera effective devant les tribunaux arbitraux.

3) Répartition de la responsabilité financière et accomplissement de la mission des tribunaux arbitraux

1214. Plusieurs remarques doivent être apportées à cette répartition théorique et anticipée de la responsabilité financière par le règlement N°912/2014. Tout d'abord, s'il est évident que le cas de la responsabilité de l'Union européenne pour le fait des États membres est éliminé, il est loisible de se demander désormais si la responsabilité pour ses propres actes peut encore lui être imputée.

1215. En effet, les efforts entrepris pour établir cette clé de répartition pourraient avoir pour effet de rediriger systématiquement la responsabilité vers les États membres. L'idée est que l'origine du traitement litigieux serait en pratique évidente et ne devrait pas être l'objet d'une analyse. Elle ne pourrait qu'être étatique, si l'on considère que l'Union européenne s'appuie avant tout sur les pouvoirs exécutif et législatif des États membres pour la réalisation active de ses politiques.¹⁵⁵ Ceci

¹⁵³ C. Tietje, E. Sipiowski & G. Töpfer, *Responsibility in investor-State arbitration in the EU...*, *op.cit.*, p.20.

¹⁵⁴ L. Mola, « Which role for the EU in the development of international investment law? », *loc.cit.*, p.20.

¹⁵⁵ Il est noté que pour que l'action de l'Union européenne se déploie, celle-ci s'appuie sur les administrations et les pouvoirs exécutifs des États membres, en vertu du principe de coopération loyale. Partant, le régime de responsabilité retenue en fonction du fait personnel reviendrait à retenir systématiquement la responsabilité des États

aboutirait à confier à l'Union européenne agissant comme partie défenderesse un rôle de pure représentation et non celui d'une entité responsable au niveau international.

1216. À considérer ensuite que les mesures puissent provenir de l'Union européenne, la recherche de l'identité de leur auteur au sein de la structure institutionnelle reste délicate, malgré les apports du texte. Tel est le cas si une mesure est relative à une législation d'un État mettant en œuvre une directive européenne,¹⁵⁶ à une mauvaise transposition ou à un excès de transposition d'un instrument de ce type ou encore à une mauvaise exécution d'un règlement européen par un État membre.¹⁵⁷ Ces points ont été relativisés.¹⁵⁸ Partant, l'article 3 §1 c), prévoyant que l'État membre n'assume pas la responsabilité financière lorsque la mesure a été exigée par le droit européen, va contre l'objectif de sécurité juridique, puisque ces cas où l'action est requise par le droit européen ne font pas l'objet d'une délimitation nette de l'imputation de la responsabilité.¹⁵⁹

1217. S'agissant des effets de l'imputation de la responsabilité interne sur les tribunaux arbitraux au plan international, le règlement impose aux arbitres l'identité de la partie défenderesse dans l'ordre juridique international, afin qu'ils ne statuent pas sur la répartition des compétences.¹⁶⁰ Ce « scénario » serait à proscrire.¹⁶¹ Le texte ne peut cependant pas empêcher un tel phénomène.¹⁶² En effet, il relève de la mission des arbitres de statuer *in limine litis* sur leur compétence et devront, *ratione personae*, questionner le statut procédural des parties présentée à eux. Les arbitres pourraient alors être tentés de percer le voile de représentation en se demandant si la mesure

membres, puisque l'Union ne dispose pas d'un pouvoir exécutif. Voir L. Mola, « Which role for the EU in the development of international investment law? », *loc.cit.*, p.20.

¹⁵⁶ Un conflit peut apparaître sur le point de savoir si l'origine du traitement contesté provient de l'objectif de la directive, tel que déterminé au niveau européen, ou de la façon dont l'État membre a transposé cet objectif au sein de sa législation nationale. Voir E. Loquin et S. Manciaux, « Les propositions de l'Union européenne », *loc.cit.*, p.173 ; amendement 8 du considérant 6 du rapport sur la proposition 335 du Parlement européen, 26 mars 2013, rapporteur P. Zalewski.

¹⁵⁷ C. Tietje, E. Sipiorski & G. Töpfer, *Responsibility in investor-State arbitration in the EU...*, *op.cit.*, pp.17-18.

¹⁵⁸ Pour un auteur, ces points ne constituent pas un danger pour la sécurité juridique. Des difficultés peuvent toutefois provenir de la réclamation d'un investisseur tiers, visant un État membre auquel pourrait se substituer l'Union en vertu d'une décision de la Commission prise en vertu de l'article 9 du règlement. L'investisseur peut vouloir contester la substitution devant le tribunal arbitral. Autre possibilité, l'investisseur peut aussi souhaiter que l'Union européenne ait la qualité de partie défenderesse contre la volonté de l'État membre. Voir J. Kleinheisterkamp, « Financial responsibility in the European international investment policy », *loc.cit.*, pp.15-16, note infra-paginale 53.

¹⁵⁹ C. Tietje, E. Sipiorski & G. Töpfer, *Responsibility in investor-State arbitration in the EU...*, *op.cit.*, p.19.

¹⁶⁰ Statuer sur la répartition des compétences relève du monopole exclusif de la CJUE et ce dernier serait menacé si un tribunal arbitral pouvait trancher une question relative à la répartition des compétences. Voir S. Schill, « Arbitration procedure : the role of the European Union... », *loc.cit.*, p.136.

¹⁶¹ Pour la Commission européenne, « un scénario dans lequel une tierce partie donne un avis sur une question purement interne à l'Union est à proscrire ». Voir COM(2012) 335 final, p.8.

¹⁶² Encore faut-il qu'une disposition au sein de l'accord constituant le fondement juridique de la compétence des arbitres précise que le règlement a un effet contraignant auprès des tribunaux arbitraux.

contestée est bien imputable à l'entité désignée au sein de l'ordre juridique européen.¹⁶³

1218. Au terme de cette analyse et malgré ces critiques, il apparaît que les doutes quant à l'identité de la partie défenderesse à assigner à l'arbitrage ont été en théorie dissipés et que l'intégration de l'Union européenne aux procédures arbitrales allant au-delà d'un statut non contestant est devenue un possible juridique. Avant que ne soit examinée la gestion de la responsabilité financière dans le cadre de l'étude du futur européen de l'arbitrage mixte, il est impératif de s'intéresser au second volet de la problématique de la participation de l'Union européenne à l'arbitrage mixte, relatif à la désignation des règles procédurales applicables aux instances.

Paragraphe 2. La procédure arbitrale à laquelle l'Union européenne peut participer

1219. La possible participation de l'Union européenne aux instances arbitrales requiert alors d'identifier la voie arbitrale existante pouvant accueillir une organisation internationale en tant que partie défenderesse sans nécessité de réformes majeures. Notons que la problématique n'est visée explicitement ni par le Règlement N°912/2014 ni par les règlements d'arbitrage privé ou mixte en vigueur.

1220. Quel est donc le corps de règles procédurales ayant la flexibilité qui autorise l'inédite participation d'une organisation internationale aux instances arbitrales initiées sur le fondement des futurs accords européens d'investissement ? Soulignons que l'identification de cette voie arbitrale est fondamentale, car elle emporte des conséquences sur les capacités de négociation de la Commission européenne relatives aux futurs accords.¹⁶⁴ Elle n'est cependant aucunement évidente et encore moins acquise. Au sein d'une « incertitude patente »,¹⁶⁵ elle devrait prendre appui d'abord

¹⁶³ Alors que la valeur juridique exacte d'une décision de la Commission européenne auprès des tribunaux arbitraux reste à déterminer, il est probable que ceux-ci ne renoncent pas à examiner si la partie défenderesse proposée est appropriée. Ils pourraient même estimer que la responsabilité doit être partagée, en étudiant si la mesure litigieuse est bien imputable au défendeur proposé, voire procéder à une substitution de partie défenderesse. Voir F. Baetens, « Procedural issues relating to share responsibility in arbitral proceedings », *loc.cit.*, p.15, note infra-paginale 52; J. Kleinheisterkamp, « Financial responsibility in the European international investment policy », *loc.cit.*, p.9.

¹⁶⁴ Pour un auteur, puisque l'Union européenne n'est pas un État, elle ne serait pas apte à la négociation d'une clause d'arbitrage avec les pays tiers, durant les négociations générales relatives aux futurs accords mixtes. Pour d'autres, la qualité supranationale de l'Union européenne n'est pas constitutive d'une difficulté sur ce point. Voir M. Bungenberg, « Going Global? The EU Common Commercial Policy After Lisbon », *loc.cit.*, pp.149 et suiv. ; W. Shan et S. Zhang, « The treaty of Lisbon : half way toward a common investment policy », *loc.cit.*, p.1070.

¹⁶⁵ E. Loquin et S. Manciaux, « Les propositions de l'Union européenne... », *loc.cit.*, p.166.

sur les mécanismes existants.¹⁶⁶

1221. La recherche aura pour axe central, lors d'un bref parcours de la voie arbitrale internationale, la distinction établie entre l'arbitrage CIRDI et l'arbitrage hors CIRDI, malgré les écueils liés à toute volonté de classification. Alors que l'ensemble de ces règles procédurales semble peu adapté à la participation de l'Union européenne aux instances comme partie défenderesse,¹⁶⁷ l'analyse révélera les difficultés liées au recours à l'arbitrage CIRDI, (A) puis les possibilités se dégageant au regard de l'arbitrage hors CIRDI (B). Nos propos doivent être confirmés *in concreto* lors des négociations et de la signature des futurs accords internationaux d'investissement.

A. Participation à l'arbitrage CIRDI

1222. Il ne fait nul doute que la Commission européenne souhaite que l'Union européenne puisse intégrer la voie arbitrale spécialisée dans la résolution des différends liés aux investissements étrangers, incarnée par le célèbre arbitrage CIRDI. Choix *a priori* louable car celui-ci demeure encore la voie de recours plébiscitée par les investisseurs internationaux,¹⁶⁸ la participation de l'Union européen à l'arbitrage CIRDI aurait pour effet de marquer le succès de l'approche européenne du droit des investissements internationaux sur la scène internationale. La qualité d'acteur mondial visée par l'organisation régionale et le succès de la politique commune d'investissement ne seraient plus à remettre en cause.

1223. Toutefois, la spécificité de l'Union européenne, à savoir son caractère non étatique, s'oppose à ses ambitions d'intégration au sein du contentieux international, comme cela est déjà le cas s'agissant des procédures se déroulant devant les cours de La Haye ou de Strasbourg.¹⁶⁹ En effet, la participation de l'Union européenne à l'arbitrage CIRDI – voire à son mécanisme supplémentaire – en tant que partie défenderesse n'est pas envisageable en l'état actuel (1). En conséquence, il faudra tenter d'analyser la portée des initiatives proposées, afin de remédier à une telle carence (2).

¹⁶⁶ Puisque la création d'une cour spécialisée en matière d'investissement présente de trop nombreux inconvénients, à court terme l'Union européenne se rabattra sur les règles procédurales arbitrales en vigueur.

¹⁶⁷ N. Lavranos, « New developments in the interaction between international investment law and... », *loc.cit.*, p.428.

¹⁶⁸ S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement international*, *op.cit.*, p.50.

¹⁶⁹ N. Lavranos, « New developments in the interaction between... », *ibidem*.

1) L'impossible participation à l'arbitrage CIRDI et à son mécanisme additionnel

1224. *De lege lata*, l'Union européenne n'est pas apte à être assignée aux recours arbitraux placés sous l'égide du Centre. Il faudrait pour cela que l'organisation régionale soit partie à la Convention de Washington. Or, tant la signature que la ratification de cette dernière ne sont ouvertes qu'aux États,¹⁷⁰ qualité non possédée par l'Union européenne. *De lege ferenda*, l'adhésion peut être permise par le biais d'un amendement du texte visant le cas des entités supra-étatiques.¹⁷¹ C'est *in abstracto* réalisable. Cela a même été explicitement envisagé par la Commission européenne,¹⁷² en déclarant qu'elle y travaille.¹⁷³ Elle s'est référée à ce propos au cas de l'adhésion de la Communauté à l'Organisation Mondiale des Douanes.¹⁷⁴

1225. Toutefois, ce projet présente de nombreuses difficultés pratiques. Un auteur pense que des États parties s'opposeraient à un amendement de la Convention de Washington, ne souhaitant pas que leurs investisseurs soient obligés de déposer leurs requêtes contre l'Union européenne.¹⁷⁵ Or, l'unanimité des parties est requise pour qu'un amendement puisse entrer en vigueur, selon son article 66 §1. Des États parties pourraient exiger en conséquence d'autres amendements, pouvant entraîner de graves modifications de structures institutionnelles.¹⁷⁶

¹⁷⁰ La lecture des articles 1 §2, 25 §1 et 67 de la Convention de Washington révèle que le Centre n'offre un mode de résolution qu'aux différends qui opposent « *des États contractants à des ressortissants d'autres États contractants* », et que la convention n'est pas ouverte à la signature de l'Union européenne, celle-ci n'étant ni un État membre de la Banque mondiale ni un État partie au Statut de la CIJ. Voir E. Fernández Masiá, « El Tratado de Lisboa y el futuro de los Acuerdos para la promoción... », *loc.cit.*, p.436 ; J. Gaffney, « How important it is to develop a coherent case law ? The role of judicial dialogue in investment arbitration », in C. Kessedjian (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, *op.cit.*, pp.47-77, p.59 ; COM(2010) 343 final, p.11.

¹⁷¹ La possibilité est prévue aux articles 65 et 66 du chapitre IX de la convention. L'adhésion de l'Union européenne au CIRDI nécessite alors l'acceptation de l'amendement par l'ensemble des États contractants. Il s'agit d'une difficulté qui a déjà été notée, lors de la proposition d'introduire un mécanisme d'appel au sein de l'arbitrage CIRDI. Une modification des statuts du FMI est également requise. Voir E. Silva Romero, « Quel arbitrage d'investissement (institutionnel ou ad hoc) ? », *loc.cit.*, p.98 ; ICSID, *Possible improvements of the framework for ICSID Arbitration*, ICSID Secretariat Discussion Paper, 22 October 2004, §2 de l'annexe ; M. Bungenberg, « Going Global ? The EU Common Commercial Policy after Lisbon », *loc.cit.*, p.149.

¹⁷² E. Loquin et S. Manciaux, « Les propositions de l'Union européenne... », *loc.cit.*, p.164. Un auteur parle d'un « curieux optimisme ». Voir E. Silva Romero, « Quel arbitrage d'investissement (institutionnel ou ad hoc) ? », *loc.cit.*, p.98.

¹⁷³ COM(2010) 343 final, p.11.

¹⁷⁴ Cet exemple n'est guère convaincant, puisque cette organisation vise à régir un domaine qui est non comparable à celui du CIRDI. La nature intergouvernementale de l'OMD incite à considérer cette dernière comme un forum d'échange. Le Centre est à l'opposé une institution favorisant la création de droit international économique contraignant, par le biais de la résolution des différends. Voir COM(2010) 343 final, note infra-paginale 22, p.11 ; E. Silva Romero, « Quel arbitrage d'investissement (institutionnel ou ad hoc) ? », *loc.cit.*, pp.98-99.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p.99.

¹⁷⁶ L'unanimité des États contractants et les dangereux marchandages pouvant suivre font que l'adhésion est remise en cause. Voir S. El Boudouhi, « L'avenir des traités bilatéraux d'investissement conclus par les États membres de l'Union européenne avec les États tiers », *loc.cit.*, p.111 ; E. Loquin et S. Manciaux, « Les propositions de l'Union

1226. En outre, la nouvelle compétence en matière d'IDE ne serait d'aucun recours s'agissant de l'adhésion de l'Union au Centre.¹⁷⁷ Il est aussi paradoxal de vouloir intégrer l'arbitrage CIRDI tout en le critiquant.¹⁷⁸ Ces éléments invitent donc à qualifier ce projet d'« illusoire ». ¹⁷⁹ Il a été reconnu comme tel par le Parlement européen.¹⁸⁰

1227. Quant à l'usage du mécanisme supplémentaire prévu pour faciliter le recours à l'arbitrage CIRDI dans des conditions qui ne s'y prêtent pas *ab initio*,¹⁸¹ celui-ci doit également être écarté. Les raisons sont les mêmes, à savoir la qualité non étatique de la partie défenderesse et une impossible unanimité à recueillir au sein des États parties pour procéder à l'amendement du texte, encore une fois tel que vu par la doctrine et le Parlement européen.¹⁸² *In concreto*, il convient de qualifier la proposition de recours à l'arbitrage CIRDI comme peu réaliste tant aujourd'hui que dans un avenir proche, tout comme la question de la prévision d'une procédure d'appel au sein de la voie arbitrale mixte.¹⁸³

1228. L'imperméabilité du CIRDI à la participation de l'Union européenne peut porter préjudice à la politique commune d'investissement, car elle prive les investisseurs de cette voie de recours spécialisée en la matière.¹⁸⁴ En effet, un investisseur tiers qui doit attirer l'Union européenne bénéficie d'une protection moindre que s'il doit attirer un État membre, étant donné qu'il est privé d'accès à l'arbitrage CIRDI.¹⁸⁵ Voyons alors quels sont les remèdes qui peuvent être proposés à ce constat.

européenne... », *loc.cit.*, p.166 ; M. Bungenberg, « Centralizing BIT making under the Treaty of Lisbon », *loc.cit.*, p.21.

¹⁷⁷ S. El Boudouhi, « L'avenir des traités bilatéraux d'investissement conclus par les États membres... » *loc.cit.*, p.111.

¹⁷⁸ E. Loquin et S. Manciaux, « Les propositions de l'Union européenne... », *loc.cit.*, p.167.

¹⁷⁹ E. Silva Romero, « Quel arbitrage d'investissement (institutionnel ou ad hoc) ? », *loc.cit.*, p.97 ; A. Reinisch, « The EU on the investment path – Quo vadis Europe? The future of EU BITs and other investment agreements », *loc.cit.*, p.134 ; E. Fernández Masiá, « El Tratado de Lisboa y el futuro de los Acuerdos para la promoción... », *loc.cit.*, p.350, note infra-paginale 59. Pour un avis plus nuancé, voir I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, « Competencia de la Unión Europea en materia de inversiones extranjeras y sus implicaciones en el arbitraje inversor-Estado », *loc.cit.*, p.135.

¹⁸⁰ Résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, §33.

¹⁸¹ Le mécanisme supplémentaire permet notamment de résoudre un litige sous l'égide du Centre, lorsqu'un seul des États est partie contractante de la Convention de Washington.

¹⁸² Résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, §33 ; E. Fernández Masiá, « El Tratado de Lisboa y el futuro de los Acuerdos para la promoción... », *loc.cit.*, p.350.

¹⁸³ J. Gaffney, « How important it is to develop a coherent case law... », *loc.cit.*, p.69 et suiv.

¹⁸⁴ M. Burgstaller, « European Law Challenges to Investment Arbitration », *loc.cit.*, p.482. Pour un auteur, l'absence d'accès à l'arbitrage CIRDI est un problème à relativiser, en s'appuyant par exemple sur le cas de Cuba, État non contractant dont le TBI conclu avec l'Espagne accorde aux investisseurs notamment le recours à l'arbitrage CCI ou CNUDCI. Voir M.-Á. Michinel Álvarez, « Inversiones extranjeras y sostenibilidad », *loc.cit.*, p.323.

¹⁸⁵ S. Menétrey, « La participation "amicale" de la Commission européenne... », *loc.cit.*, p.1150 note infra-paginale 101.

2) La portée des initiatives tentant de remédier à cette impossibilité

1229. Pour les investisseurs tiers désirant placer la résolution de leurs différends sous l'égide du CIRDI, il reste envisageable de contourner cette impossibilité. Cette dernière a déjà encouragé le phénomène du *défendeur shopping* aboutissant, par l'effet de la volonté des négociations,¹⁸⁶ à ce que les États membres soient attirés, même si l'Union européenne est à l'origine des mesures litigieuses.¹⁸⁷ Notons que ce phénomène peut être limité par le Règlement N°912/2014 établissant la répartition de la responsabilité financière, puisqu'il établit des critères stricts de désignation de la partie défenderesse. Encore faut-il que ce texte soit contraignant.

1230. Par-devers l'Union européenne et à brève échéance, l'arbitrage CIRDI peut continuer à être accordé aux investisseurs au sein des futurs accords mixtes, malgré l'impossibilité d'adhésion au Centre. L'Union européenne doit certes renoncer pour un temps à obtenir le statut de partie défenderesse. Elle peut encore se contenter d'agir aux instances en tant qu'*amicus curiae* ou d'encadrer l'action procédurale de l'État membre défendeur.¹⁸⁸ Celui-ci devra coopérer avec l'Union européenne, selon une modalité prédéterminée,¹⁸⁹ en vertu de l'article 10 du règlement 912/2014.¹⁹⁰

1231. À plus long terme, les modalités d'établissement d'un équivalent européen du CIRDI peuvent également être étudiées.¹⁹¹ Cet équivalent pourrait avoir compétence, sur le fondement des accords européens d'investissement auxquels l'Union européenne sera partie,¹⁹² pour statuer sur les litiges investisseur-Union européenne en commerce et investissement, tout en garantissant l'application uniforme du droit européen. Une possibilité d'un renvoi préjudiciel devant la CJUE par les arbitres serait à prévoir. Une telle initiative participerait de la multilatéralisation du droit des

¹⁸⁶ Il est possible de s'inspirer du traité sur la Charte de l'Énergie, qui prévoit que États membres et Union doivent se mettre d'accord sur ce point, en cas de réclamation d'un investisseur.

¹⁸⁷ S. El Boudouhi, « L'avenir des traités bilatéraux d'investissement conclus par les États membres de l'Union européenne avec les États tiers », *loc.cit.*, p.110 ; N. Lavranos, « New developments in the interaction between international investment law and... », *loc.cit.*, p.428 ; S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement international, op.cit.*, p.50.

¹⁸⁸ E. Silva Romero, « Quel arbitrage d'investissement (institutionnel ou ad hoc) ? », *loc.cit.*, p.103.

¹⁸⁹ Avant la proposition de règlement de 2012, il avait été songé d'aboutir au même résultat, par le biais d'une décision du Conseil ou en vertu du principe de coopération loyale. Voir L. Mola, « Which role for the EU in the development of international investment law? », *loc.cit.*, p.19.

¹⁹⁰ L'article 10 du règlement prévoit qu'un État membre, pouvant être assigné devant le CIRDI, doit communiquer toutes les informations et fournir tous les documents de procédure à la Commission et permettre à ses représentants de faire partie de la délégation étatique.

¹⁹¹ Un tel organe se dénommerait « ECSID » en anglais ou « CEADI » en espagnol. Voir J. Gaffney, « How important it is to develop a coherent case law... », *loc.cit.*, pp.59-60.

¹⁹² *Ibidem*, p.60.

investissements internationaux.¹⁹³ Toutefois, les nombreuses difficultés techniques liées à la création d'une juridiction internationale constituent un obstacle.¹⁹⁴

1232. Pour conclure, de nombreux obstacles s'opposent à ce que l'arbitrage CIRDI et l'Union européenne interagissent pleinement à brève échéance. Quelques palliatifs peuvent permettre de contourner les difficultés, mais leurs résultats ne sont guère satisfaisants. La prévision du recours à la voie arbitrale spécialisée en la résolution des conflits liés aux investissements souffre de nombreux maux. Il est plus pertinent pour la Commission européenne de se tourner vers l'arbitrage hors CIRDI, lors des prémices de la politique commune d'investissement.

B. Participation à l'arbitrage hors CIRDI

1233. L'arbitrage hors CIRDI constitue pour l'Union européenne une alternative qu'il convient de ne pas négliger,¹⁹⁵ voire le seul remède à son impossibilité d'adhésion au Centre. En effet, la flexibilité caractérisant les règles de procédures arbitrales hors CIRDI suppose qu'elles puissent en l'espèce régir le déroulement des futures instances arbitrales auxquelles la Commission européenne participera en tant que partie défenderesse au plan international. Reste à désigner les règles procédurales générales devant servir de référence.

1234. Deux catégories de voies arbitrales non spécialisées sont, en alternative à l'arbitrage CIRDI, usuellement prévues par les clauses procédurales des TBI extra-européens. Elles devraient donc également l'être au sein des futurs accords européens d'investissement.¹⁹⁶ Il s'agit de l'arbitrage institutionnel et de l'arbitrage *ad hoc*. Avant de désigner la voie arbitrale appropriée, voyons si l'Union européenne peut intégrer, en tant que partie défenderesse, les procédures arbitrales supervisées par un centre d'arbitrage international, **(1)** puis les procédures arbitrales conduites en vertu des règles procédurales de la CNUDCI **(2)**.

¹⁹³ J. Gaffney, « How important it is to develop a coherent case law... », *loc.cit.*, p.60.

¹⁹⁴ S'ajoutent à ces difficultés la nécessité qu'auraient les tribunaux arbitraux d'être aptes à poser une question préjudicielle à la CJUE et celle relative à l'exécution des sentences arbitrales rendues sous l'égide de ce CERDI, d'où des amendements et des revirements au regard du droit européen *de lege lata*. Voir J. Gaffney, « How important it is to develop a coherent case law... », *loc.cit.*, p.60 ; P. Tercier, « Voies de recours », in C. Kessedjian (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement, op.cit.*, pp.165-177, p.165.

¹⁹⁵ Le CIRDI est la seule institution d'arbitrage mentionnée dans la communication de la Commission européenne sur la politique d'investissement. Pour un auteur, l'absence de référence à l'arbitrage CNUDCI ou CCI n'emporte pas *a priori* l'exclusion de ces voies procédurales. Voir COM(2010) 343 final, p.11 ; E. Silva Romero, « Quel arbitrage d'investissement (institutionnel ou ad hoc) ? », *loc.cit.*, p.113.

¹⁹⁶ A. Reinisch, « The EU on the investment path – Quo vadis Europe... », *loc.cit.*, p.134.

1) Possibilités de participation à l'arbitrage institutionnel

1235. Les centres d'arbitrage sont nombreux. Ils ont pour fonction de résoudre les conflits entre les opérateurs du commerce international selon une voie dite institutionnelle, en exerçant un degré variable de supervision et pouvant également intervenir lors de la conduite d'arbitrage *ad hoc*.¹⁹⁷ En raison de leur compétence relevant *ab initio* de la matière commerciale, les recours offerts par ces institutions sont marqués par une forte obligation de confidentialité, qui les distingue de l'arbitrage CIRDI.¹⁹⁸ La flexibilité des recours doit aussi être remarquée. Celle-ci a déjà permis que le cadre commercial puisse s'ouvrir au contentieux des investissements étrangers et que l'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (SCC) et de la Chambre de commerce internationale (CCI) soient notamment offerts aux investisseurs.¹⁹⁹

1236. À la lecture des règlements procéduraux, aucun obstacle n'est à relever s'agissant de la capacité des institutions d'arbitrage à superviser la résolution arbitrale d'un litige liant un investisseur à une organisation internationale. Les clauses d'arbitrage des futurs accords européens doivent cependant le prévoir. Les règlements font référence aux « parties » ou au « défendeur »,²⁰⁰ dénomination suffisamment large pour accueillir l'Union européenne.²⁰¹ Au vu de l'impossible adhésion au CIRDI, l'Union européenne devrait donc accorder aux investisseurs tiers le recours à l'arbitrage CCI ou SCC.²⁰²

1237. S'il existe des obstacles, ceux-ci pourraient découler des exigences de la Commission européenne elle-même. Dans sa communication de 2010, elle a indiqué rechercher un système de règlement de différends transparent, vecteur de cohérence et de prévisibilité. Elle ne s'est toutefois

¹⁹⁷ L'arbitrage CNUDCI est certes non administré par l'un des centres d'arbitrage, mais ceux-ci peuvent intervenir durant la procédure comme autorité de nomination. S'agissant des arbitrages dits institutionnels, leur degré de supervision varie et certains laissent même une importante marge de manœuvre à la volonté des parties.

¹⁹⁸ L'une des distinctions entre l'arbitrage CIRDI et l'arbitrage SCC est que seul le dernier prescrit une obligation de confidentialité envers l'Institut et les tribunaux arbitraux, à laquelle il peut être dérogé par l'accord des parties. Voir l'article 46 du règlement d'arbitrage de l'Institut d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm.

¹⁹⁹ L'arbitrage SCC fait ainsi partie des méthodes de résolution des différends accordées aux investisseurs, en vertu de l'article 26 §4 c) du Traité sur la Charte de l'énergie, en plus de l'arbitrage CIRDI et de l'arbitrage CNUDCI.

²⁰⁰ Voir en ce sens l'article premier du règlement d'arbitrage de la LCIA, l'article 2 du règlement d'arbitrage SCC et les articles 2, 4 et 5 du règlement d'arbitrage CCI.

²⁰¹ La qualité supra-étatique de l'Union européenne ne constitue donc pas à un obstacle à ce que soient utilisées les règles procédurales de l'arbitrage commercial, comme l'arbitrage CCI, SCC ou LCIA. Voir E. Silva Romero, « Quel arbitrage d'investissement (institutionnel ou ad hoc) ? », *loc.cit.*, p.112.

²⁰² Le recours à l'arbitrage CCI est considéré comme une alternative viable à l'impossible adhésion de l'Union européenne au CIRDI. La référence à l'arbitrage CCI est néanmoins rare dans les instruments conventionnels. En 2009, 65 pour cent des différends auraient été portés devant le CIRDI ou son instance additionnelle et seulement 5 pour cent devant la CCI. Voir S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement international*, *op.cit.*, p.50.

référé qu'à l'arbitrage CIRDI quant à la désignation des règles procédurales.²⁰³ Le choix parmi ces arbitrages institutionnels dépend aussi du degré de supervision qui est souhaité.²⁰⁴ Enfin, le recours à l'arbitrage hors CIRDI implique d'envisager le contrôle étatique des sentences arbitrales rendues sous l'égide des institutions, en cas d'incidents d'instance.

2) Participation à l'arbitrage CNUDCI

1238. Récemment révisées en 2010, les règles procédurales de la CNUDCI doivent faire partie des recours accordés aux investisseurs tiers. Celles-ci sont déjà prévues au sein des dispositions des TBI extra-européens et sont considérées par la doctrine comme la meilleure alternative à l'arbitrage CIRDI.²⁰⁵ Elles constituent un encadrement habituel des procédures arbitrales mixtes.²⁰⁶ Caractérisées par leur neutralité et leur plasticité, les règles de la CNUDCI ont permis *ab initio* de trancher les litiges opposant les opérateurs privés du commerce international, avant qu'elles ne puissent aussi s'appliquer à la résolution des différends investisseur-État,²⁰⁷ selon une modalité relevant de la catégorie de l'arbitrage dit *ad hoc*. Cette catégorie d'arbitrage est caractérisée par l'absence générale de supervision d'une institution d'arbitrage.

1239. Une fois encore, aucun obstacle ne permet d'écarter le recours à l'arbitrage hors CIRDI, même si elle n'a pas été l'objet des premières attentions.²⁰⁸ La généralité des dispositions des règles de la CNUDCI autorise l'intégration à la procédure de la partie défenderesse dont la qualité est supranationale.²⁰⁹ Des auteurs ont suggéré à l'Union européenne d'accorder la résolution des différends selon un mode *ad hoc*, en se référant à ce règlement.²¹⁰ La position du Parlement européen, soutenant que l'Union européenne n'a pas accès à l'arbitrage CNUDCI doit être

²⁰³ La désignation de la voie arbitrale est soumise à un critère d'unicité.

²⁰⁴ La voie arbitrale CCI se situe en fait à la frontière de l'arbitrage institutionnel et de l'arbitrage *ad hoc*, puisqu'elle laisse une grande marge de manoeuvre à la volonté des parties, tout en encadrant la procédure d'une façon audacieuse. L'établissement d'un acte de mission par les tribunaux arbitraux est ainsi exigé, au préalable de toute résolution des différends. Les tribunaux doivent par ailleurs soumettre un projet de sentence, devant être contrôlé par l'institution avant son prononcé. Voir les articles 23 et 27 du règlement d'arbitrage de la CCI.

²⁰⁵ Il est ainsi estimé que 20 à 30 pour cent des sentences arbitrales publiées ont été rendues par l'application des règles procédurales de la CNUDCI. Voir E. Silva Romero, « Quel arbitrage d'investissement (institutionnel ou *ad hoc*) ? », *loc.cit.*, pp.112-113.

²⁰⁶ Le règlement de la CNUDCI constitue le deuxième corps de règles procédurales le plus usité en arbitrage mixte, après le règlement d'arbitrage CIRDI. *Ibidem*, p.113.

²⁰⁷ L'article premier des règles de procédure de 2010 de la CNUDCI se réfère à des « parties ».

²⁰⁸ E. Loquin et S. Manciaux, « Les propositions de l'Union européenne... », *loc.cit.*, p.165.

²⁰⁹ I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, « Competencia de la Unión Europea en materia de inversiones extranjerias y sus implicaciones en el arbitraje inversor-Estado », *loc.cit.*, p.135.

²¹⁰ E. Loquin et S. Manciaux, « Les propositions de l'Union européenne... », *loc.cit.*, p.165 ; W. Shan et S. Zhang, « The treaty of Lisbon : half way toward a common investment policy », *loc.cit.*, p.1070.

justifiée,²¹¹ puisque puisqu'aucune disposition au sein du règlement d'arbitrage de la CNUDCI dans sa version de 1976 ou de 2010 ne semble s'ériger en un obstacle.²¹²

1240. D'éventuelles difficultés peuvent toutefois provenir de la nature même de l'arbitrage *ad hoc*. Si les règles procédurales hors CIRDI sont fongibles, il doit être noté que le sort des sentences arbitrales dépendra des droits nationaux et que la nature non spécialisée de l'arbitrage hors CIRDI pourrait empêcher de faire évoluer la voie arbitrale mixte.²¹³ Toutefois, l'arbitrage *ad hoc* dispose de l'atout du sur-mesure et d'un possible moindre coût procédural.²¹⁴ La prévision de cette modalité dépend donc des objectifs européens. La Commission européenne a tout intérêt à proposer plusieurs voies de recours. Le choix final relèvera des négociations entre la Commission et les pays tiers.

1241. Au-delà de la confusion générale relative au choix de la voie arbitrale,²¹⁵ il est évident que seul l'arbitrage non spécialisé est assez flexible pour que l'Union européenne puisse s'y intégrer. N'oublions pas que cette désignation dépend aussi de l'État de nationalité des investisseurs tiers et des négociations avec la Commission européenne. Selon le critère des règles procédurales existantes, une procédure arbitrale investisseur-Union européenne relève donc *in abstracto* du champ des possibles.²¹⁶

²¹¹ Le Parlement européen a écarté la prévision de l'arbitrage CNUDCI, en estimant d'une façon erronée que l'Union européenne ne peut pas y avoir recours en tant que partie défenderesse, tout comme c'est le cas pour l'arbitrage CIRDI, « car l'Union en tant que telle n'est membre d'aucune de ces organisations ». Voir la résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, §33 ; N. Lavranos, « New interactions between international investment law and... », *loc.cit.*, p.428 et p.439.

²¹² Voir E. Loquin et S. Manciaux, « Les propositions de l'Union européenne... », *loc.cit.*, p.165.

²¹³ Il est répondu à cette affirmation que le règlement d'arbitrage de la CNUDCI est appliqué dans des situations « très diverses ». De mêmes, à l'avenir les arbitrages conduits selon les règles de la CNUDCI pourront bénéficier du règlement CNUDCI sur la transparence. Voir COM(2013) 601 final ; E. Loquin et S. Manciaux, « Les propositions de l'Union européenne... », *loc.cit.*, p.165.

²¹⁴ Il est vrai que l'arbitrage non institutionnel décharge les parties des frais liés aux services des centres d'arbitrage. Cet atout est à relativiser, puisque l'arbitrage *ad hoc* peut également aboutir à l'intervention des juges étatiques, en cas d'incidents d'instance.

²¹⁵ E. Loquin et S. Manciaux, « Les propositions de l'Union européenne... », *loc.cit.*, p.167.

²¹⁶ Ce mode de résolution reconfiguré doit s'adapter pour prendre en compte le monopole de la CJUE. Voir S. Schill, « Arbitration procedure: the role of the European Union... », *loc.cit.*, p.146.

Conclusion du chapitre 1

1242. Dans le cadre de ce chapitre, nous avons tenté de souligner que l'action de la Commission européenne visant l'eupéanisation de l'arbitrage d'investissement a été marquée par l'adjonction d'un volet procédural à son mouvement d'ensemble. Ce volet a donc pour objectif de gérer les conséquences liées à l'acquisition de la nouvelle compétence en investissement direct étranger. Qui doit désormais être assigné à l'arbitrage ? Les États membres ou l'Union européenne ? Notre raisonnement a été mené en fonction de la catégorie d'accords pouvant fonder la compétence des arbitres.

1243. S'agissant des accords conclus par les États membres et restés en vigueur en vertu du Règlement N°1219/2012, la nouvelle compétence ne permet pas à la Commission européenne de se substituer aux États membres. Quant aux nouveaux accords, le Règlement N°912/2014 prévoit que l'Union européenne agira en tant que partie défenderesse, afin de s'assurer de la représentation internationale unique de l'Union européenne. Désormais, l'arbitrage investisseur-Union européenne semble être une réalité.

1244. L'une des questions fondamentales pour cela reste encore celle de la désignation des règles procédurales applicables à la résolution des différends. Compte tenu de la participation d'une organisation internationale en tant que partie défenderesse, nous avons conclu que les parties désigneront probablement les règles appartenant à l'arbitrage hors CIRDI. Cela étant, passons à la seconde étape de l'eupéanisation, celle de l'influence de l'Union européenne sur les traits caractéristiques de l'arbitrage d'investissement.

Chapitre 2. Le futur européen du droit procédural des investissements internationaux

1245. L'Union européenne est *a priori* libérée de la problématique de sa participation à la voie arbitrale mixte *de lege lata* et la portée de son pouvoir d'aimantation vis-à-vis du droit procédural des investissements étrangers doit désormais faire l'objet d'une analyse. Notons que l'avenir de ce droit est déjà au centre de toutes les spéculations doctrinales. Les praticiens sont devenus les témoins privilégiés d'un changement contextuel ayant abouti à remettre en question la raison d'être du système arbitral mixte.

1246. Il convient alors de chercher à savoir si l'organisation régionale peut être en mesure de proposer un modèle unique d'arbitrage « investisseur-Union européenne »²¹⁷ et d'apparaître tel un *deus ex machina* vis-à-vis du recours à la voie arbitrale mixte. Des éléments semblent aller dans ce sens, qu'il s'agisse de la volonté des instances bruxelloises,²¹⁸ ou de l'exigence d'une mise en conformité avec le système juridique européen. Toutefois, une réforme brutale de l'arbitrage est à éviter, alors même que la marge de manœuvre de l'Union européenne devrait être à court terme relativement réduite *de lege ferenda*.

1247. Recueillons les opinions des divers acteurs de l'arbitrage mixte, afin de discerner l'avenir de ce mode de résolution des différends voué, avec ou sans l'appui du catalyseur européen, à évoluer au vu de ce contexte favorable aux mutations. La prégnance dont peut faire preuve l'Union européenne et ses amples aspirations sera d'abord étudiée depuis une perspective théorique (**Section 1**), avant qu'elle ne soit confrontée à une analyse menée d'un point de vue pratique (**Section 2**).

Section 1. Étude théorique des opportunités d'évolution du droit procédural des investissements internationaux

1248. L'exception qu'était le recours à l'arbitrage mixte a pu gagner en généralité, progressivement depuis la chute des régimes communistes durant la décennie 90. Il semble que sa nature *ad hoc* ait empêché les nombreuses tentatives de réforme d'aboutir. Dorénavant, ce mode de résolution des différends est au cœur d'un vif débat l'obligeant à évoluer. Un tel constat s'appuie sur

²¹⁷ C. Schreuer, « Session 4 – Preventing a backlash against investment arbitration: could the WTO be the solution ? », The 15th Geneva global arbitration forum, Thursday, December 9, 2010, p.3, disponible en version électronique à http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/preventing_backlash.pdf

²¹⁸ E. Fernández Masiá, « El Tratado de Lisboa y el futuro de los Acuerdos para la promoción... », *loc.cit.*, p.343.

une pluralité d'indices, que ce soit les dénonciations de la Convention de Washington, l'encouragement à l'usage des voies de recours internes, voire un retour de la doctrine Calvo,²¹⁹ et les critiques de la société civile internationale.

1249. En préalable à l'étude des potentialités d'évolution, il est nécessaire que soient remémorés les cinq traits distinctifs actuels de la voie arbitrale privée et mixte.²²⁰ Il s'agit du consentement des parties, de leur libre choix des arbitres et du déroulement de la procédure,²²¹ de la valeur finale de la décision en résultant et du caractère exécutoire de cette dernière. Doivent également être mentionnés l'autorégulation globale du système arbitral,²²² ainsi que le silence des TBI extra-européens sur la transparence et la cohérence procédurales.²²³ L'arrivée de l'Union européenne en tant qu'acteur de l'arbitrage mixte a-t-elle vocation à faire évoluer ces particularités ?

1250. Il apparaît évident que l'ensemble des signaux sont en faveur de la participation de l'Union européenne aux futures instances arbitrales.²²⁴ Ainsi, comme pour le droit matériel des investissements internationaux, un impératif tant général que spécifique d'évolution du volet procédural de ce droit doit être souligné (**Paragraphe 1**). Il requiert qu'en conséquence soit déterminé *de lege ferenda* l'éventuel contenu des clauses de règlement des différends à insérer au sein des futurs accords (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. La nécessité d'évolution du droit procédural des investissements internationaux

1251. L'arbitrage d'investissement est remis en question. Son avenir fait l'objet de nombreuses études et d'initiatives qui doivent ensemble participer de son évolution. Une telle

²¹⁹ C. Schreuer, « Calvo's grandchildren: the return of local remedies in investment arbitration », *The law and practice of international courts and tribunals*, vol.4, n°1, 2005, pp.1-17.

²²⁰ Ces points sont respectivement vus comme le fondement, l'essence, la méthode, la clé et la valeur de l'arbitrage. Voir P. Tercier, « Voies de recours », *loc.cit.*, pp.167-169.

²²¹ Une place importante a été jusqu'à présent laissée à la volonté des parties au sujet du choix et du déroulé des procédures arbitrales, en résultat du laconisme des traités d'investissement. Voir S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement international*, *op.cit.*, p.49.

²²² L'autorégulation est vue comme la « caractéristique première » de la sphère arbitrale et pourrait être, avec l'arrivée de l'Union européenne, remise en cause. Voir Conventions, « Table-ronde n°3 : Le choix des arbitres », in *Faut-il réformer l'arbitrage d'investissement ?*, Journée d'études Conventions du 27 mars 2013, p.2, synthèse disponible à http://convention-s.fr/wp-content/uploads/2013/02/CNV_Synth%C3%A8se_Le-choix-des-arbitres_final.pdf

²²³ Voir à ce sujet le tableau comparatif n°14, in S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement international*, *op.cit.*, pp.50-51.

²²⁴ L'ensemble des États membres est désormais en position de territoire hôte des investissements étrangers. Le phénomène est encore rare s'agissant des États fondateurs du projet européen. Voir le tableau n°13 relatifs aux procédures arbitrales dévoilées opposant un investisseur tiers à un État membre de l'Union, *ibidem*, pp.81-94.

nécessité provient du fait que ce mode de résolution des différends s'est développé précipitamment et qu'il souffre alors des symptômes, selon un auteur, de l'adolescence.²²⁵ Une « crise de légitimité » en a découlé.²²⁶ Elle a été mise en exergue lors de l'émergence de nombreux différends à résoudre, visant désormais une centaine d'États. Il est majoritairement pensé que des réformes, aussi bien mondiales que régionales, doivent être entreprises.

1252. Du point de vue mondial, l'arbitrage d'investissement a été appelé à se réformer. **(A)** Ce mode de résolution des conflits a été vu au centre d'un « tempétueux rejet ». ²²⁷ Une des raisons à cela peut être le fait que, malgré les évolutions de l'ordre économique international, le système arbitral a continué à fonctionner selon sa modalité originelle et que les États hôtes ont perdu confiance en cette voie de recours. En outre, la voie arbitrale doit évoluer du point de vue régional **(B)**. En effet, l'Union européenne n'est en mesure de prévoir le recours à l'arbitrage d'investissement qu'à la condition que les spécificités et les principes de l'ordre juridique européen soient respectés.

A. Une nécessité générale d'évolution

1253. Le développement rapide du recours à la voie arbitrale mixte, qui comme la voie arbitrale privée est passé « d'un hobby à un marché hautement compétitif », ²²⁸ a eu pour conséquence de mettre en exergue les prétendus défauts du système qu'il convient désormais de considérer. Son mode de fonctionnement, imprégné de laissez-faire, a pu provoquer un séisme dont l'épicentre a été localisé en Amérique latine. ²²⁹ Selon les contempteurs, le droit procédural des investissements internationaux souffre de tous les symptômes d'une crise systémique aggravée, ne fût-ce qu'au regard de son coût et de la perte de célérité procédurale. ²³⁰

1254. Exposons les principaux points du débat général relatif à l'avenir de la voie arbitrale mixte. Parmi les arguments visant à écarter le recours à ce mode de résolution des différends **(3)**, se

²²⁵ F. de Trazegnies Granda, « Arbitrando la inversión », *loc.cit.*, p.469.

²²⁶ S.D. Franck, « The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: privatizing public international law through inconsistent decisions », *Fordham law review*, vol.73, n°4, 2005, pp.1521-1625.

²²⁷ M. Waibel, A. Kaushal, K.-H. Chung & C. Balchin (eds), *The backlash against investment arbitration – perception and reality*, Wolters Kluwer, Kluwer law international, 2010.

²²⁸ C. Müller, « Développements futurs de l'arbitrage », in A. Bonomi et D. Bochatay (dirs), *Arbitrage interne et international*, *op.cit.*, pp.141-163, p.142.

²²⁹ N. Lavranos, « New interactions between international investment law and... », *loc.cit.*, p.436 ; W. Ben Hamida, « La dénonciation de la Convention CIRDI en Amérique latine : significations et conséquences », *Revista brasileira de arbitragem*, vol.8, n°30, 2011, pp.65-92 ; E. Fernández Masiá, « El incierto futuro del arbitraje de inversiones en Latinoamérica », *Revista del arbitraje comercial y de inversiones*, vol.2, n°3, 2009, pp.741-760.

²³⁰ N. Lavranos, « New interactions between international investment law and... », *loc.cit.*, p.436.

détachent ceux qui soulignent la carence de transparence, de cohérence et de prévisibilité procédurales. Partant, nous étudierons le thème de la transparence, (1) puis la problématique de la cohérence et de la prévisibilité au sein de l'arbitrage mixte (2).

1) Arbitrage d'investissement et transparence

1255. Le premier point soulevé à l'égard de la voie arbitrale mixte est relatif à la question de la transparence, étant donnée la nature à la fois confidentielle et privée de l'arbitrage.²³¹ S'agissant de la confidentialité, elle peut concerner l'existence même du recours à l'arbitrage. Quant à la nature privée du recours, elle suppose que les tiers ne pourraient pas participer ou assister aux résolutions des différends qui se dérouleraient à huis clos. La réalité semble être cependant plus complexe, car tant la confidentialité que le caractère privé sont protégés de diverses manières par les règlements d'arbitrage et les droits nationaux.²³²

1256. Rappelons que, lors que la création de l'arbitrage d'investissement, le fonctionnement de l'arbitrage privé a servi de modèle, alors même que la confidentialité et que le caractère privé de la mission des tribunaux arbitraux apparaissent requis et légitimes pour la résolution d'un litige liant deux opérateurs privés.²³³ La question de la transparence ne s'est donc pas posée lors des prémices du mode de résolution des différends, ce que révèle le contenu des clauses d'arbitrage des premiers TBI européens.²³⁴

1257. Jusqu'à quel point l'arbitrage d'investissement s'est différencié ? De par le fait que la procédure oppose une personne privée à un État, l'arbitrage d'investissement a été obligé de s'écarter du cadre privé *stricto sensu*. De nombreuses initiatives ont été prises en ce sens afin de prendre en compte la nature mixte de la procédure, ce qui fait dire à des auteurs que celle-ci pourrait alors

²³¹ Voir J. Delaney & D. Barstow Magraw, « Procedural transparency », in P. Muchlinski *et al.* (eds), *The Oxford handbook of international investment law*, *op.cit.*, pp.721-788, p.751 et suiv.

²³² L'arbitrage CIRDI se différencie, en raison des efforts entrepris en vertu du critère de transparence. Ils n'ont pas atteint l'arbitrage commercial. Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI, mais aussi les règles procédurales de la CCI et de la LCIA, contiennent un principe de confidentialité. Ils prévoient que les audiences doivent se dérouler *in camera*. Aucune obligation impose de divulguer des informations durant l'ensemble de la résolution arbitrale. Voir les articles 28 §3 et 34 §6 du règlement de la CNUDCI de 2010, 22 §3 et 26 §3 du règlement de la CCI, 30 du règlement LCIA et les articles 27 §3 et 46 du règlement SCC.

²³³ La justification se base sur la nécessité de protection du secret, inhérent à la vie des affaires. Il est rappelé que l'obligation de confidentialité n'est qu'implicite, puisque les parties peuvent expressément y déroger. Sur ce thème, voir E. Loquin, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *Rev. arb.*, n°2, 2006, pp.323-352.

²³⁴ S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement international*..., *op.cit.*, pp.46-47.

devenir entièrement *sui generis*.²³⁵

1258. L'accroissement du contentieux des investissements a en effet soulevé la question de la légitimité démocratique de la voie arbitrale mixte.²³⁶ Par l'effet des initiatives du CIRDI et de l'ALÉNA,²³⁷ il est de nos jours constaté un recul « spectaculaire » de la confidentialité,²³⁸ mais aussi une ouverture de la résolution des différends aux tiers.²³⁹ L'ensemble de ces efforts a été récemment cristallisé par la CNUDCI, sous la forme d'un règlement, ce qui a donné lieu le 17 mars 2015 à la signature de la Convention de Maurice sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.²⁴⁰

1259. Quant à savoir si ces évolutions sont pertinentes pour l'arbitrage d'investissement, les opinions sont partagées. Il est possible de considérer qu'elles renforcent les atouts de ce mode de résolution des différends.²⁴¹ Elles peuvent être aussi source de nouvelles inconvénients, en réponse aux sirènes d'une « culture », voire d'une « obsession » de la transparence.²⁴² Quoi qu'il en soit, retenons que la transparence parfaite aurait des effets indésirables pour la voie arbitrale mixte et

²³⁵ E. Loquin et S. Manciaux, « Les propositions de l'Union européenne... », *loc.cit.*, p.155.

²³⁶ Voir E. Gaillard, « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. arb.*, n°3, 2003, pp.853-875, p.857 ; OECD, *Transparency and third party participation in investor-State dispute settlement procedures*, Working paper on international investment 2005/1, April 2005, p.2 et suiv. ; E. Fernández Masiá, « ¿Es compatible la confidencialidad con el arbitraje en inversiones extranjeras ? Hacia una mayor transparencia y participación de terceros en los procedimientos arbitrales inversor-Estado », *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, vol.19, n°1, 2007, pp.1-14 ; E. Fernández Masiá, « El Tratado de Lisboa y el futuro de los Acuerdos para la promoción... », *loc.cit.*, p.348.

²³⁷ L'arbitrage CIRDI favorise l'ouverture des procédures aux participations des *amici curiae*, permet de s'informer sur les affaires en cours et d'avoir accès aux sentences arbitrales, en vertu des articles 32 §2 et 48 §4 du règlement d'arbitrage CIRDI. S'agissant de l'ALÉNA, la note d'interprétation de 2001 de la Commission du libre-échange a clarifié l'inexistence d'une obligation de confidentialité au sein du texte, ce qui permet que les audiences soient publiques et que les documents de procédure et l'information soient partagés. Voir J. Delaney & D. Barstow Magraw, « Procedural transparency », *loc.cit.*, p.731 ; E. Silva Romero, « Quel arbitrage d'investissement (institutionnel ou ad hoc) ? », *loc.cit.*, p.100.

²³⁸ E. Loquin et S. Manciaux, « Les propositions de l'Union européenne... », *loc.cit.*, p.157.

²³⁹ L'audience arbitrale dans l'affaire *Canfor c. États-Unis d'Amérique* a été publique. Une telle initiative pose tout de même des difficultés logistiques. Voir OECD, *Transparency and third party participation in investor-State dispute...*, *op.cit.*, p.9 et suiv. ; J. Delaney & D. Barstow Magraw, « Procedural transparency », *loc.cit.*, pp.777-780.

²⁴⁰ La CNUDCI a adopté le 10 juillet 2013 des règles sur la transparence procédurale applicable à la résolution arbitrale des conflits entre investisseurs et États, qui ont été confirmées par l'Assemblée générale de l'ONU. Une limite apparaît cependant immédiatement, puisque l'initiative ne vise que le règlement de différends régi par le règlement d'arbitrage de la CNUDCI et ne s'applique pas obligatoirement aux résolutions initiées sur le fondement des TBI existants. Une convention visant l'application de ces règles a été négociée, afin d'éviter les renégociations individuelles des TBI en vigueur. La Commission européenne a proposé d'y participer. Voir L. Johnson et N. Bernasconi-Osterwalder, « Le nouveau règlement d'arbitrage de la CNUDCI sur la transparence », *Investment Treaty News*, vol.4, n°4, sept. 2013, pp.3-5 ; COM(2013) 601 final, p.2.

²⁴¹ J. Delaney & D. Barstow Magraw, « Procedural transparency », *loc.cit.*, pp.761-762.

²⁴² *Ibidem*, p.762-777 ; S. Menétrey, « La transparence dans l'arbitrage d'investissement », *Rev. arb.*, n°1, 2012, pp.33-64, p.64 ; E. Silva Romero, « Quel arbitrage d'investissement (institutionnel ou ad hoc) ? », *loc.cit.*, p.107.

qu'elle ne serait en outre qu'apparente.²⁴³

2) La problématique de la cohérence et de la prévisibilité

1260. Le deuxième point soulevé vise les résultats des procédures arbitrales mixtes. Leur cohérence et de prévisibilité semble être mise à mal d'abord en raison de la nature *ad hoc* et polycentrée de la voie arbitrale mixte.²⁴⁴ L'absence d'outils contraignants d'interprétation laisse également un pouvoir discrétionnaire aux tribunaux arbitraux, quant au sens à donner aux dispositions des TBI.²⁴⁵ En outre, l'absence d'une véritable révision des sentences arbitrales a aussi été notée,²⁴⁶ de même qu'un manque d'esprit de corps parmi les arbitres, rendant l'expression de « jurisprudence arbitrale » malaisée.²⁴⁷ Comparé aux mécanismes spécifiques des systèmes juridictionnels nationaux, l'univers arbitral mixte ne disposerait donc pas des outils pour assurer le respect de ces valeurs procédurales.

1261. A titre d'exemple, plusieurs cas de sentences arbitrales contradictoires témoignent de la diversité des interprétations relatives aux mêmes dispositions des TBI, qu'il s'agisse de la clause parapluie, de la définition de l'investissement ou du standard de traitement de la nation la plus favorisée.²⁴⁸ L'exécution des sentences arbitrales, dont la Convention de Washington doit pourtant assurer la prévisibilité, est l'objet de travaux doctrinaux qui remettent en cause l'automaticité du procédé.²⁴⁹ Le phénomène de « course aux tribunaux », matérialisé dans l'affaire *CME/Lauder c. République tchèque*, est vecteur d'un certain désordre.²⁵⁰ Les actions multiples des investisseurs peuvent aboutir à des résultats incompatibles.

1262. Face à ce constat, l'un des remèdes serait d'unifier les interprétations des tribunaux arbitraux par le biais de l'application de la *stare decisis*. L'initiative présente des difficultés aussi

²⁴³ S. Menétrey, « La transparence dans l'arbitrage d'investissement », *Rev. arb.*, n°1, 2012, pp.33-64, p.64.

²⁴⁴ J. Gaffney, « How important it is to develop a coherent case law... », *loc.cit.*, p.56.

²⁴⁵ J.P. Commission, « Precedent in investment treaty arbitration – A citation analysis of a developing jurisprudence », *Journal of international arbitration*, vol.24, n°2, 2007, pp.129-158, p.134 et suiv.

²⁴⁶ Voir J. Gaffney, « How important it is to develop a coherent case law... », *loc.cit.*, p.56.

²⁴⁷ E. Silva Romero, « Quel arbitrage d'investissement (institutionnel ou ad hoc) ? », *loc.cit.*, p.105.

²⁴⁸ Voir C. Schreuer & M. Weiniger, « A doctrine of precedent? », in P. Muchlinski *et al.* (eds), *The Oxford handbook of international investment law*, *op.cit.*, pp.1188-1206, p.1196 et suiv.

²⁴⁹ Voir J.W. Barratt & M.N. Michael, « The "automatic" enforcement of ICSID awards: the elephant in the room? », *Global Arbitration Review, The European, Middle Eastern and African Arbitration Review*, 2014.

²⁵⁰ Voir CNUDCI, *Lauder c. République tchèque*, 3 septembre 2001, sentence arbitrale finale ; CNUDCI, *CME c. République tchèque*, 13 septembre 2001, sentence arbitrale partielle.

bien techniques qu'éthiques.²⁵¹ En conséquence, les tribunaux arbitraux ont affirmé, bien qu'ils ne soient pas liés par la portée des précédentes sentences arbitrales, qu'il leur appartient de s'y référer et d'en tenir compte,²⁵² parfois dans le cadre d'une étude détaillée.²⁵³ Le pas a été franchi, car certains remarquent qu'il existe un recours *de facto* à la *stare decisis*, appliquée par les tribunaux arbitraux dès lors que cela est possible.²⁵⁴

1263. Enfin, même si elle répond à la crise de confiance,²⁵⁵ retenons que la quête d'unification des résultats de la voie arbitrale mixte demeure controversée. La problématique de la cohérence et de la prévisibilité ne serait pas propre à l'arbitrage d'investissement.²⁵⁶ L'incohérence n'est pour certains qu'un mythe,²⁵⁷ donnant lieu à un état de fait supposé et dont la démonstration est attendue.²⁵⁸ Le manque d'esprit de corps serait moindre que celui qui est décrit.²⁵⁹ La recherche d'une jurisprudence arbitrale constante ne serait pas une finalité de la voie mixte. Et un auteur d'ajouter qu'une jurisprudence relativement constante doit au contraire être mise en exergue,²⁶⁰ les incohérences relevées n'étant que la fâcheuse conséquence du développement du contentieux.²⁶¹

3) Les critiques relatives au recours à l'arbitrage d'investissement

1264. Chaque caractéristique de la voie arbitrale mixte fait désormais l'objet d'une critique. Beaucoup sont semblables à celles visant la voie arbitrale privée. En ce sens, sont visés les procédés de composition des tribunaux arbitraux, la question de l'éthique des arbitres et des conflits d'intérêts,²⁶² la complexité des procédures qui ont été progressivement juridictionnalisées,²⁶³ l'augmentation des coûts,²⁶⁴ mais aussi l'émergence de dérives n'épargnant pas l'arbitrage

²⁵¹ C. Schreuer & M. Weiniger, « A doctrine of precedent? », *loc.cit.*, pp.1189-1190.

²⁵² G. Kaufmann-Kohler, « Is consistency a myth? », in E. Gaillard & Y. Banifatemi (eds), *Precedent in international arbitration*, New York, Juris Publishing, 2008, pp.137-147, p.144.

²⁵³ Voir CIRDI, *AES Corporation c. République argentine*, aff. n°ARB/02/17, décision sur la compétence du 26 avril 2005, §23-33.

²⁵⁴ C. Schreuer & M. Weiniger, « A doctrine of precedent? », *loc.cit.*, p.1198.

²⁵⁵ J. Gaffney, « How important it is to develop a coherent case law?... », *loc.cit.*, p.48.

²⁵⁶ Voir A. Rigo Sureda, *Investment treaty arbitration – Judging under uncertainty*, Cambridge University Press, 2012, p.139.

²⁵⁷ E. Gaillard, « Discussion », in C. Kessedjian (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, *op.cit.*, pp.78-90, p.88.

²⁵⁸ E. Loquin et S. Manciaux, « Les propositions de l'Union européenne... », *loc.cit.*, p.161.

²⁵⁹ J. Gaffney, « How important it is to develop a coherent case law?... », *loc.cit.*, p.57.

²⁶⁰ *Ibidem*, p.51.

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² Voir D. Cohen, « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts », *Rev. arb.*, n°3, 2011, pp.611-652.

²⁶³ B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, PUF, 1998, p.10.

²⁶⁴ Voir S. Robert-Cuendet, « Les investissements intra-communautaires entre le droit communautaire et... », *loc.cit.*, p.871 ; R.H. Smit & T.B. Robinson, « Cost awards in international commercial arbitration : proposer guidelines for promoting time and cost efficiency », *The American review of international arbitration*, vol.20, n°3, 2009, pp.267-

d'investissement.²⁶⁵ Ce dernier est lui-même au centre de critiques spécifiques.

1265. Ainsi, le fonctionnement du système arbitral manquerait d'équilibre,²⁶⁶ étant donné qu'il poursuivrait sur le versant procédural le manque de symétrie au sein des droits et obligations des parties contenus dans les TBI extra-européens. Les États assignés à l'arbitrage aurait été alors considérés en position d'un « justiciable de second ordre »,²⁶⁷ à tel point qu'on se demande si ces derniers sont aptes à initier une action contentieuse selon le système.²⁶⁸ La capacité des personnes privées à trancher des conflits mettant en cause l'intérêt public est aussi source de réflexions.²⁶⁹ Un manque de critères de sélection des arbitres est mis en exergue.²⁷⁰

1266. Par ailleurs, avec l'explosion du contentieux, la question de la légitimité de l'arbitrage d'investissement est posée. Son objectif premier était de participer au développement des pays hôtes en encourageant les investissements étrangers. Désormais, les critiques se focalisent sur le fait qu'il aurait pour conséquence de réduire l'autonomie des politiques publiques des États hôtes.²⁷¹ Sa mise en adéquation avec le développement durable est alors une nécessité.²⁷² Dans le cas contraire, des spécialistes pensent qu'il conviendrait de revenir à la compétence des juges nationaux ou d'éviter, si possible, un mode juridictionnel de résolution des différends comme l'arbitrage.²⁷³

1267. Au sortir de ces propos, retenons que la voie arbitrale mixte vit une période délicate, appelant à une évolution générale de ses caractéristiques, qui révèle toutefois plus du souhait que de l'obligation. En effet, ceux qui avaient décrit ce « tempétueux rejet » ont reconnu qu'il s'agissait d'une hyperbole, en invitant à dédramatiser la vague des retraits du CIRDI.²⁷⁴ Plutôt que de parler

284.

²⁶⁵ P. Lalive, « Dérives arbitrales (I) », *ASA Bulletin*, vol.23, n°4, 2005, pp.587-592 ; P. Lalive, « Dérives arbitrales (II) », *ASA Bulletin*, vol.24, n°1, 2006, pp.2-12.

²⁶⁶ Voir le point 8 de la Déclaration publique sur le régime d'investissement international, 31 août 2010.

²⁶⁷ H. Hellio, « L'État, un justiciable de second ordre ? À propos des demandes étatiques dans le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements étrangers », *RGDIP*, vol.113, n°3, 2009, pp.589-620.

²⁶⁸ *Ibidem*, pp.589-591.

²⁶⁹ S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement international*, *op.cit.*, p.51.

²⁷⁰ S. Nappert, « Composition du tribunal arbitral », in C. Kessdejian (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, *op.cit.*, pp.119-128, p.124.

²⁷¹ L'inquiétude est relative à plusieurs tribunaux arbitraux, qui ont remis en cause les politiques publiques du Canada et des États-Unis sur le fondement de l'ALENA. Pour une critique de ce point de vue, voir S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement international*, *op.cit.*, p.53.

²⁷² M.-Á. Michinel Álvarez, « Inversiones extranjeras y sostenibilidad », *loc.cit.*, p.336.

²⁷³ Voir le point 16 de la déclaration publique sur le régime d'investissement international.

²⁷⁴ Le consentement étatique à l'arbitrage, exprimé avant les dénonciations au sein des accords, reste valide et il est donc encore possible d'attirer les États ayant dénoncé la Convention de Washington devant d'autres forums, ou en ayant recours à l'arbitrage CNUDCI. De même, de nouveaux États sont devenus membres du CIRDI. Voir C. Schreuer, « Preventing a backlash against investment arbitration: could the WTO be the solution? », *loc.cit.*, pp.1-3.

d'une tentative d'éviction brutale, il est plus pertinemment d'observer un questionnement, résultant d'un désenchantement régional.²⁷⁵ Ces réformes globales devant être menées peuvent trouver un écho favorable sur le territoire européen.

B. Une nécessité spécifique d'évolution

1268. À la nécessité générale de réforme de la voie arbitrale mixte, s'adjoint en théorie une mise en conformité des mécanismes de ce mode de résolution des différends avec les spécificités du système juridictionnel européen. L'arrivée de l'Union européenne peut alors engendrer un avatar d'arbitrage, en soumettant sa participation à des réformes préalables voire continues de la méthode de résolution des différends, sur la base de critères qui ont déjà participé au comblement du déficit démocratique du projet européen et de sa constitutionnalisation.

1269. Partant, nous verrons en quoi l'émergence de l'Union européenne, en tant qu'acteur de l'arbitrage mixte, est en mesure de créer une nécessité de mise en adéquation régionale, tout d'abord selon un critère de transparence procédurale qui lui-même régit le fonctionnement du système juridictionnel européen (1), puis selon un critère de cohérence et de prévisibilité (2).

1) La nécessité régionale de transparence procédurale

1270. La nécessité d'adéquation du fonctionnement de la voie arbitrale mixte selon un indice de transparence a été mise en exergue par le Parlement européen et la société civile.²⁷⁶ Elle peut avoir pour effet global de procéder à la révélation du contentieux et au libre accès à la résolution des différends. La raison à cela est que le fonctionnement du système juridictionnel européen a lui-même été soumis à des réformes en ce sens. La transparence caractérisant le système judiciaire européen se doit alors d'être mesurée, afin d'envisager ses effets sur l'avenir de l'arbitrage mixte.

1271. La transparence apparaît comme l'une des valeurs de la gouvernance européenne, en vertu d'un principe général accolé à un droit d'accès à l'information.²⁷⁷ Cet ensemble est destiné à

²⁷⁵ C. Schreuer, « Preventing a backlash against investment arbitration... », *loc.cit.*, p.1.

²⁷⁶ La proposition de rapport de Carl Schlyter soutient que l'absence prétendue de transparence de la voie arbitrale mixte est incompatible avec le droit européen, en se fondant sur le règlement 1049/2001 relatif à l'accès public aux documents institutionnels de l'Union européenne. Voir l'amendement 29 du rapport de C. Schlyter du 18 novembre 2010 et l'exposé des motifs, pp.27-28.

²⁷⁷ Il a été cherché à ce que ce principe régisse la construction européenne. Voir la déclaration n°17 relative au droit d'accès à l'information annexée à l'acte final du Traité sur l'Union européenne ; COM(2001) 428 final, 25 juillet

irriguer la totalité des activités, y compris juridictionnelles. En conséquence, l'accessibilité des voies de recours et l'intelligibilité du droit européen ont été favorisées.²⁷⁸ Sous l'impulsion des pays scandinaves,²⁷⁹ le principe de transparence a notamment permis la révélation de l'agenda européen, la publicité des débats au sein des instances européennes et le possible accès aux documents de travail.²⁸⁰ Cette dynamique de transparence visant le processus décisionnel européen peut-elle être retranscrite s'agissant de la voie arbitrale mixte ?

1272. Des doutes persistent, car l'objectif de transparence régit avec une toute autre force la sphère judiciaire européenne, notamment les rouages de CJUE, qui est appelée à chapeauter la voie arbitrale mixte. Grâce au principe du dédoublement fonctionnel de ses activités, la transparence ne vise à s'appliquer qu'aux fonctions administratives de la Cour de Luxembourg.²⁸¹ Comparée au fonctionnement d'avant-garde de la Cour de Strasbourg,²⁸² la transparence juridictionnelle de la CJUE est moindre et ne fait pas l'objet d'initiatives pour la garantir.²⁸³ On observe en ce sens la faible publicité des audiences et la participation limitée des *amici curiae*,²⁸⁴ l'impossibilité d'émettre

2001 ; COM(2006) 194 final, le 3 mai 2006.

²⁷⁸ P. Magonette, « Le principe démocratique au-delà de la représentation », *loc.cit.*, p.14 ; T. Blanchet, « Transparence et qualité de la législation », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1997, n° 4, pp.207-220.

²⁷⁹ P. Magonette, « Le principe démocratique au-delà de la représentation », *loc.cit.*, p.11.

²⁸⁰ En plus de la déclaration 17 de l'Acte final du Traité de Maastricht, la transparence a été inscrite à l'article 1er du Traité d'Amsterdam sous la dénomination d'un « principe d'ouverture », au sein de la déclaration 23 §6 annexée au Traité de Nice et a fait l'objet du Règlement N°1049/2001 sur l'accès du public aux documents des institutions européennes. Enfin, le principe de publicité des actes a été inscrit à l'article 255 TCE devenu 15 TFUE, qui prévoit que « chaque institution, organe ou organisme assure la transparence de ses travaux et élabore dans son règlement intérieur des dispositions particulières concernant l'accès à ses documents, en conformité avec les règlements visés au deuxième alinéa ». L'accessibilité est aussi garantie par les articles 41 et 42 de la Charte des droits fondamentaux et a été considérée par le Tribunal de première instance. Voir TPICE, 7 février 2002, *A. Kuijter c/ Conseil*, aff. T-211/00, point 52 ; H. Labayle, *Ouverture, transparence et accès aux documents et à l'information dans l'Union européenne*, Parlement européen, Direction générale des politiques internes, 2013, p.8 et suiv.

²⁸¹ L'article 15 §2 TFUE précise que « La Cour de justice de l'Union européenne, la Banque centrale européenne et la Banque européenne d'investissement ne sont soumises au présent paragraphe que lorsqu'elles exercent des fonctions administratives ». Le droit d'accès à l'information s'applique à la Cour de justice d'une manière beaucoup plus restrictive. Sont exclues de la portée de ce droit ses fonctions juridictionnelles. Voir C. Denizeau, « Principe de transparence et justice constitutionnelle : La Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme », Conférence-débat du CDPC intitulée « Principe de transparence et justice constitutionnelle », Cycle « Les valeurs du droit public », 21 novembre 2013, p.7, disponible à http://www.u-paris2.fr/30049092/0/-fiche_article/&RH=CDCP-ACTIV.

²⁸² La Cour de Strasbourg se distingue par la bonne participation des *amici curiae* qu'elle promet depuis 1981, ce qui a conduit à modifier les règlements de procédure pour codifier la pratique. Elle est ainsi vue comme le forum le plus actif s'agissant de la réception des *amici curiae* en droit international. Voir L. Bastin, « The amicus curiae in investor-State arbitration », *loc.cit.*, pp.211-212 ; F. Grisel et J.E. Viñuales, « L'amicus curiae dans l'arbitrage d'investissement », *loc.cit.*, pp.391-393.

²⁸³ La cause de cette opacité procédurale, qui ne paraît pas justifiée, est encore cherchée. Voir C. Denizeau, « Principe de transparence et justice constitutionnelle... », *loc.cit.*, p.8.

²⁸⁴ L'admission des *amici* par la CJUE reste soumise à conditions. En vertu de l'article 40 du statut de la CJUE, il est nécessaire de justifier d'un intérêt et d'une certaine qualité pour agir, d'où l'exclusion consécutive des tiers désintéressés. Voir F. Grisel et J.E. Viñuales, « L'amicus curiae dans l'arbitrage d'investissement », *loc.cit.*, pp.390-391.

des opinions dissidentes,²⁸⁵ mais aussi l'opacité quant à l'accès aux documents procéduraux.²⁸⁶

1273. Même s'il existe un principe de transparence sous-tendant le fonctionnement des autorités européennes, il convient de conclure que la sphère juridictionnelle apparaît comme étant le domaine des activités de l'Union européenne s'y prêtant le moins.²⁸⁷ Ainsi, les exigences de transparence procédurale du système juridictionnel européen, vis-à-vis de la voie arbitrale, sont donc d'une faible portée. Poursuivons l'analyse, cette fois à propos de l'exigence européenne de cohérence et de prévisibilité du résultat des procédures.

2) La nécessité régionale de cohérence et de prévisibilité

1274. Avant de se ranger sous l'aile de la CJUE, encore faut-il que la voie arbitrale mixte s'accorde aux principes guidant l'exercice de la Cour.²⁸⁸ Or, l'état actuel des sentences arbitrales serait contraire au principe directeur de cohérence du droit européen, tel que garanti avec rigueur par les Cours de Luxembourg et de Strasbourg.²⁸⁹ La première s'applique à ce que le droit européen soit uniformément interprété et appliqué. Ainsi, la cohérence et la prévisibilité du droit font l'objet d'une quête menée par l'Union européenne, du point de vue aussi bien interne qu'externe.²⁹⁰

1275. S'agissant du volet interne de la quête de cohérence, celle-ci a pour instrument une cour qui doit juguler l'unité de la jurisprudence issue du réseau juridictionnel européen. Pour cela, la CJUE est soumise à l'exigence de cohérence, en vertu de ses statuts.²⁹¹ Cette exigence est renforcée par le principe de sécurité juridique et de protection des attentes légitimes,²⁹² mais aussi de clarté et d'intelligibilité de la norme européenne. Le rôle des avocats généraux,²⁹³ de même que la référence

²⁸⁵ L'article 31 du Statut de la Cour de Luxembourg précise que « l'audience est publique, à moins qu'il n'en soit décidé autrement par la Cour de justice, d'office ou sur demande des parties, pour des motifs graves ». Bien que publiques, il convient de noter que seules les audiences de la Cour de Strasbourg sont filmées et diffusées. En outre, les juges de la CJUE ne peuvent pas émettre d'opinions dissidentes, contrairement aux juges des droits de l'homme, ce qui est considéré comme un indice témoignant de la plus grande opacité de la CJUE. Voir C. Denizeau, « Principe de transparence et justice constitutionnelle... », *loc.cit.*, p.8 et p.11.

²⁸⁶ La désignation des juges luxembourgeois est vue comme obscure. *Ibidem*, p.7.

²⁸⁷ Il est soutenu que l'étude de la portée du principe de transparence sur l'activité juridictionnelle de la CJUE affiche un résultat peu flatteur pour cette dernière, en retard par rapport au juge strasbourgeois. *Ibid.*, pp.2-3.

²⁸⁸ J. Gaffney, « How important it is to develop a coherent case law?... », *loc.cit.*, p.51.

²⁸⁹ Voir COM(2010) 344 final, p.11.

²⁹⁰ J. Gaffney, « How important it is to develop a coherent case law?... », *loc.cit.*, pp.52-56.

²⁹¹ Voir l'article 62 du protocole n°3 sur le statut de la CJUE.

²⁹² Voir CJCE, 6 avril 1962, *Bosch*, aff. C-13/61.

²⁹³ Voir l'article 62 du protocole n°3 et les §2 et 3 de l'article 256 TFUE, permettant au premier avocat général de suggérer à la CJUE de réexaminer la décision du Tribunal de première instance, sur le fondement d'un risque sérieux pour l'unité et la cohérence du droit européen.

aux décisions antérieures de la Cour au sein de ses arrêts sont au service de la cohérence.²⁹⁴ Ces décisions n'ont cependant pas de valeur contraignante pour la CJUE.²⁹⁵ Le pouvoir discrétionnaire des juges européens a permis quelques rares renversements de jurisprudence.²⁹⁶

1276. Quant au volet externe de la quête de cohérence, l'Union européenne dispose de moins d'outils. Elle souhaite néanmoins que la cohérence des interprétations s'étende au-delà du territoire européen, pour devenir un principe du droit du contentieux international. Ce dernier devrait donc régir la résolution judiciaire des différends sur le fondement des accords internationaux conclus par l'Union et appelés à former partie intégrante de l'ordre juridique européen. La Commission européenne a déjà tenté de démontrer, par exemple dans le cadre de l'OMC,²⁹⁷ que la portée des décisions des cours nationales et des juridictions internationales, malgré l'absence d'effet de la *stare decisis*, a un effet persuasif sur les organes juridictionnels.²⁹⁸

1277. Pour conclure, le système juridictionnel de l'Union européenne est régi par plusieurs principes, à savoir l'unité et la prévisibilité, mais aussi la transparence, dont l'effectivité réelle n'est pas dénuée de critiques.²⁹⁹ Ces principes doivent s'imposer à la voie arbitrale mixte offerte aux investisseurs dans les accords européens d'investissement, pour répondre aux exigences de la Cour de Luxembourg. Puisqu'il est désormais attesté qu'il existe une nécessité tant mondiale que régionale d'évolution de la voie arbitrale mixte, répertorions l'ensemble des initiatives possibles de réformes, selon une perspective abstraite.

²⁹⁴ Le style rédactionnel de la CJUE se rapproche de celui des juges anglo-saxons, ayant recours à la jurisprudence antérieure et en expliquant le raisonnement, sous la forme d'une motivation moins absconse. À noter également, le droit européen contient depuis l'origine un principe de motivation des actes de la Commission, du Parlement et du Conseil, à l'article 253 TCE devenu 296 TFUE.

²⁹⁵ L'absence d'une doctrine de la *stare decisis* en droit européen rend l'objectif de la cohérence plus difficile à mettre en place. Voir J. Gaffney, « How important it is to develop a coherent case law? », *loc.cit.*, p.53.

²⁹⁶ T. Tridimas, « Precedent and the Court of Justice », in J. Dickson & P. Eleftheriadis (eds), *Philosophical foundations of European Union law*, Oxford University Press, 2012, pp.307-330, p.317.

²⁹⁷ Un auteur fait référence à l'affaire *États-Unis-Acier inoxydable (Mexique)*, résolue sous l'égide de l'ORD le 8 avril 2013 et dans le cadre de laquelle l'Union européenne, étant intervenue en tant que tierce partie, a cité dans ses mémoires les décisions de diverses cours nationales et internationales. Voir J. Gaffney, « How important it is to develop a coherent case law? », *loc.cit.*, p.55.

²⁹⁸ *Ibidem*.

²⁹⁹ K. Bradley, « La transparence de l'Union européenne : une évidence ou un trompe l'oeil ? », *Cahiers de droit européen*, 1999, vol.35, n°3-4, pp.283-362 ; C. Lequesne, « La transparence : vice ou vertu de la démocratie ? », in J. Rideau (dir.), *La transparence dans l'Union européenne, mythe ou principe juridique*, Paris, LGDJ, 1999, pp.11-18.

Paragraphe 2. Contenu de *lege ferenda* des clauses de règlement des différends des accords européens d'investissement

1278. Venons-en à présent au référencement des innovations que la Commission européenne peut en théorie soumettre aux pays tiers, durant les négociations internationales relatives aux futurs accords européens d'investissement. Mettant pour l'instant de côté la problématique concrète liée aux capacités de négociations de l'organisation régionale, ces suggestions ont pour visée de répondre à l'ensemble des critiques susmentionnées et de participer à « l'émergente civilisation » de la voie arbitrale mixte.³⁰⁰

1279. Ainsi, les clauses de règlements des différends des futurs accords peuvent s'éloigner de la concision et de la brièveté, caractéristiques du modèle européen de TBI extra-européen, pour tendre vers une exhaustivité proche du modèle américain explicitant le déroulement des procédures arbitrales. Comme cela a été entrepris s'agissant du droit matériel des investissements internationaux, cette logique de précision des dispositions des futurs accords sera donc poursuivie.

1280. Il conviendra pour cela de s'appuyer sur les diverses options possibles, au vu des initiatives du CIRDI qui a fait office de pionnier en la matière, de la pratique conventionnelle récente des États membres et des travaux doctrinaux de référence en la matière.³⁰¹ *De lege ferenda*, la réforme de la procédure arbitrale mixte s'appuie sur des vecteurs de transparence (**A**) et des outils de cohérence et de prévisibilité (**B**).

A. Arbitrage d'investissement extra-européen et vecteurs de transparence

1281. Pour obtenir une meilleure transparence en arbitrage d'investissement, il existe deux vecteurs principaux sur lesquels l'Union européenne peut avoir une influence. Il s'agit tout d'abord de la remise en cause de la confidentialité arbitrale puis de la garantie de l'accès des tiers à la résolution des différends.

1282. Il est un truisme de soutenir que les possibles *de lege ferenda* sont nombreux. Le

³⁰⁰ A.K. Bjorklund, « The emerging civilization of investment arbitration », *Penn State law review*, vol.113, n°4, 2009, pp.1269-1300.

³⁰¹ K. Yannaca-Small, « Améliorer le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États », Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, Éditions de l'OCDE, 2006/1 ; N. Bernasconi-Osterwalder & L. Johnson, *Bulletin #2 - Transparency in the dispute settlement process : country best practices*, February 2011, IISD ; annexes C des accords conclus entre le Canada et les pays d'Europe centrale et orientale en 2009.

laconisme des TBI extra-européens, quant au thème de la transparence, se prête fort bien à l'imaginaire juridique inspiré des pratiques conventionnelles étrangères.³⁰² Le risque serait, à vouloir trop réformer la procédure arbitrale en vertu de ce critère, d'élaborer une voie arbitrale abstraite, dont le fonctionnement se révélerait *in concreto* paralysé.

1283. Sans même faire œuvre créatrice, il peut suffire à l'Union européenne de rassembler, puis d'insérer au sein des futures clauses de résolution des différends les quelques initiatives existantes, ayant abouti notamment à ce que la confidentialité ait été réduite.³⁰³ Passons à l'inventaire des vecteurs de transparence, qui seront classés, puis analysés, en fonction du déroulement usuel des procédures arbitrales, à savoir *a priori* (1) puis *a posteriori* (2) du prononcé des sentences arbitrales.

1) Transparence et déroulement des procédures arbitrales mixtes

1284. Dès l'initiation des procédures, la transparence suppose que les informations relatives à tout différend appelé à être résolu, et notamment ses faits constitutifs, soient révélés à la société civile.³⁰⁴ Elle implique également que les tribunaux arbitraux soient composés en vertu de nouveaux textes de référence. La création de bases de données, de code de conduite et de déontologie ou de listes est une possibilité.³⁰⁵ Ces listes attesteraient l'indépendance et l'expertise des arbitres.³⁰⁶ Elles pourraient être obligatoires.³⁰⁷ Cet ensemble bénéficierait également de l'appui des institutions d'arbitrage existantes, ou d'un organisme indépendant ayant des pouvoirs de sanction.³⁰⁸

1285. La transparence conduit ensuite à ce que l'accès aux pièces des tiers et l'ouverture des audiences arbitrales au public soient accordés. Pour cela, les clauses d'arbitrage contenues dans les futurs accords peuvent prévoir la publicité des divers actes procéduraux, notamment les mémoires.

³⁰² La pratique conventionnelle américaine a introduit des dispositions très complètes en matière de transparence, à l'article 29 du modèle américain de TBI de 2012.

³⁰³ Ces initiatives s'inspirent largement de celles mises en place par le Centre, qui a tenté d'imposer un modèle de transparence en arbitrage mixte. Les chapitres 11 et 20 de l'ALENA constituent également une source d'inspiration.

³⁰⁴ Voir l'article 2 du règlement CNUDCI sur la transparence procédurale.

³⁰⁵ Il est envisageable de se fonder sur le code de conduite des arbitres de l'annexe 14-C de l'accord UE-Corée, prévoyant un tirage au sort et une rotation des arbitres. La composition de tribunaux ne relève ainsi plus de la volonté des parties. Voir Conventions, « Table-ronde n°3 : Le choix des arbitres », *loc.cit.*, p.4 ; S. Nappert, « Composition du tribunal arbitral », *loc.cit.*, p.123 et suiv.

³⁰⁶ N. Lavranos, « New interactions between international investment law and... », *loc.cit.*, p.437.

³⁰⁷ Ces listes doivent être contenues, pour cela, au sein des accords. Voir Conventions, « Faut-il réformer l'arbitrage d'investissement... », *loc.cit.*, p.6.

³⁰⁸ *Ibidem*, p.10.

Leur degré de confidentialité requis peut faire l'objet d'un classement.³⁰⁹ Un principe selon lequel le déroulé des audiences arbitrales est publique est à insérer, à l'exception d'une décision contraire et malgré les défis matériels.³¹⁰ L'atout de ces initiatives est de s'opposer à la pratique, voulant que la société civile ne soit informée qu'*a posteriori* du déroulé et des résultats progressifs des procédures.

1286. À cet égard, le mouvement d'ouverture des tribunaux arbitraux vis-à-vis de l'admission de l'*amicus curiae* doit être suivi. La figure procédurale doit faire l'objet d'une disposition au sein des futurs accords.³¹¹ Il est souhaitable que les modalités de sa participation soient codifiées et soumises à conditions.³¹² Celle-ci peut être rendue obligatoire.³¹³ Elle doit être prise en juste considération par les tribunaux arbitraux,³¹⁴ et peut viser au-delà des soumissions écrites pour atteindre la participation orale.³¹⁵ Enfin, l'indépendance des *amici curiae* vis-à-vis des parties au différend doit être assurée, afin qu'ils conservent leur rôle de tiers et ne cherchent pas à favoriser, devant les arbitres, l'une des parties.³¹⁶

2) Transparence et résultat des procédures arbitrales mixtes

1287. Une fois les sentences arbitrales prononcées, la démarche en faveur de la clarté et de l'intelligibilité du résultat des procédures arbitrales incite à ce que l'accès au contenu des sentences arbitrales soit, sur le modèle du principe de publicité des jugements étatiques, de droit pour la société civile.³¹⁷ Une politique de publication des résultats des procédures, inspirée du modèle de

³⁰⁹ L'article 3 du règlement CNUDCI sur la transparence distingue trois catégories de documents à révéler. Seule la révélation d'une catégorie reste soumise au pouvoir discrétionnaire des arbitres, comme c'est le cas des preuves.

³¹⁰ Voir l'article 29 §2 du modèle américain de TBI de 2012. L'article 6 du règlement CNUDCI sur la transparence prévoit que les audiences ne se déroulent *in camera* qu'en cas d'une nécessité de protection d'informations confidentielles, d'intégrité des procédures et pour des raisons logistiques.

³¹¹ Il conviendrait de s'appuyer sur le contenu de l'article 28 §3 du modèle américain de TBI de 2012.

³¹² La participation des *amici curiae* peut être encadrée en posant des conditions uniformes, sur le modèle de l'article 37 §2 du règlement d'arbitrage CIRDI. Il faudrait imposer des délais quant à la possibilité de soumettre les demandes de participation et poser une limite quant au nombre maximum de pages de leurs observations écrites. Voir J. Delaney & D. Barstow Magraw, « Procedural transparency », *loc.cit.*, pp.785-786; L. Bastin, « The amicus curiae in investor-State arbitration », *loc.cit.*, p.229 ; M. Penadés Fons, « El rol de la Comisión Europea en el arbitraje de inversiones », *loc.cit.*, pp.366-367, note infra-paginale 48.

³¹³ S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement international*, *op.cit.*, p.49.

³¹⁴ Un auteur pense que les tribunaux arbitraux devraient avoir l'obligation de résumer *a minima* les arguments exposés par les *amici*, de leur répondre et d'exprimer s'ils partagent ou non leurs positions. Voir L. Bastin, « The amicus curiae in investor-State arbitration », *loc.cit.*, p.229.

³¹⁵ M. Penadés Fons, « El rol de la Comisión Europea en el arbitraje de inversiones », p.361 et suiv.

³¹⁶ Voir L. Bastin, « The amicus curiae in investor-State arbitration », *loc.cit.*, p.226.

³¹⁷ Selon une décision d'une cour administrative de Varsovie du 13 décembre 2012, une sentence arbitrale prononcée sur le fondement d'un TBI est une information publique apte à être révélée par un gouvernement, en vertu des lois sur la liberté d'information. Voir l'article 48 §5 de la Convention de Washington ; l'article 34 §5 des règles procédurales de la CNUDCI de 2010 ; J. Hepburn & F. Balcerzak, « Polish court rules on release of investment arbitration awards under freedom of information law », *IAReporter*, 2 January 2013.

l'ALÉNA,³¹⁸ constitue en même temps un vecteur de cohérence de la voie arbitrale.³¹⁹ L'exigence de publication systématique des sentences est apte à être une initiative efficiente, à condition qu'elle soit vélocité.³²⁰ Il est envisageable qu'elle fasse l'objet d'une disposition, qui ne s'oppose ni à l'exigence de confidentialité,³²¹ ni au contenu des divers règlements d'arbitrage.³²²

1288. Ces efforts ont pour conséquence de participer de l'amélioration de la qualité du contenu des sentences arbitrales prononcées,³²³ ainsi que de la réduction de la nécessité de leur contrôle juridictionnel.³²⁴ La voie arbitrale mixte a ainsi l'occasion de revenir vers ses traits caractéristiques originels. L'idée est séduisante, car il a été constaté que l'annulation des sentences rendues hors du cadre du CIRDI peut encore manquer, à de rares cas, de prévisibilité.³²⁵ À propos du système CIRDI, le fait que l'annulation relève *in fine* du pouvoir discrétionnaire des comités a été considéré comme peut transparent.³²⁶ Il a été remarqué que la composition de ces comités s'effectue en vertu des prérogatives unilatérales et discrétionnaires du Président du CIRDI,³²⁷ d'où l'invite à clarifier le procédé de nomination.³²⁸

1289. Il appartient donc à l'Union européenne de sélectionner, parmi cette pléthore de possibles, les initiatives permettant de favoriser la transparence de la voie arbitrale mixte. Celles-ci seront regroupées et détaillées au sein des futurs accords mixtes, sous la forme d'une clause spécifique ou d'une annexe.³²⁹ Par-delà les efforts d'une mise en transparence des procédures au

³¹⁸ Voir l'annexe 1137.4 du chapitre 11 de l'ALÉNA relatif à la publication des sentences arbitrales.

³¹⁹ La connaissance du contenu d'une sentence permettra aux futurs tribunaux de s'y référer et de la citer au sein de leur raisonnement. Voir J. Gaffney, « How important it is to develop a coherent case law... », *loc.cit.*, p.75.

³²⁰ Voir l'article 48 §4 du règlement d'arbitrage CIRDI, prévoyant qu'au moins des extraits du raisonnement juridique des tribunaux arbitraux doivent être publiés « dans les meilleurs délais ».

³²¹ Il est soutenu qu'à partir du prononcé des sentences arbitrales, les exigences procédurales de confidentialité n'ont plus vocation à s'appliquer. Voir E. Silva Romero, « Quel arbitrage d'investissement (institutionnel ou ad hoc) ? », *loc.cit.*, p.103.

³²² E. Gaillard, « Conclusions », in C. Kessedjian (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, *op.cit.*, pp.195-205, p.204.

³²³ Voir P. Lalive, « On the reasoning of international arbitral awards », *Journal of international dispute settlement*, vol.1, n°1, 2010, pp.55-65, p.57.

³²⁴ J. Fernández-Armesto, « Different systems for the annulment of investment awards », *ICSID Review - FILJ*, vol.26, n°1, 2011, pp.128-146, pp.128 et suiv.

³²⁵ Un risque existe, lorsque l'État défendeur est celui de la nationalité du juge de l'annulation, lors du recours à la voie arbitrale *ad hoc*. Ce risque est éliminé par un choix perspicace du siège. *Ibidem*, p.130.

³²⁶ Voir C. Schreuer, « From ICSID annulment to appeal – half way down the slippery slope », *The law and practice of international courts and tribunals*, vol.10, 2011, pp.211-225.

³²⁷ L'article 52 §3 de la Convention de Washington impose tout de même quelques contraintes au Président. Il faudrait alors préciser, en vertu de l'objectif de transparence, les critères de sélection du comité *ad hoc* par des lignes directrices. Voir D. Collins, « ICSID annulment committee appointments: too much discretion for the chairman? », *Journal of international arbitration*, vol.30, n°4, 2013, pp.333-343.

³²⁸ Une possibilité est de redonner le choix de la désignation des membres du comité aux parties, en s'inspirant du modèle de fonctionnement de l'organe d'appel de l'ORD. *Ibidem*.

³²⁹ L'article 28 du modèle américain de TBI de 2012 vise la publicité des notifications d'intention d'activation des

travers d'une européanisation générale qui pourrait rimer avec une américanisation,³³⁰ il faudra concomitamment veiller à protéger les informations commerciales confidentielles.³³¹ Un équilibre doit être trouvé avec le droit d'accès aux informations.³³²

B. Arbitrage d'investissement extra-européen et outils de cohérence et de prévisibilité

1290. Considérant les difficultés afférentes à la création d'un CERDI, la piste institutionnelle doit être exclue, à tout le moins à court terme, pour favoriser la cohérence et la prévisibilité des résultats de la voie arbitrale mixte. Une pléthore de possibles réformes *de lege ferenda* subsiste tout de même, que ce soit selon une perspective structurelle, méthodologique ou encore basée sur le dialogue.³³³ Celles-ci ont pour dessein commun l'atténuation des effets liés à la fragmentation de la résolution des différends et des interprétations instruments conventionnels.

1291. Divers outils, relevant majoritairement de la perspective structurelle, doivent alors favoriser la centralisation *de facto* de l'accomplissement de la mission des tribunaux arbitraux, en mettant l'accent sur la fonction juridictionnelle des arbitres.³³⁴ Pareillement à l'inventaire des vecteurs de transparence procédurale, participant également à la recherche de la cohérence,³³⁵ nous procéderons au descriptif des outils de cohérence et de prévisibilité du résultat des instances arbitrales, ayant vocation à étendre leurs effets, d'abord en amont, **(1)** puis en aval **(2)** du prononcé des sentences arbitrales.

1) Cohérence et prévisibilité *a priori* du prononcé des sentences arbitrales

1292. D'un point de vue organique tout d'abord, il est envisageable de favoriser la cohérence des interprétations des dispositions des traités, en instituant la permanence des arbitres. Pour cela,

recours arbitraux, du déroulé des procédures, des mémoires, des procès verbaux, des comptes rendus et des sentences arbitrales. L'annexe C du TBI Canada-Lettonie de 2009 prévoit le libre accès du public aux audiences, mais aussi la participation des tiers.

³³⁰ S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement international*, *op.cit.*, p.52.

³³¹ E. Silva Romero, « Quel arbitrage d'investissement (institutionnel ou ad hoc) ? », *loc.cit.*, p.109 ; N. Bernasconi-Osterwalder & C. Johnson, *Bulletin #2 – Transparency in the dispute settlement process : country best practices*, *op.cit.*, p.12.

³³² C. Knahr & A. Reinisch, « Transparency versus confidentiality in international investment arbitration – The *Biwater Gauff* compromise », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol.6, n°1, 2007, pp.97-118.

³³³ J. Gaffney, « How important it is to develop a coherent case law ?... », *loc.cit.*, p.58.

³³⁴ A. Rigo Sureda, *Investment treaty arbitration – Judging under uncertainty*, *op.cit.*, pp.99-139.

³³⁵ S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement international*, *op.cit.*, p.52.

des listes restreintes, ou plus difficilement une juridiction permanente, peuvent être créées.³³⁶

1293. S'il s'agit d'un facteur peu contestable de stabilité et de centralisation, une telle initiative suppose tout de même de s'éloigner du fondement du recours arbitral, en excluant la désignation des arbitres du domaine de la libre volonté des parties. Malgré cela, il se peut que cette initiative soit proposée par la Commission européenne, eu égard à ses propositions relatives aux réformes de l'ORD en défaveur de la résolution *ad hoc* des litiges.³³⁷ La tentative de création d'une juridiction permanente des brevets va aussi dans ce sens.³³⁸

1294. Il est possible d'encadrer l'exercice de la mission des arbitres, que ce soit par des codes de conduite ou plus spécifiquement en encadrant leur raisonnement, par le biais du recours à la *stare decisis* autorisant la création d'une jurisprudence constante.³³⁹ Parallèlement à l'apport d'une participation systématique des *amici curiae*, la technique de l'interprétation officielle des dispositions des accords d'investissement est aussi un vecteur intéressant de cohérence de la portée des sentences arbitrales. La possibilité de soumettre les projets de sentences arbitrales aux parties ou à une institution d'arbitrage, préalablement à leur prononcé sur le modèle de ce que prévoit le règlement d'arbitrage de la CCI, est à considérer.³⁴⁰

1295. S'agissant en outre des solutions dites « européennes »,³⁴¹ le projet d'instaurer une voie arbitrale investisseur-Union européenne incite à adapter le mécanisme de renvoi préjudiciel de l'article 267 TFUE à la voie arbitrale mixte extra-européenne.³⁴² Une telle initiative semble *a priori* réalisable. Un auteur note en ce sens qu'il est possible d'instituer le renvoi sans même amender l'article 53 §1 de la Convention de Washington,³⁴³ qui prévoit que « *La sentence est obligatoire à*

³³⁶ C. Schreuer, « The future of investment arbitration », in M. H. Arsanjani *et al.* (eds.), *Looking at the Future - Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, 2011, Leiden, Martinus Nijhoff, pp.787-803, disponible en version électronique à http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/98_futureinvestmentarbitr.pdf, p.23.

³³⁷ Dans le cadre de l'OMC, l'union européenne a affirmé préférer que les litiges interétatiques soient résolus par des panels permanents plutôt que par des tribunaux *ad hoc*, en soulignant la vélocité, la cohérence et la légitimité des panels. Voir OMC, *Contribution des Communautés européennes et de leurs États membres à l'amélioration du mémorandum d'accord de l'OMC sur le règlement des différends*, 13 mars 2002, TN/DS/W/1, p.2 et suiv.

³³⁸ COM(2002) 480 final.

³³⁹ La cohérence provient surtout de l'accomplissement de la mission des arbitres, celle-ci pouvant être encadrée par le biais de l'imposition d'une interprétation constante des instruments conventionnels, d'une prise en considération des sentences arbitrales précédentes et d'une élaboration des raisonnements juridiques à l'appui des raisonnements antérieurs. En ce sens, l'article 14.16 de l'accord UE-Corée impose aux tribunaux de rechercher la cohérence et la constance dans l'interprétation.

³⁴⁰ Voir les articles 27 et 33 du règlement d'arbitrage CCI relatif à la soumission du projet de sentence.

³⁴¹ J. Gaffney, « How important it is to develop a coherent case law ?... », *loc.cit.*, p.65.

³⁴² C. Schreuer & M. Weiniger, « A doctrine of precedent? », *loc.cit.*, p.1203; C. Schreuer, « The future of investment arbitration », *loc.cit.*, p.22.

³⁴³ Voir J. Gaffney, « How important it is to develop a coherent case law ?... », *loc.cit.*, p.63.

l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention ». Le renvoi préjudiciel serait en outre plus efficace et rapide que l'instauration d'un mécanisme d'appel, d'autant plus qu'il éliminerait les incohérences de façon préventive.³⁴⁴ Les modalités du renvoi nécessitent toutefois d'être l'objet d'une réflexion approfondie.

1296. Il faudrait alors déterminer les modalités de saisine, à savoir les conditions en vertu desquelles les arbitres peuvent procéder au renvoi préjudiciel et s'il s'agit d'une obligation ou non. L'identité et la composition de l'organe de renvoi devraient être précisées, de même que l'effet de la décision. Il a été proposé que la Cour de La Haye devienne un tel organe, en se référant aux discussions ayant eu lieu lors de la signature de la Convention de Washington.³⁴⁵

1297. Autre solution européenne, un auteur propose d'importer le rôle des avocats généraux de la CJUE au sein des procédures arbitrales.³⁴⁶ La participation d'avocats généraux constitue une option plus flexible que la mise en place du renvoi préjudiciel, qui nécessite tout de même d'importants aménagements.³⁴⁷ Un tel rôle peut sinon être attribué, d'une façon moins formelle, au secrétariat des institutions d'arbitrage.³⁴⁸

1298. Plusieurs pistes s'offrent, en dernier lieu, à l'Union européenne à propos des risques de procédures parallèles, vecteurs d'incohérence et d'imprévisibilité. Il est envisageable de contenir le phénomène, en clarifiant la portée des clauses parapluie qui ont donné lieu à des interprétations diverses et contradictoires auprès des arbitres.³⁴⁹ Une disposition peut retenir la compétence large des tribunaux arbitraux, comme les modèles révisés de TBI américain et canadien, en s'éloignant de la référence à l'obscur clause de respect des engagements.³⁵⁰

1299. Pour limiter les effets de ce phénomène, la jonction des diverses procédures est un remède, par le biais du mécanisme de la consolidation des réclamations.³⁵¹ Prévoir que des

³⁴⁴ C. Schreuer & M. Weiniger, « A doctrine of precedent? », *loc.cit.*, p.1205.

³⁴⁵ Voir *ibidem*, p.1204 ; J. Gaffney, « How important it is to develop a coherent case law ?... », *loc.cit.*, pp.64-67.

³⁴⁶ J. Gaffney, « How important it is to develop a coherent case law ?... », *loc.cit.*, p.71.

³⁴⁷ *Ibidem*, p.72.

³⁴⁸ *Ibid.*, p.73.

³⁴⁹ Voir CIRDI, *Société Générale de Surveillance SA c. République islamique du Pakistan*, aff. N°ARB/01/13, 6 août 2003, §172 ; CIRDI, *Société Générale de Surveillance SA c. Philippines*, aff. N°ARB/02/6, 29 janvier 2004, §128.

³⁵⁰ Ainsi, les accords conclus entre le Canada et plusieurs pays d'Europe centrale et orientale ne contiennent pas de référence à la clause parapluie. Le Parlement européen considère que ce type de clause devrait être exclu de « *tous les futurs accords d'investissement* ». Voir Résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, §20.

³⁵¹ Le regroupement des revendications n'est pas prévu par la Convention de Washington, ni par le règlement

contentieux similaires doivent être résolus, certes non concomitamment, mais par des tribunaux arbitraux à la composition identique en est un autre.³⁵²

2) Cohérence et prévisibilité *a posteriori* du prononcé des sentences arbitrales

1300. S'il s'avère impossible d'importer le renvoi préjudiciel afin d'éliminer les incohérences d'une manière préventive, il peut être judicieux de travailler à l'instauration d'un mécanisme d'appel correctif. Rappelant sa spécificité au regard de la demande d'annulation,³⁵³ l'appel a pour effet d'introduire une hiérarchie au sein du système arbitral *ad hoc*. Les sentences arbitrales pourraient alors faire l'objet d'un réexamen au fond. L'idée a été développée dans le cadre d'initiatives dont les résultats sont restés décevants, qu'il s'agisse des propositions du CIRDI³⁵⁴ et de l'insertion d'une disposition dans les modèles américain et canadien de TBI, prévoyant d'instaurer un organe d'appel de façon bilatérale.³⁵⁵

1301. La raison à cela est qu'il existe des arguments aussi bien en faveur qu'en défaveur de l'instauration d'un appel.³⁵⁶ Une telle évolution et ses effets sur la nature de l'arbitrage sont fortement discutés.³⁵⁷ Alors que l'absence d'un appel est analysée comme une source d'efficience et d'économie pour la voie arbitrale,³⁵⁸ il est cependant probable que l'Union européenne s'y intéresse. Elle pourrait tenter d'insérer une disposition relative à la constitution d'un organe *ad hoc* dans

d'arbitrage CNUDCI. Les futurs accords peuvent s'inspirer de l'article 1126 de l'ALENA et de l'article 33 du modèle américain de TBI de 2012, qui prévoient le regroupement des procédures. Voir S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement international*, *op.cit.*, p.49 et p.54.

³⁵² Voir les affaires *Salini costruttori c. Royaume du Maroc* et *RFCC c. Royaume du Maroc*, suite aux actions intentées par des investisseurs italiens sur le fondement du TBI Italie-Maroc. CIRDI, *Consortium RFCC c. Royaume du Maroc*, aff. N°ARB/00/6, 16 juillet 2001, sentence arbitrale sur la compétence ; CIRDI, *Salini costruttori c. Royaume du Maroc*, aff. N°ARB/00/4, 31 juillet 2001, sentence arbitrale sur la compétence.

³⁵³ Le mécanisme d'appel est différent du recours en annulation. Le dernier est un contrôle de légalité limité à la matière procédurale, alors que le premier est un nouvel examen du cas d'espèce au fond.

³⁵⁴ La principale difficulté, liée à l'instauration d'un mécanisme d'appel au sein de la voie arbitrale CIRDI, est l'article 53 §1 de la Convention de Washington, qui prévoit que la sentence CIRDI ne peut pas faire l'objet d'un appel. Il faut aussi prévoir que les sentences rendues en appel sont hors de portée de l'examen des juges nationaux. Le recours en annulation du CIRDI en vigueur aurait toutefois déjà les aptitudes pour se muer en un mécanisme d'appel informel, puisque les critères actuels de l'annulation d'une sentence CIRDI peuvent être interprétés d'une façon ample. A.H. Qureshi, « An appellate system in international investment arbitration », in P. Muchlinski *et al.* (eds), *The Oxford handbook of international investment law*, *op.cit.*, pp.1154-1170, p.1155.

³⁵⁵ Cette possibilité, prévue à l'article 28 §10 du modèle américain de TBI de 2012 et en annexe E du TBI États-Unis-Uruguay de 2005, est restée inusitée. Voir C. Schreuer & M. Weiniger, « A doctrine of precedent? », *loc.cit.*, p.1202.

³⁵⁶ A.H. Qureshi, « An appellate system in international investment arbitration », *loc.cit.*, pp.1155-1158; C. Schreuer & M. Weiniger, « A doctrine of precedent? », *loc.cit.*, p.1205.

³⁵⁷ Le système d'appel aurait pour effet de rapprocher le droit procédural des investissements étrangers du système de règlement interétatique des différends de l'OMC. Voir C. Schreuer, « Preventing a backlash against investment arbitration: could the WTO be the solution? », *loc.cit.*, pp.4-5 ; A.H. Qureshi, « An appellate system in international investment arbitration », *loc.cit.*, p.1167.

³⁵⁸ J. Gaffney, « How important it is to develop a coherent case law ?... », *loc.cit.*, p.69.

chacun des futurs accords, sur le modèle de ce que contiennent les TBI américains.³⁵⁹ Une extension du rôle des comités d'annulation du CIRDI en un quasi appel, ou l'établissement d'un juge d'appel permanent siégeant possiblement à La Haye se heurtent à de trop grandes difficultés techniques.³⁶⁰

1302. Ce tour d'horizon des innovations de la voie arbitrale mixte a révélé de larges possibilités de réforme. Reste à savoir si la Commission européenne dispose de bonnes capacités de négociation, afin de ne pas laisser ces suggestions lettres mortes. L'intérêt n'est évidemment pas de métamorphoser la voie arbitrale mixte en l'office d'une juridiction nationale, mais bien d'insérer à de faibles doses des éléments novateurs, pouvant remédier à quelques défauts de fonctionnement. Cessons sur ce point l'analyse théorique pour décrire et envisager l'action concrète européenne en la matière.

Section 2. Étude pratique des opportunités d'évolution du droit procédural des investissements internationaux

1303. Peu de temps après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, les instances bruxelloises n'ont pas d'autre option que de prendre position sur l'avenir de l'arbitrage au sein de la future pratique conventionnelle de l'Union européenne. L'obtention de la compétence en matière d'IDE suggère une arrivée des instances européennes en la matière, disposant d'atouts et de défauts,³⁶¹ découlant de l'eupéanisation de l'identité de la partie défenderesse assignée aux futures instances. L'étude des possibilités et des effets concrets de l'action des instances revêt alors une importance capitale.

1304. À cet effet, la place accordée au recours à l'arbitrage mixte au sein de la future pratique conventionnelle internationale de l'Union européenne doit être déterminée puis, le cas échéant, les traits distinctifs de cette voie de recours seront esquissés, à la lumière des exigences européennes. Notons d'emblée que l'action européenne sur l'avenir de l'arbitrage mixte et sur ses nécessités d'évolution devrait avoir, à court terme, une portée réduite. En ce sens, les capacités de négociation de l'Union européenne vis-à-vis des États tiers sont limitées et une sélection, en vertu d'un critère de prudence, parmi les larges possibilités d'innovation doit être menée.

³⁵⁹ E. Loquin et S. Manciaux, « Les propositions de l'Union européenne », *loc.cit.*, p.172.

³⁶⁰ J. Gaffney, « How important it is to develop a coherent case law ?... », *loc.cit.*, p.70.

³⁶¹ S. Nappert, « Composition du tribunal arbitral », *loc.cit.*, pp.120-121.

1305. Parmi les projets tels qu'annoncés par le biais des actes atypiques, deux réalités concrètes se dégagent et caractérisent également les prémices de l'action européenne relative à la conclusion des futurs accords européens d'investissement. Il s'agit en premier lieu d'un large pragmatisme, incitant à la poursuite de la prévision du recours arbitral au sein de la future pratique conventionnelle internationale (**Paragraphe 1**) et, en second lieu, d'une basique adaptation des rouages usuels de la voie arbitrale mixte, conséquence procédurale de la substitution de l'Union européenne aux États membres en tant que partie défenderesse (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Le pragmatisme de l'Union européenne quant à l'avenir de l'arbitrage d'investissement

1306. Il apparaît évident que, durant les prémices de la construction de son nouveau réseau conventionnel, l'Union européenne ne peut pas écarter le mode de résolution arbitral des différends qui a été accordé, jusqu'à présent, aux investisseurs par les États membres. C'est ce que relève le contenu de l'accord UE-Canada sur lequel nous reviendrons. Par-delà la nécessité avérée de l'insertion de clauses de règlement des différends au sein des futurs traités,³⁶² l'impératif de prévisibilité invite à ce que ces clauses aient un contenu similaire et accordent aux investisseurs le recours arbitral. Rappelons que celui-ci constitue un élément fondamental de protection et reste difficilement substituable.

1307. Ainsi, l'action européenne relative au droit procédural des investissements internationaux ne peut s'inscrire en rupture de la pratique des États membres qu'à moyen et long terme. Le risque est, sinon, que l'Union européenne souhaite concrétiser des innovations qui conduiront à la création d'un mode de résolution *in concreto* impraticable.³⁶³ À plus brève échéance, il doit déjà et surtout être pensé que l'intégration de l'organisation régionale à la voie arbitrale

³⁶² Certains TBI extra-européens conclus par les États fondateurs du projet européen ne contiennent pas de clause de règlement des différends, qu'il s'agisse de l'Allemagne, de la France, de l'Italie ou des Pays-Bas. Il semble, s'agissant des futurs accords conclus par l'Union européenne, qu'une clause de règlement des différends sera systématiquement insérée. En effet, l'absence d'un mode de résolution des différends investisseur-État « viderait plus ou moins de son sens » les futurs accords européens d'investissement. Le Parlement européen a invité l'Union européenne « à intégrer un chapitre sur le règlement des différends dans chaque nouveau traité d'investissement conclu par l'Union ». Voir S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement international*, op.cit., p.44 ; point 33 de la résolution du Parlement européen du 6 avril 2011.

³⁶³ Au vu de ce qu'a annoncé la Commission européenne, il est possible de se demander si celle-ci ne se réfère pas à un recours arbitral mixte mais à « une vraie juridiction ». Elle semble vouloir associer les caractéristiques des juridictions étatiques avec le mode arbitral de résolution des différends, pour fusionner les atouts de chacun. Voir E. Silva Romero, « Quel arbitrage d'investissement (institutionnel ou ad hoc) ? », loc.cit., p.112.

investisseur-État suppose un reparamétrage des règles procédurales en vigueur, afin de pouvoir fonctionner selon la configuration investisseur-Union européenne.

1308. Témoignant de la continuité des futures initiatives procédurales européennes au regard de celles des États membres les ayant précédées, nous soulignerons que la prévision, par la Commission européenne, de la participation de l'Union européenne à la voie arbitrale mixte signifie que ce mode de résolution des différends sera prévu au sein de la future pratique conventionnelle européenne **(A)**. Cette voie de recours accordée par l'Union européenne ne devrait, malgré une ambitieuse volonté bruxelloise annonçant le contraire, subir qu'un toilettage *a minima* de ses traits actuels consécutif à sa nouvelle modalité européanisée de fonctionnement **(B)**.

A. L'improbable mise à l'écart de l'arbitrage d'investissement par l'Union européenne

1309. En dépit du débat sur l'avenir de la voie arbitrale mixte, de la problématique de l'arbitrage initié sur le fondement des TBI intra-européens,³⁶⁴ de la nouveauté impliquée et après une brève période de circonspection, il relève du truisme de soutenir que l'Union européenne doit s'inscrire en droite ligne de la pratique de ses États membres.³⁶⁵ Elle poursuivra, en vertu de l'impératif de prévisibilité invitant à opérer une transition graduelle,³⁶⁶ l'externalisation de la résolution des différends par le biais de la prévision de l'arbitrage mixte au sein de ses futurs accords d'investissement **(1)**.

1310. Bien qu'il soit également envisagé de prévoir un mécanisme interétatique de règlement des différends,³⁶⁷ il apparaît qu'aucun autre mode de résolution des différends n'est à même de constituer une voie de recours viable et apte à la résolution des différends liés aux investissements extra-européens.³⁶⁸ **(2)** La perte d'avantage compétitif au regard d'autres territoires importateurs de capitaux,³⁶⁹ mais aussi le possible usage de la clause de la nation la plus favorisée, ne font par ailleurs que valider l'affirmation.

³⁶⁴ Il peut être soutenu qu'accorder le bénéfice de l'arbitrage aux investisseurs extra-européens en refusant de faire de même pour les investisseurs intra-européens constitue vis-à-vis de ces derniers une discrimination. Voir L. Mola, « Which role for the EU in the development of international investment law ? », *loc.cit.*, p.18.

³⁶⁵ COM(2010) 343 final, p.5 et suiv.

³⁶⁶ S. Nappert, « Composition du tribunal arbitral », *loc.cit.*, p.128.

³⁶⁷ COM(2010) 343 final, p.10.

³⁶⁸ *Ibidem*.

³⁶⁹ L. Mola, « Which role for the EU in the development of international investment law ? », *loc.cit.*, p.19.

1) Les négociations relatives aux nouveaux accords européens d'investissement

1311. Qu'il s'agisse d'abord des divers actes atypiques,³⁷⁰ du Règlement N°1219/2012³⁷¹ et du règlement sur la responsabilité financière,³⁷² l'ensemble de ces textes a pour prémisses que le droit procédural européenisé des investissements étrangers ne doit pas subir de volte-face. Il s'agit du point de vue de la Commission européenne. Selon elle, le recours à l'arbitrage investisseur-État doit être accordé aux investisseurs tiers, par le biais d'une clause d'arbitrage à insérer au sein des futurs accords.³⁷³ Une telle volonté a été confirmée par le biais du projet de contenu du volet investissement de l'accord UE-Canada.³⁷⁴ L'inclusion du recours à l'arbitrage mixte fait aussi l'objet des négociations relatives au partenariat transatlantique avec les États-Unis³⁷⁵ et au TBI avec la Chine.³⁷⁶

1312. Une telle position n'est pas partagée par le Parlement européen, qui reste très dubitatif sur les atouts de la voie arbitrale mixte. Il a même pu s'opposer à cette voie de recours, au vu selon lui du pouvoir discrétionnaire qu'elle octroie aux arbitres et du danger que ce pouvoir représente pour le droit de réglementer des États.³⁷⁷ L'institution a alors proposé de rompre avec la pratique étatique, soit en préférant le règlement interétatique des litiges, soit en accordant le recours à la voie arbitrale avec parcimonie, en fonction du contexte et en résultat d'une réflexion.³⁷⁸

³⁷⁰ Le recours à l'arbitrage dans des relations Nord-Nord a été justifié, dans le cadre des négociations sur l'accord UE-Canada, par la Commission européenne en s'appuyant sur des prétendues difficultés subies par des investisseurs étrangers sur le territoire canadien. Cette justification a été critiquée en doctrine. Voir European Commission, « Commissioner De Gucht discusses concerns on investment provisions in trade agreements with the European Parliament », 29 janvier 2013; J. Kleinheisterkamp, « Financial responsibility in the European international investment policy », *loc.cit.*, p.24.

³⁷¹ Voir l'article 13 du Règlement N°1219/2012.

³⁷² Voir le titre du Règlement N°912/2014.

³⁷³ E. Loquin et S. Manciaux, « Les propositions de l'Union européenne », *loc.cit.*, p.154.

³⁷⁴ Il est annoncé que l'accord Canada-UE contiendra un « mécanisme moderne et efficace de règlement des litiges entre les investisseurs et l'État ». Voir Commission européenne, « L'accord de libre-échange UE-Canada : faits et chiffres », Mémo, Bruxelles, 18 octobre 2013, p.3.

³⁷⁵ S'agissant des négociations du partenariat transatlantique, le mode de règlement investisseur-État est vu tant par la Commission européenne et le Parlement européen que par le Conseil comme un « *outil de premier ordre pour protéger les investisseurs de l'Union à l'étranger* ». Il est ajouté que « *Bien que l'Union et les États-Unis soient des économies développées, les investisseurs peuvent malgré tout y rencontrer des problèmes que leurs juridictions internes ne peuvent pas toujours régler efficacement* ». Voir Commission européenne, Mémo – Questions et réponses : consultation publique en ligne sur la protection des investisseurs dans le cadre du TTIP, Bruxelles, 27 mars 2013, p.2 et suiv.

³⁷⁶ Voir European Commission, Karel De Gucht, « On the EU-China investment agreement », European Parliament Plenary/Strasbourg, 8 October 2013, p.2

³⁷⁷ Voir le point 24 de la résolution du Parlement européen du 6 avril 2011.

³⁷⁸ S'agissant des négociations d'un TBI avec la Chine, le Parlement a précisé que l'octroi du recours à l'arbitrage n'est pas automatique et qu'il doit être le résultat d'une décision « *claire et réfléchie* », en fonction du contexte. Voir les §§7, 17 et 18 de la proposition de résolution sur les négociations entre l'Union européenne et la Chine en vue d'un accord d'investissement bilatéral du Parlement européen, 20 juin 2013 ; proposition d'amendement 3 du considérant 2, Rapport sur la proposition 335, Parlement européen, 26 mars 2013, rapporteur P. Zalewski.

1313. Le Conseil de l'Union européenne semble rejoindre l'opinion de la Commission européenne, en souhaitant d'une façon plus neutre que soit inséré dans les futurs accords un « *mécanisme efficace de règlement des différends entre les investisseurs et l'État* ». ³⁷⁹ Notons que les différends entre les investisseurs et l'Union européenne ne sont pas mentionnés.

1314. Ces contradictions institutionnelles interrogent. Quelle sera l'influence de la position du Parlement européen sur le contenu des clauses de règlement des différends des futurs accords ? Celle-ci devrait être très relative. L'institution communautaire ne devrait pas pouvoir enrayer la prévision du recours à l'arbitrage, mais pourrait préparer une transition future par le biais de la proposition d'alternatives. ³⁸⁰ Au contraire, l'usage de l'arbitrage mixte pourrait être non seulement poursuivi mais aussi approfondi à court terme, lors du processus d'européanisation du droit procédural des investissements internationaux. En ce sens, aucun autre mode de résolution des différends ne semble avoir une efficacité équivalente.

2) Les écueils des autres modes de résolution des différends

1315. S'il est souhaité privilégier un substitut à l'arbitrage afin de rénover le droit procédural des investissements, il peut d'abord être songé à revenir à la compétence des juges nationaux des États hôtes. Il faut alors exiger l'épuisement des voies de recours internes au sein de la clause de règlement des différends. Il s'agirait d'un « retour de la doctrine Calvo ». ³⁸¹ Celle-ci a été analysée comme l'expression de protestations localisées et n'apparaît pas optimale.

1316. Il est aussi possible d'encourager le recours aux méthodes extrajudiciaires de règlement des différends. Selon un degré de formalité décroissant, aussi bien le recours à la conciliation, à la médiation, qu'à la négociation peut être prévu. Cette dernière fait usuellement partie du contenu des clauses procédurales des TBI, mais ses résultats sont insatisfaisants. Il peut enfin être cherché à établir une politique de prévention des différends. ³⁸²

³⁷⁹ Le Conseil invite à « réaliser une étude détaillée sur les questions pertinentes relatives aux systèmes d'arbitrage internationaux, notamment la question de la faisabilité juridique et politique d'une adhésion de l'UE à des institutions d'arbitrage internationales ainsi que celle de la responsabilité découlant des procédures d'arbitrage et des responsabilités des États ». Voir les points 14 et 18 des conclusions du Conseil du 25 octobre 2010.

³⁸⁰ Le projet d'accord est jugé « décevant ». Le recours à l'arbitrage est prévu et les exigences du Parlement européen ne sont pas prises en compte. Un auteur se demande si l'Union n'a pas fait marche arrière et juge « préoccupante » cette attitude, alors même que les systèmes judiciaires des deux parties à l'accord sont ceux de pays développés. Voir N. Bernasconi-Osterwalder, « Le projet de chapitre sur l'investissement de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'UE : l'UE et le Canada font-ils marche arrière », *loc.cit.*, p.10 et suiv.

³⁸¹ S.P. Sudebi, *International investment law...*, *op.cit.*, p.191 et suiv.

³⁸² CNUCED, *Différends entre investisseurs et État : Prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage*, *op.cit.*,

1317. Une telle politique vise la réduction anticipée de la multiplication des différends, sur la base du dialogue, non seulement entre les diverses strates de l'administration des États hôtes à l'origine des mesures litigieuses, mais aussi directement entre les gouvernements hôtes et les investisseurs étrangers. Les différends à résoudre sont ainsi encore à un stade embryonnaire. Pour cela, peuvent être envisagés un meilleur partage de l'information entre les organismes publics, une surveillance par les gouvernements des entreprises dans des secteurs jugés sensibles, mais aussi la mise en place d'un examen administratif des mesures contentieuses, voire l'instauration d'un ombudsman.³⁸³

1318. Il semble néanmoins plus crédible d'avoir recours aux méthodes extrajudiciaires, déjà prévues par certains règlements en vigueur.³⁸⁴ En effet, le recours à la conciliation ou à la médiation présente *in concreto* les atouts originels de la voie arbitrale, qui ont été érodés depuis.³⁸⁵ Toutefois, la nature non contraignante de cette méthode, de même que son caractère peu usité,³⁸⁶ n'en font pas une alternative à l'arbitrage pleinement viable *de lege lata*. En conséquence, la voie arbitrale ne semble pas être à court terme substituable par un mode autre de règlement des différends.³⁸⁷ Cette voie de recours doit donc subir quelques réformes, afin de retrouver la légitimité et la confiance de certains acteurs.

1319. En somme, la voie arbitrale mixte semble indispensable à la construction de la politique commune d'investissement. L'Union européenne doit préférer pragmatiquement ne pas s'opposer à l'héritage procédural de la pratique conventionnelle des États membres. Poursuivons l'étude du contenu des clauses de règlement des différends à insérer au sein des futurs accords d'investissement, en nous intéressant aux innovations que la Commission européenne peut parvenir à imposer aux pays tiers.

pp.71-106.

³⁸³ CNUCED, *Différends entre investisseurs et État...*, *op.cit.*

³⁸⁴ Voir les règlements de conciliation du CIRDI et de la CNUDCI. Des études ont été menées pour créer une médiation investisseur-État à insérer au sein des accords. Voir N.A. Welsh & A. K. Schneider, « Becoming "Investor-State" mediation », *Penn State journal of law and international affairs*, vol.1, n°1, avril 2012, pp.86-96.

³⁸⁵ La médiation autorise un plus grand contrôle des parties sur la procédure. Des considérations commerciales et relationnelles peuvent être prises en compte durant la résolution du conflit. Une réduction des coûts procéduraux, une souplesse et une plus grande vélocité, de même que le maintien de bonnes relations d'affaires doivent être soulignés. Voir C. Müller, « Développement futurs de l'arbitrage », *loc.cit.*, p.157.

³⁸⁶ Le mécanisme de conciliation du CIRDI a été quasi inusité. Voir G. Wang & X. He, « Mediation and international investment: a Chinese perspective », *Maine law review*, vol.65, n°1, 2012, pp.216-236, p.234.

³⁸⁷ J. Kleinheisterkamp, « Discussion », in C. Kessedjian (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, *op.cit.*, pp.78-90, p.80 ; S. Nappert, « Composition du tribunal arbitral », *loc.cit.*, p.119 ; S. Schill, « Arbitration procedure : the role of the European Union... », *loc.cit.*, p.134.

B. L'évolution de l'arbitrage d'investissement

1320. Rapellons que si l'Union européenne a accordé le recours à l'arbitrage d'investissement au sein de sa pratique conventionnelle, ce n'est qu'au prix de certaines conditions.³⁸⁸ En effet, comme cela a été le cas pour les dispositions de droit substantiel des TBI extra-européens,³⁸⁹ ce mode de résolution a dû se mettre en conformité avec les canons du droit européen. Il reste donc à savoir si cette mise en conformité a eu pour conséquence de transformer le recours arbitral en un mécanisme inconnu, ce qui pourrait le cas échéant fragiliser le droit procédural des investissements étrangers.

1321. Listons alors les diverses initiatives d'amélioration et d'innovation de la voie arbitrale mixte que l'Union européenne a annoncé vouloir insérer au sein du contenu des clauses arbitrales. Il conviendra de mettre en question la pertinence de chacune de ces initiatives, en envisageant leurs effets tant positifs que négatifs sur la voie arbitrale usuelle, **(1)** afin d'analyser la possibilité de leur mise en oeuvre, d'abord à brève et moyenne échéance puis à longue échéance **(2)**. De cet examen, il ressortira que le fonctionnement de la voie arbitrale mixte accordée par l'Union européenne devrait être globalement similaire à celle non encore européanisée, à tout le moins à court terme.

1) Les innovations envisagées

1322. La participation de l'Union européenne, en tant que partie défenderesse, à l'arbitrage d'investissement est en elle-même complexe. Elle l'est encore plus, en raison de son caractère conditionnel voulu par la Commission européenne.³⁹⁰ Celle-ci souhaite non seulement mettre en place les réformes auxquelles il était loisible de s'attendre, mais aussi atteindre l'unité procédurale sur la base d'un triptyque. Il comprend la recherche de la plus grande célérité dans la résolution des différends, le choix d'un défendeur unique et le recours à une seule institution d'arbitrage ou un lieu unique du siège d'arbitrage.³⁹¹ Sa position a été réaffirmée dans sa note de synthèse du 12 mai 2015.³⁹²

³⁸⁸ Voir COM(2010) 343 final, p.10.

³⁸⁹ E. Fernández Masía, « El Tratado de Lisboa y el futuro de los Acuerdos para la promoción... », *loc.cit.*, p.351 ; European Commission, « Commissioner De Gucht discusses concerns on investment provisions in trade agreements with the European Parliament », 27 November 2012, p.1 ; Commission européenne, « Protection des investissements et règlement des différends entre investisseurs et États dans les accords de l'UE », Fiche d'information, novembre 2013, p.2.

³⁹⁰ Voir COM(2010) 343 final, p.10.

³⁹¹ E. Loquin et S. Manciaux, « Les propositions de l'Union européenne », *loc.cit.*, p.162.

³⁹² Commission européenne, « Note de synthèse - L'investissement dans le TTIP et au-delà – La voie de la réforme »,

1323. La Commission envisage d'avoir recours à des listes d'arbitres permanents,³⁹³ mais aussi de réduire le pouvoir discrétionnaire des tribunaux arbitraux en créant un code de conduite.³⁹⁴ L'instauration d'une procédure d'appel est prévue.³⁹⁵ Les procédures devraient être placées sous le signe de la transparence et de l'intérêt public, via l'application aux litiges des règles de transparence de la CNUDCI.³⁹⁶ Ces règles de transparence permettent au public d'avoir accès aux documents, d'assister aux audiences et de déposer des mémoires d'*amici curiae*.³⁹⁷

1324. Le 16 septembre 2015 et à la suite de la consultation publique sur l'arbitrage, la Commission a renforcé sa position en faisant une proposition visant un nouveau système juridictionnel public des investissements à prévoir dans le partenariat transatlantique, comprenant un tribunal de première instance et une cour d'appel et dont la nature serait publique. La résolution des différends serait calquée sur celle de l'ORD et soumise à trois juges désignés parmi quinze juges aux-mêmes désignés publiquement et disposant de hautes qualifications.³⁹⁸ La Commission prétend aussi travailler à l'instauration d'une cour permanente des investissements, devant remplacer l'ensemble des mécanismes de résolution des différends prévus par les accords signés par l'Union.³⁹⁹

1325. Le Parlement européen a fait des suggestions similaires, au titre du règlement européen sur le droit d'accès aux documents des institutions européennes.⁴⁰⁰ Il a également proposé d'institutionnaliser la participation des *amici curiae* et d'initier une réforme de l'arbitrage CIRDI et de l'arbitrage CNUDCI.⁴⁰¹ Il a récemment renoncé à s'opposer au partenariat transatlantique, pour suggérer de revoir le système arbitral actuel et prévoir un « *nouveau système de règlement des litiges entre investisseurs et États, soumis aux principes et contrôle démocratiques* ». ⁴⁰² Il s'agirait donc d'un mécanisme public sur le modèle de ce que propose la Commission.

12 mai 2015, p.7 et suiv.

³⁹³ COM(2010) 343 final, p.11.

³⁹⁴ *Ibidem*, p.10.

³⁹⁵ *Ibid.*, p.11.

³⁹⁶ COM(2013) 601 final.

³⁹⁷ COM(2010) 343 final, p.10.

³⁹⁸ Voir la sous-section 4 « Investment court system » au sein de la proposition de la Commission européenne sur la protection des investissements, le règlement des différends en matière d'investissements et le système juridictionnel des investissements dans le cadre du TTIP, 16 septembre 2015.

³⁹⁹ Voir le communiqué de presse « La Commission propose un nouveau système juridictionnel des investissements dans le cadre du TTIP et des autres négociations européennes sur les échanges et les investissements », 16 septembre 2015, Bruxelles, disponible à <http://trade.ec.europa.eu>

⁴⁰⁰ Voir le projet de rapport, 18 novembre 2010, du Parlement européen, pp.27-28.

⁴⁰¹ Voir les points 31 et 33 de la résolution de Parlement européen du 6 avril 2011.

⁴⁰² Voir la 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) (2014/228(INI)), point xv).

1326. Ces propositions appellent toutefois certaines critiques. Les procédures arbitrales risquent d'être perturbées plus que d'être améliorées, qu'il s'agisse de l'idée de généralisation du recours à l'*amicus curiae*,⁴⁰³ ou de la recherche excessive de transparence s'opposant à un secret arbitral qui reste encore de principe.⁴⁰⁴ La désignation d'une institution d'arbitrage unique semble irrésoluble.⁴⁰⁵ La nomination d'arbitres permanents, sous forme de listes, pose problème.⁴⁰⁶ Elle ne serait pas efficace dans la quête d'unification des sentences arbitrales, puisque, selon plusieurs auteurs, les incohérences n'ont pas pour cause les diverses interprétations d'un même TBI, mais les divergences existantes entre les différents TBI. La nomination d'arbitres permanents va également contre le principe de libre choix des arbitres.⁴⁰⁷ Enfin, la création d'un mécanisme d'appel serait « à contre-pied du droit positif de l'arbitrage international ».⁴⁰⁸ Un système public de même qu'une Cour permanente semblent aussi difficiles à mettre en place, en raison des trop grandes évolutions que cela suppose et de l'opposition des États-Unis.

1327. Il n'en faut guère plus à la doctrine pour mettre en garde contre le danger que porte un tel projet, jugé non viable vis-à-vis de l'arbitrage mixte. Plusieurs propositions annoncées ont été qualifiées d'« aventureuses ».⁴⁰⁹ Une autre approche doit être choisie, pour éviter que ne soit élaborée une voie de recours chimérique et donc impraticable.⁴¹⁰ Toutefois, la majorité de ces initiatives ne devrait pas passer le test des négociations avec les pays tiers. Étudions quelles sont les évolutions possibles et raisonnables.

2) Les innovations possibles

1328. Sans se muer en un défendeur de la voie arbitrale mixte, l'Union européenne peut participer à sa réforme. Elle a en ce sens tout intérêt à agir,⁴¹¹ même si de nombreux obstacles sont à

⁴⁰³ La question du pouvoir contraignant d'une clause d'*amicus curiae* vis-à-vis des tribunaux arbitraux reste sans réponse. Voir E. Loquin et S. Manciaux, « Les propositions de l'Union européenne », *loc.cit.*, p.161.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p.158.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, pp.159-160 et p.172.

⁴⁰⁶ P. Leboulanger, « Discussion », in P. Mayer (dir.), *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, *op.cit.*, pp.174-176, p.175.

⁴⁰⁷ Se pose la question de la possibilité pour les investisseurs de désigner un arbitre non listé. Voir E. Loquin et S. Manciaux, « Les propositions de l'Union européenne », *loc.cit.*, p.167 et suiv. ; E. Silva Romero, « Quel arbitrage d'investissement (institutionnel ou ad hoc) ? », *loc.cit.*, p.110 ; E. Gaillard, « Conclusions », in C. Kessedjian (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, *op.cit.*, pp.195-205, p.203.

⁴⁰⁸ E. Loquin et S. Manciaux, « Les propositions de l'Union européenne », *loc.cit.*, p.171.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p.172.

⁴¹⁰ Un auteur dit à ce propos que « Le mécanisme de règlement des différends envisagé par la Commission n'est donc ni réalisable en pratique, ni même pleinement opportun » et qu'une « approche différente devra être présentée ». Voir E. Silva Romero, « Quel arbitrage d'investissement (institutionnel ou ad hoc) ? », *loc.cit.*, p.106.

⁴¹¹ De plus en plus d'États membres exportateurs d'investissement sont assignés devant les tribunaux arbitraux, sur le

souligner. Il convient en effet de ne pas fragiliser le droit procédural des investissements, par l'insertion malhabile de principes externes. D'autres éléments incitent à penser que la Commission européenne ne pourra pas concrétiser la totalité de ses projets de réforme.

1329. S'agissant des difficultés techniques, certaines propositions ne paraissent pas réalisables. Ainsi, le mécanisme d'appel et établir la permanence des arbitres peuvent être prévus au sein des textes. Des auteurs doutent que ces initiatives puissent être mises en place lors de la résolution concrète des différends.⁴¹² Cette volonté révèle une étrange conception bruxelloise de l'arbitrage. Quant à la levée du secret de l'arbitrage via de multiples initiatives, leur efficacité dépend de la volonté commune des parties au différend et du pouvoir discrétionnaire des arbitres, non de la volonté unilatérale de la Commission européenne.⁴¹³

1330. Eu égard aux difficultés politiques, la participation de l'Union européenne à l'arbitrage d'investissement peut être vue avec méfiance. Alors qu'est en jeu la capacité autorégulatrice de la sphère arbitrale, la Commission européenne risque d'obtenir le statut de *persona non grata*, si elle tente d'aller au-delà du simple rôle de partie défenderesse, pour viser la réforme procédurale complète. En conséquence, les investisseurs tiers pourraient tenter de continuer à diriger leurs réclamations vers les États membres. Certains de ces derniers peuvent s'opposer aux réformes,⁴¹⁴ tout comme les pays tiers avec lesquels la Commission doit négocier.⁴¹⁵

1331. *In concreto*, la marge de manœuvre de la Commission a été révélée par le contenu du chapitre investissement de l'accord UE-Canada dans sa version consolidée, proposée au Conseil de l'Union européenne pour signature au mois de juillet 2016.⁴¹⁶ L'apport principal du texte est la

fondement des TBI extra-européens. C'est le cas du Royaume-Uni et de l'Espagne, mais aussi de l'Allemagne et de la Belgique. L'Union européenne a donc tout intérêt à ce que la résolution des futurs différends soit encadrée avec une plus grande précision. Voir S. Woolcock, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement international...*, *op.cit.*, p.47 ; J. Kleinheisterkamp, « Financial responsibility in the European international investment policy », *loc.cit.*, p.20.

⁴¹² J. Gaffney, « How important it is to develop a coherent case law... », *loc.cit.*, p.71 ; E Silva Romero, « Quel arbitrage d'investissement (institutionnel ou ad hoc) ? », *loc.cit.*, p.110 ; E. Silva Romero, « Quel arbitrage d'investissement (institutionnel ou ad hoc) ? », *loc.cit.*, p.111 ; E. Loquin et S. Manciaux, « Les propositions de l'Union européenne », *loc.cit.*, p.167.

⁴¹³ Des initiatives doivent être entreprises pour donner un effet contraignant au futur règlement sur la responsabilité financière. *Ibidem*, p.158.

⁴¹⁴ Il est loisible de penser que la volonté de la Commission européenne pourrait se voir opposer le désaccord de certains États membres, particulièrement ceux qui étaient intervenus en défense de l'Autriche et de la Suède devant la Cour de Luxembourg à propos des clauses de libre transfert des TBI et de leurs effets vis-à-vis du droit européen.

⁴¹⁵ E. Silva Romero, « Quel arbitrage d'investissement (institutionnel ou ad hoc) ? », *loc.cit.*, p.102.

⁴¹⁶ Voir le chapitre 8 de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne, proposé à la signature par la Commission européenne le 5 juillet 2016 ; Commission européenne, « Protection des investissements et règlement des différends entre investisseurs et États dans les accords de l'UE », Fiche

création d'un tribunal permanent d'arbitrage, sur le modèle d'une juridiction internationale. Les arbitres devraient être nommés à partir d'une liste établie par les États parties, en fonction d'un critère de compétence et d'éthique. Cette nomination serait par ailleurs faite de façon aléatoire. L'accord crée également une cour d'appel qui devrait permettre d'assurer la cohérence des sentences. Cette approche a également été retenue par l'accord conclu avec le Vietnam.

1332. L'institutionnalisation du mode de règlement des différends établie par l'accord avec le Canada ne s'arrête pas là, puisque l'article 8.29 de l'accord prévoit que les parties doivent travailler à l'établissement d'un tribunal permanent multilatéral, comprenant également une cour d'appel.

1333. En conclusion, l'institutionnalisation de l'arbitrage mis en place pose de nombreuses questions puisqu'elle remet en cause la nature *ad hoc* de l'arbitrage. Comment cette nouvelle caractéristique va-t-elle influencer les procédures arbitrales ? Pour le savoir, intéressons-nous en dernier lieu aux changements concrets que devrait subir le fonctionnement de la voie arbitrale mixte. Ils prendront la forme de basiques adaptations, directement liées à la substitution d'un statut procédural.

Paragraphe 2. La participation de l'Union européenne à l'arbitrage d'investissement

1334. Étudions enfin les conséquences procédurales directes sur le fonctionnement usuel de la voie arbitrale, découlant de l'intervention de l'Union européenne durant le déroulé des futures instances arbitrales. Les nouveautés sont en effet d'abord liées à la participation en tant que partie défenderesse de l'organisation régionale aux procédures arbitrales portant sur des traitements accordés par l'Union européenne ou par les États membres.

1335. Le Règlement N°912/2014 requiert dans ce cas une modification du déroulement des procédures selon le schéma investisseur-Union européenne. Nous verrons qu'il vise également à encadrer la participation aux instances arbitrales des États membres pouvant agir comme partie défenderesse.

1336. L'analyse de ces conséquences procédurales sera menée en se référant au déroulé habituel d'une instance arbitrale investisseur-État, tel qu'explicité par les règlements d'arbitrage

d'information, novembre 2013, pp.9-13 ; European Commission, « Investment provisions in the EU-Canada free trade agreement (CETA) », 3 December 2013, p.3 et suiv.

applicables en l'espèce et qui se révèle être hybride, en raison des influences des divers systèmes de droit.⁴¹⁷ Une attention particulière sera accordée à la phase des procédures arbitrales, (A) puis à celle faisant suite au prononcé des sentences arbitrales (B), durant lesquelles nous procéderons à un inventaire des adaptations.

A. Les adaptations quant aux procédures arbitrales mixtes

1337. Repérons puis analysons d'abord les nécessaires adaptations relatives à la phase préalable à l'instance arbitrale, (1) à savoir cette période d'organisation initiée par l'avis portant demande d'ouverture de la procédure arbitrale par l'investisseur tiers et durant laquelle ce dernier et l'Union européenne devront s'accorder sur la détermination de plusieurs éléments cruciaux pour le bon déroulé de la procédure. Par la suite, les nécessaires adaptations relatives à la phase postérieure à cette étape procédurale liminaire, à savoir celle qui vise l'accomplissement de la mission des arbitres, seront énumérées (2).

1) Adaptations *a priori* du fonctionnement des tribunaux arbitraux

1338. S'intéresser aux adaptations du déroulement des procédures arbitrales invite en premier lieu à rappeler dans quels cas l'Union européenne peut agir comme partie défenderesse. Ainsi, trois situations sont en théorie à mettre en exergue. En premier lieu, une instance arbitrale portant sur un traitement accordé par la seule Union européenne implique la participation de cette dernière comme partie défenderesse selon une modalité investisseur-Union européenne pure. Cette dernière est donc appelée à préparer elle-même sa défense et à désigner d'un commun accord avec l'investisseur tiers l'ensemble des éléments matériels autorisant la résolution du différend.

1339. Lorsque le différend porte sur un traitement accordé par un État membre, le Règlement N°912/2014 a prévu au plan interne des modalités de coopération devant assurer le respect du devoir de coopération loyale.⁴¹⁸ Ainsi, si l'État membre agit comme partie défenderesse, l'article 10 lui impose d'informer la Commission du déroulement de l'affaire et des étapes initiales de la procédure. Si l'Union européenne intervient à la place de l'État membre, l'article 11 précise que

⁴¹⁷ La procédure arbitrale mixte – à la fois écrite et orale – suit un déroulé marqué par un certain libéralisme, un objectif de célérité et dépend *in fine* des règles procédurales choisies par les parties au litige. Une fois le tribunal constitué, ce qui marque l'ouverture de l'instance, interviennent la communication des pièces et des conclusions des parties, l'instruction puis le délibéré arbitral, lequel aboutira au prononcé de la sentence arbitrale.

⁴¹⁸ Voir le considérant 14 du Règlement N°912/2014.

l'État membre doit néanmoins collaborer à la préparation de la défense. On voit donc que la Commission européenne prévoit de participer à l'ensemble de la résolution des différends devant les tribunaux arbitraux, selon une modalité investisseur-Union européenne à géométrie variable.

1340. En ce sens, l'article 8.21 de l'accord UE-Canada prévoit que l'investisseur doit déposer auprès de l'Union un avis requérant la désignation de la partie visée par la plainte et que l'Union informera l'investisseur si elle-même ou l'État membre agira comme défendeur.⁴¹⁹

1341. Cela étant, au vu de nos précédents développements, le premier élément qui vient à l'esprit est la désignation des règles procédurales encadrant le déroulé des futures instances arbitrales, en fonction de la rédaction de la clause d'arbitrage des accords d'investissement. Pour le cas d'un État membre agissant comme partie défenderesse, la procédure pourra être placée sous l'égide du CIRDI. Si l'Union européenne doit agir comme partie défenderesse, nous avons auparavant souligné que le recours à l'arbitrage CIRDI n'est pas envisageable et que cette méthode de résolution des différends n'aurait de toute façon pas satisfait les objectifs européens de transparence et de cohérence.⁴²⁰ Notons que cette question n'est *a priori* pas résolue par l'article 8.23 de l'accord UE-Canada, qui prévoit comme règles procédurales celles du CIRDI, celles de son mécanisme supplémentaire, celles de la CNUDCI ou tout autre règlement ayant fait l'objet d'un accord conjoint.⁴²¹

1342. Par conséquent, les règles procédurales en fonction desquelles les instances arbitrales investisseur-Union européenne devraient se dérouler semblent appartenir à l'arbitrage commercial, notamment les arbitrages CCI ou CNUDCI, qui permettent la réalisation des objectifs de la Commission européenne.⁴²²

1343. Pour cette raison, une attention particulière doit alors être accordée par l'Union européenne au choix du siège juridique des futurs arbitrages.⁴²³ Il s'agit d'une question fondamentale pour l'arbitrage commercial. En effet, en cas d'incidents d'instance les juridictions de l'État du siège ont compétence à statuer tant *a priori* qu'*a posteriori* du prononcé des sentences

⁴¹⁹ Voir l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne.

⁴²⁰ E. Silva Romero, « Quel arbitrage d'investissement (institutionnel ou ad hoc) ? », *loc.cit.*, p.103 et suiv.

⁴²¹ Voir l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne précité.

⁴²² *Ibidem*, pp.117-118.

⁴²³ Rappelons que le lieu où les réunions et audiences auront lieu n'aura aucune influence sur la détermination du droit applicable à la procédure des arbitrages. Voir M.F. Vásquez Palma, « Revelancia de la sede arbitral y criterios que determinan su elección », *Revista Chilena de derecho privado*, n°16, julio 2011, pp.75-134.

arbitrales. Il est ainsi d'usage de conseiller que ce siège soit un territoire neutre pour les parties au différend,⁴²⁴ mais aussi qu'il dispose d'une législation favorable à l'arbitrage. Des auteurs ont ainsi suggéré de désigner la Suisse,⁴²⁵ pour sa position à la fois centrale et externe vis-à-vis de l'Union européenne et sa réputation en la matière. S'il est indéniable que le choix d'un « *seul lieu d'arbitrage* »⁴²⁶ a des atouts,⁴²⁷ il semble toutefois peu respectueux de l'autonomie de la volonté des investisseurs.⁴²⁸ La première version de l'accord UE-Canada retenait pour le lieu de l'arbitrage une approche flexible.⁴²⁹ Ce n'est désormais plus le cas s'agissant du tribunal permanent, dont le lieu du siège n'apparaît pas dans le texte de l'accord.

1344. Se pose en outre la question de la composition des tribunaux arbitraux. C'est un domaine qui a coutume d'être laissé, en droit de l'arbitrage, à la primauté de la volonté des parties. La voie arbitrale mixte a jusqu'à présent respecté cette tradition, qui serait remise en cause par le recours aux listes contraignantes.⁴³⁰ Partant, l'Union européenne agissant comme partie défenderesse à une procédure portant sur un traitement qu'elle a accordé devrait participer à la composition du tribunal arbitral. La question est plus délicate lorsque le traitement a été accordé par un État membre. Un État membre agissant au plan international pour un traitement dont il est à l'origine participera à la nomination du tribunal arbitral. Si l'Union européenne décide d'agir au plan international à la place de l'État membre, il relève du bon sens de soutenir que la désignation des arbitres doit se dérouler en collaboration avec cet État membre. Des doutes restent toutefois à éclaircir.⁴³¹

⁴²⁴ J. Fernández-Armesto, « Different systems for the annulment of investment awards », *loc.cit.*, p.134.

⁴²⁵ E. Silva Romero, « Quel arbitrage d'investissement (institutionnel ou ad hoc) ? », *loc.cit.*, p.118 ; P. Tercier, « Voies de recours », *loc.cit.*, p.176.

⁴²⁶ Voir le §31 de la résolution du Parlement européen du 6 avril 2011. Celui-ci souhaiterait alors que le siège soit situé sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne, au regard de la possible intervention des juges nationaux qui pourrait ainsi être placée sous la houlette de la CJUE.

⁴²⁷ Il est vrai qu'avoir recours à un siège unique d'arbitrage permet d'atteindre l'unité procédurale, puisque sont garanties l'harmonisation des procédures, la cohérence des résultats et l'unification des procédures faisant suite au prononcé des sentences arbitrales. Voir P. Tercier, « Voies de recours », *loc.cit.*, p.176.

⁴²⁸ Le choix du lieu du siège de l'arbitrage relève encore de l'aspect contractuel de l'arbitrage. Même si l'Union européenne désire qu'il soit choisi un lieu unique d'arbitrage, il n'est guère probable que les investisseurs l'acceptent. Des difficultés devraient donc surgir s'agissant du choix du lieu du siège.

⁴²⁹ L'article X.28 de l'accord précité prévoyait que « *Les parties au différend peuvent convenir du lieu de l'arbitrage conformément aux règles d'arbitrage applicables, dans la mesure où ce lieu est situé sur le territoire d'une partie à la Convention de New York* ».

⁴³⁰ La Convention de Washington met à la disposition des parties des listes d'arbitres pour faciliter le procédé de désignation, en sachant que ces listes ne sont pas exhaustives et qu'il est donc possible de désigner un arbitre non listé. Il est préférable que les futurs accords accordent la libre nomination des arbitres, en y adjoignant des critères de sélection. Voir les articles 12 à 16 et 40 de la Convention de Washington ; S. Nappert, « Composition du tribunal arbitral », *loc.cit.*, pp.125-126 ; E. Loquin et S. Manciaux, « Les propositions de l'Union européenne », *loc.cit.*, p.168.

⁴³¹ La consultation des États membres à propos de la constitution des tribunaux arbitraux a été jugée « impérative ». Un auteur invitait auparavant à décider si l'État hôte pouvait choisir l'arbitre pour l'Union, si l'Union avait l'obligation de

Comme cela a été précédemment dit, cette approche a été remise en cause par les accords de libre-échange conclus avec le Canada et avec le Vietnam, qui procèdent à l'institutionnalisation du recours arbitral. S'agissant de l'accord UE-Canada, quinze membres seront désignés par les États signataires de l'accord et des formations de trois membres auront pour mission de résoudre les différends dont ils seront saisis.⁴³² Il reste à savoir si cette approche sera retenue lorsque l'Union européenne conclura des TBI extra-européens.

2) Adaptations durant l'accomplissement de la mission des tribunaux arbitraux

1345. Une fois les tribunaux arbitraux constitués, la principale adaptation liée à la participation de l'Union européenne comme partie défenderesse est relative à la détermination du droit applicable au fond, devant être effectuée en vertu des règles procédurales désignées et de la volonté des parties exprimée dans les accords internationaux d'investissement. Rappelons que la Commission européenne a déjà infiltré, en tant qu'*amicus curiae*, les instances arbitrales initiées sur le fondement des TBI intra-européens, afin de s'assurer de la bonne considération du droit européen par les arbitres. Il est donc logique de penser que la résolution des différends opposant un investisseur tiers à l'Union européenne ne peut pas écarter la question de la considération ou de l'application du droit européen par les arbitres, eu égard aux exigences de la nouvelle partie défenderesse européenne.⁴³³

1346. Par souci d'effectivité, il revient à la Commission de travailler à l'officialisation du statut du droit européen lors de la résolution arbitrale des futurs litiges,⁴³⁴ en prévoyant au sein des futures clauses de règlement des différends que ce droit fait partie intégrante du droit applicable au fond. Plusieurs approches sont possibles, parmi lesquelles celle qui consiste à insérer le droit régional au sein des catégories préexistantes de droit applicable au fond. Ainsi, le droit européen peut être considéré comme un sous-système de droit international ou comme du droit interne.

tenir compte de la proposition de l'État voire des vingt-sept États membres, et ce en vertu de quel critère. Il est rappelé que devant l'ORD, la Commission européenne gère le procédé de sélection et de nomination des panélistes sans la consultation automatique des États membres. Il reste à savoir si ce système s'appliquera en l'espèce *in concreto*. Voir S. Nappert, « Composition du tribunal arbitral », *loc.cit.*, p.126.

⁴³² Voir l'article 8.27 de l'Accord UE-Canada précité.

⁴³³ Il a été souligné que la Commission européenne cherchera surtout à garantir le respect du droit européen par les arbitres. Voir J. Gaffney, « How important it is to develop a coherent case law ?... », *loc.cit.*, p.59.

⁴³⁴ Voir A. Giardina, « La question du droit applicable : l'application directe du droit européen et son influence sur le droit et l'arbitrage des investissements », in C. Kessedjian (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, *op.cit.* pp.149-164.

1347. La Commission peut aussi chercher à imposer aux arbitres l'application du droit européen, via une clause dite « européenne ». ⁴³⁵ Celle-ci contiendrait une obligation d'application ou de respect de la primauté du droit européen, en cas de conflits avec les standards de protection contenus dans les accords internationaux d'investissement. Mentionnons que la valeur d'une clause de ce type est discutée en doctrine. ⁴³⁶

1348. S'agissant de la participation réelle de l'Union européenne aux instances arbitrales, elle devrait être ample et généralisée. En effet, lorsque le traitement est accordé par un État membre et que ce dernier ou l'Union agit comme partie défenderesse, le Règlement N°912/2014 précise que la conduite tant de la phase écrite que de la phase orale des procédures doit *in concreto* faire l'objet d'une coopération étroite entre l'Union européenne et l'État en question. Cette coopération vise notamment l'échange des documents procéduraux et la constitution d'une délégation hybride. ⁴³⁷ Une procédure portant sur un traitement d'origine européenne devrait enfin se dérouler selon la stricte modalité investisseur-Union européenne.

1349. *A priori* du résultat des procédures arbitrales mixtes, retenons que l'intervention de l'Union européenne comme partie défenderesse est source d'un reparamétrage *a minima* du déroulé des procédures. Au-delà d'une substitution de statut procédural, ces points d'adaptation visent notamment et spécifiquement le choix des règles procédurales de référence et du siège des arbitrages, la composition des tribunaux arbitraux et la prévision du droit applicable au fond, ce à quoi s'adjoint une nécessité de reparamétrer les mécanismes procéduraux intervenant *a posteriori* du résultat des instances.

B. Les adaptations quant au résultat des procédures arbitrales mixtes

1350. Une fois la mission des arbitres accomplie à la suite du prononcé des sentences arbitrales, le centre névralgique des conséquences liées à la substitution du statut procédural apparaît dans la question de l'exécution du résultat des procédures arbitrales. Rappelons que celui-ci peut désormais consister à condamner l'Union européenne au paiement d'indemnités de compensation à la faveur des investisseurs tiers, ce qui a une incidence budgétaire irréfutable sur

⁴³⁵ M. Wierzbowski & A. Gubrynowicz, « Conflict of norms stemming from intra-UE BITs and EU legal obligations : some remarks on possible solutions », *loc.cit.*, p.556.

⁴³⁶ S. Robert-Cuendet, « Les investissements intra-communautaires entre le droit communautaire et... », *loc.cit.*, p.884, note infra-paginale 149.

⁴³⁷ Voir les articles 10 et 11 du Règlement N°912/2014.

laquelle nous reviendrons.⁴³⁸

1351. Au plan international et au plan interne, la question de l'attribution de l'obligation du paiement des indemnités et plus généralement des multiples coûts procéduraux a dû être résolue par la Commission européenne. Celle-ci a établi une clé de répartition de la responsabilité financière qui a été insérée au sein du Règlement N°912/2014 et dont nous mettrons à présent en exergue les rouages concrets **(1)**.

1352. Outre la recherche de l'identité de l'entité débitrice finale en cas d'exécution spontanée des sentences arbitrales par la partie défenderesse, il faut aussi envisager la question de l'occurrence d'incidents d'instance. En effet, le refus de paiement d'une indemnité de compensation pourrait provenir d'un conflit entre l'Union et un État membre. Quelles sont alors les possibilités d'exécution d'une sentence arbitrale rendue non plus contre un État membre mais à l'encontre de l'Union européenne ? **(2)** Enfin, comment la substitution de statut procédural influence les procédures d'examen des futures sentences, à savoir le recours en annulation, voire un hypothétique appel des sentences arbitrales ? **(3)**

1) Le paiement des indemnités et des coûts procéduraux

1353. « Qui paiera ? », telle est la question à laquelle doit désormais répondre l'Union européenne, au vu de la pluralité des coûts engendrés par les procédures arbitrales, qu'il s'agisse d'abord des indemnités mais aussi des frais liés à la gestion du différend. S'agissant du cas des États membres qui peuvent agir comme partie défenderesse aux instances arbitrales portant sur des traitements litigieux qu'ils ont eux-mêmes accordés, il est évident que ces États membres doivent comme auparavant s'acquitter du paiement des indemnités pécuniaires et des frais d'arbitrage.

1354. Excepté ce cas, le chapitre V du Règlement N°912/2014 vise spécifiquement à élucider la question de l'attribution du paiement, qui se complexifie lorsque l'Union européenne agit comme partie défenderesse lors des procédures arbitrales.⁴³⁹ Mentionnons à nouveau que l'Union européenne peut être assignée aux procédures arbitrales portant sur des traitements accordés par

⁴³⁸ Si la future incidence budgétaire est indiscutable, il est difficile de la chiffrer précisément. La Commission européenne a reconnu que « *Par définition, il n'est pas possible de donner des informations précises quant aux coûts probables découlant du règlement de différends investisseur-État* ». Voir COM(2012) 335 final, p.13.

⁴³⁹ Il est précisé à l'article 17 du Règlement N°912/2014 que les dispositions du chapitre V, comprenant les articles 17 à 21, ne s'appliquent que lorsque l'Union européenne agit comme partie défenderesse.

elle-même ou par les États membres. Il est ainsi précisé par le texte que la Commission européenne, ayant été partie défenderesse à l'instance, devra payer aux investisseurs tiers les indemnités, à moins que les États membres aient auparavant accepté la responsabilité financière au plan interne.⁴⁴⁰

1355. En ce sens, la participation de l'Union européenne aux instances arbitrales rend nécessaire de rassurer les investisseurs tiers,⁴⁴¹ en soutenant qu'*a priori* l'Union européenne s'acquitte de l'obligation financière au plan international, quitte à mettre en place au plan interne un système de remboursement.⁴⁴² Une fois la somme versée par l'Union, des conflits internes peuvent néanmoins survenir à propos de l'attribution finale de la responsabilité financière. L'Union européenne ayant participé comme partie défenderesse peut en effet estimer que l'indemnité doit être payée *in fine* par un État membre, alors que ce dernier s'y refuse.

1356. Dans ce cas, des consultations sont organisées pour parvenir à un accord,⁴⁴³ pouvant aboutir à une décision fixant le montant que l'État membre doit payer,⁴⁴⁴ en le versant au budget européen.⁴⁴⁵ Une décision exigeant le remboursement de l'indemnité auprès de l'État membre peut être émise par la Commission européenne.⁴⁴⁶

1357. S'agissant de l'acquittement des frais d'arbitrage prévisibles, la neutralité budgétaire recherchée suppose que celui-ci ne soit pas à la charge de l'Union européenne agissant comme partie défenderesse, lorsque la Commission considère qu'il est probable que le paiement de l'indemnité de compensation revienne à l'État membre et que celui-ci l'accepte. La Commission européenne peut dans ce cas décider que l'État membre contribue financièrement, en procédant au

⁴⁴⁰ *Ibidem*, article 18 §1.

⁴⁴¹ Il est ainsi prévu que « l'investisseur qui a déposé la réclamation ne devrait pas être pénalisé par tout désaccord éventuel entre l'Union et l'État membre. Par conséquent, il y a lieu de veiller à ce que toute somme allouée par une sentence finale ou prévue dans un accord transactionnel soit versée à l'investisseur dans les plus brefs délais, indépendamment des décisions liées à la répartition de la responsabilité financière ». Voir COM(2012) 335 final, p.6.

⁴⁴² Un système de mutualisation entre États membres des conséquences financières pouvait être considéré comme une prime à l'irresponsabilité, puisque les États membres étaient incités à prendre des mesures possiblement litigieuses en vertu desquelles ils n'étaient condamnés à payer qu'un vingt-septième d'une éventuelle indemnité. Un engagement de l'Union européenne à payer auprès des investisseurs tiers impose qu'un système de remboursement soit prévu, autrement il pourrait être difficile de l'obtenir auprès d'un État membre. S'agissant des aspects techniques, il est possible de s'inspirer des systèmes fédéraux et la Commission européenne peut adopter une décision, précisant les modalités du remboursement lorsque l'Union agit comme défendeur. Voir E. Loquin et S. Manciaux « Les propositions de l'Union européenne », *loc.cit.*, p.164 et p.187 ; C. Tietje, E. Sipiorski & G. Töpfer, *Responsibility in investor-State arbitration in the EU...*, *op.cit.*, p.7 et p.14.

⁴⁴³ Article 19 §2 du règlement.

⁴⁴⁴ Voir l'article 19 §3 du Règlement N°912/2014.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, article 19 §4. En cas de désaccord de l'État membre visé, celui-ci pourrait initier un recours en annulation de la décision de la Commission sur le fondement de l'article 263 TFUE.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, article 19 §5.

paiement anticipé des frais procéduraux en versant ces derniers au budget européen.⁴⁴⁷

1358. Toujours dans ce cas et si un tribunal arbitral estime que le paiement de ces frais revient en fait à l'Union européenne alors qu'ils ont déjà été provisionnés au plan interne par l'État membre, il est prévu que la Commission européenne rembourse l'avance de frais à l'État membre.⁴⁴⁸ L'ensemble des paiements étatiques seront considérés, par le droit européen, comme des recettes affectées internes, à finalités multiples.⁴⁴⁹

1359. Enfin, rappelons que malgré des efforts visant à s'assurer que l'Union européenne agissant comme défenderesse n'assume pas la responsabilité financière à la place de ses États membres, il est évident que l'insertion de l'arbitrage mixte au sein des futurs accords mixtes a une incidence sur le budget européen. Celle-ci découle des futures sentences arbitrales condamnant l'Union européenne au paiement d'indemnités pour des traitements dont l'origine est non étatique ou qui ont été exigés par le droit européen.⁴⁵⁰ Ainsi, il doit être prévu que l'Union dispose de la capacité budgétaire suffisante.⁴⁵¹ Pour cela, il est nécessaire que la Commission anticipe une telle incidence, dans ses propositions de budget.⁴⁵² Une ligne budgétaire au sein du budget européen doit être créée, pour répondre à cette problématique.⁴⁵³ Cette solution n'apparaît pas viable aux yeux de tous.⁴⁵⁴

⁴⁴⁷ Voir l'article 20 §1 du Règlement N°912/2014.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, article 18 §2.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, article 21.

⁴⁵⁰ Il est ainsi envisagé que des fiches financières soient établies pour les futurs accords conclus en vertu de l'article 218 TFUE. Voir COM(2012) 335 final, p.13.

⁴⁵¹ La capacité budgétaire de l'Union européenne englobe le paiement de l'ensemble des frais provenant du recours arbitral, d'éventuelles indemnités de compensation condamnant les actes imputables à l'Union européenne, mais aussi le paiement des avances faites par l'Union pour les États membres ayant été condamnés au paiement d'indemnités. *Ibidem*.

⁴⁵² La Commission européenne a prévu, dans son budget 2013, que les dépenses suivantes sont admissibles, à savoir les frais d'arbitrage, les honoraires et coûts provenant des activités de conseil des juristes lorsque l'Union est partie à un différend lié à un investissement, mais aussi « *les versements à des investisseurs à la suite d'une sentence finale ou de règlements dans le contexte de tels accords internationaux* ». Voir COM(2012) 335 final, pp.13-14 et note infra-paginale 15.

⁴⁵³ La proposition de règlement sur la responsabilité financière prévoit que les versements et recouvrements seront effectués sur la ligne budgétaire 20 02 01, dénommée « Relations commerciales extérieures, y compris l'accès aux marchés des pays tiers ». Voir COM(2012) 335 final, p.13.

⁴⁵⁴ L'adaptation du budget européen ne serait pas la solution appropriée, au vu des dispositions institutionnelles relatives à la procédure budgétaire. Une possibilité aurait été de se fonder sur le paiement des États membres, par le biais d'une décision interne obligeant ces derniers à transférer à l'Union le montant des indemnités pour qu'elles soient payées aux investisseurs. Conserver le mécanisme encore en vigueur était aussi une option, selon lequel les États membres payent eux-mêmes les investisseurs. Voir L. Mola, « Which role for the EU in the development of international investment law? », *loc.cit.*, p.21.

2) L'exécution forcée d'une sentence arbitrale rendue à l'encontre de l'Union européenne

1360. Il convient de s'interroger sur les modalités de mise en œuvre d'une demande d'exécution forcée d'une sentence arbitrale rendue contre l'Union européenne, au cas où l'investisseur tiers ne pourrait pas obtenir le paiement de l'indemnité de compensation. Nous avons précédemment conclu qu'une telle sentence ne sera pas rendue sous l'égide du CIRDI.⁴⁵⁵ Traditionnellement, le juge compétent est celui du ou des lieux d'exécution de la sentence arbitrale. On sait déjà que les juges des États membres et des pays tiers ont vocation à intervenir s'agissant des demandes d'exécution des sentences inexécutées par les États membres, en vertu des droits nationaux et de la Convention de New York,⁴⁵⁶ lorsque les sentences arbitrales ne sont pas rendues sous l'égide du CIRDI.

1361. La nouveauté se situe donc dans les possibilités d'exécution forcée d'une sentence arbitrale rendue contre l'Union européenne, sur le fondement d'un nouvel accord d'investissement mixte ou pur. Au vu du protocole sur les immunités de l'Union européenne,⁴⁵⁷ il convient dans ce cas non plus de saisir le juge du lieu d'exécution mais de s'adresser à la Cour de Luxembourg,⁴⁵⁸ afin d'obtenir le paiement de l'indemnité par le biais d'une saisie des biens de l'Union européenne. Celle-ci doit se dérouler sous l'aval d'une décision de la Cour.⁴⁵⁹ L'hypothèse, pour la Commission européenne, est néanmoins invraisemblable. Une telle action judiciaire serait inutile, puisque l'Union européenne a une obligation d'exécuter les sentences arbitrales et qu'aucun cas de refus d'exécution par l'Union européenne ou les États membres n'est à décompter.⁴⁶⁰

⁴⁵⁵ L'impossible adhésion de l'Union européenne au CIRDI n'empêche pas la Commission de citer, dans sa proposition de règlement, l'article 54 §1 de la Convention de Washington relatif à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales CIRDI. La garantie, permise par le CIRDI, de la reconnaissance et de l'exécution des futures sentences arbitrales bénéficiera à la résolution des différends ayant opposé un investisseur tiers à un État membre agissant comme partie défenderesse. Voir COM(2012) 335 final, p.8.

⁴⁵⁶ *Ibidem*.

⁴⁵⁷ Voir l'article 1er du protocole n°7 sur les privilèges et immunités de l'Union européenne, qui prévoit que « *Les locaux et les bâtiments de l'Union sont inviolables. Ils ne peuvent être perquisitionnés, réquisitionnés, confisqués ou expropriés. Les biens et avoirs de l'Union ne peuvent être l'objet d'aucune mesure de contrainte administrative ou judiciaire sans une autorisation de la Cour de justice* ».

⁴⁵⁸ COM(2012) 335 final, p.8 ; C. Tietje, E. Sipiorski & G. Töpfer, *Responsibility in investor-State arbitration in the EU...*, *op.cit.*, p.29.

⁴⁵⁹ Il est noté que la propriété de l'Union européenne ne peut pas faire l'objet d'une mesure d'exécution sans la saisine préalable de la CJUE, pour une demande qui serait *in fine* similaire à la demande d'exécution forcée auprès d'un juge national. Il est aussi relevé que l'Union n'est pas partie à la Convention de New York et que la demande d'exécution sur ce fondement doit être confirmée. Voir COM(2012) 335 final, p.9 ; C. Tietje, E. Sipiorski & G. Töpfer, *Responsibility in investor-State arbitration in the EU...*, *op.cit.*, p.8 et p.29.

⁴⁶⁰ COM(2012) 335 final, p.8. Cependant, il convient de citer l'affaire opposant la Lituanie à la société *Svenska Petroleum*, dans le cadre de laquelle l'État membre a cherché à contourner l'exécution de la sentence. Voir K. Reichert, « Enforcement of arbitral awards – New dimensions and European law », in C. Kessedjian (dir.), *Le droit*

1362. Rappelons que l'exécution des sentences arbitrales par les États peut poser problème.⁴⁶¹ En effet, les États ne renoncent pas à leur immunité d'exécution par la signature des accords d'investissement,⁴⁶² ce qui signifie que l'insaisissabilité des biens étatiques reste de principe. Ajoutons en ce sens que pour la Commission, la CJUE « *appliquerait l'approche classique de l'immunité de l'État souverain* ». ⁴⁶³ Toutefois, l'eupéanisation de l'arbitrage d'investissement peut permettre à ce sujet des avancées, étant donné qu'une voie de recours supplémentaire serait ajoutée, s'agissant cette fois de l'exécution forcée d'une sentence rendue contre un État membre. En effet, il a été remarqué que le droit européen exige une nouvelle fois que les États membres honorent les sentences arbitrales.⁴⁶⁴

3) L'annulation voire l'appel d'une future sentence arbitrale

1363. Dernière interrogation relative au sort des sentences arbitrales, il est nécessaire de se demander comment l'Union européenne souhaite et peut s'intégrer au sein des procédures visant à contrôler le résultat des procédures, à savoir *de lege lata* l'annulation et *de lege ferenda* l'appel. Le cas des sentences arbitrales rendues contre les États membres doit d'abord être observé. Précisons que, dans ce cas, le Comité du CIRDI ou le juge du siège de l'arbitrage a vocation à intervenir lors d'une demande d'annulation. La nouveauté est que l'article 10 §1 du Règlement N°912/2014 prévoit la coopération entre la Commission et l'État membre lorsque ce dernier agit en qualité de partie défenderesse, « *y compris en cas d'annulation, d'appel ou de révision* ».

1364. La proposition de règlement allait encore plus loin, en précisant que la Commission européenne pouvait demander à l'État membre d'introduire une demande d'annulation.⁴⁶⁵ Le texte

eupéen et l'arbitrage d'investissement, op.cit., pp.179-185, p.180.

⁴⁶¹ La question de l'exécution du résultat des sentences arbitrales relève de la plus grande difficulté en droit procédural des investissements étrangers, car il est rappelé que les États ne sont pas contraints d'exécuter les sentences et que l'Union européenne ne le serait pas plus. Voir E. Gaillard, « Conclusions », in C. Kessedjian (dir.), *ibidem*, pp.195-205, p.205.

⁴⁶² Rappelons que seule une renonciation expresse permettrait de garantir l'exécution, ce à quoi les États ne souhaitent pas procéder.

⁴⁶³ COM(2012) 335 final, p.9.

⁴⁶⁴ Il convient de savoir si la nouvelle compétence européenne en matière d'IDE permet de favoriser l'exécution forcée des sentences arbitrales rendue contre les États membres, en se dirigeant en outre vers l'Union européenne. En effet, avec l'adjonction de la dimension européenne, il y aurait un nouvel incitatif pour que les États membres exécutent les sentences arbitrales, en vertu des articles 4 §3 TUE et 125 TFUE. Il serait ainsi envisageable pour l'investisseur de porter sa demande d'exécution auprès de la Commission européenne. Voir K. Reichert, « Enforcement of arbitral awards – New dimensions and European law », *loc.cit.*, p.185.

⁴⁶⁵ Le §3 du l'article 9 de la proposition de règlement sur la responsabilité financière, intitulé « *conduite de la procédure d'arbitrage par un État membre* », prévoyait que « *Lorsqu'un accord ou les règles qu'il contient prévoient qu'un point de droit inclus dans une sentence arbitrale peut faire l'objet d'une annulation, d'un recours ou d'un réexamen, la Commission peut, si elle l'estime nécessaire pour garantir une interprétation cohérente ou exacte de l'accord,*

final n'a pas repris cette possibilité et se réfère spécifiquement à une procédure d'appel encore quasi inexistante en arbitrage, dont il convient de rappeler qu'elle est un réexamen au fond de la sentence, alors que l'annulation est limitée aux aspects procéduraux.⁴⁶⁶ Cela étant, il n'est pas impossible de penser qu'implicitement l'article 10 du règlement pourrait permettre à la Commission européenne d'imposer aux États membres d'initier une éventuelle procédure d'appel et d'accueillir des membres de l'Union européenne dans la délégation étatique, pour qu'ils puissent exprimer leur position.

1365. S'agissant des demandes d'annulation des sentences arbitrales rendues à l'encontre de l'Union européenne, il n'y a pas de réponse définitive s'agissant de la nature de la procédure à initier. On sait déjà que le recours au Comité du CIRDI n'est pas envisageable.⁴⁶⁷ La nouveauté est d'abord que la volonté d'annulation du résultat des procédures arbitrales pourrait provenir, au plan interne, de conflits entre l'Union européenne et un État membre à propos de l'imputation de la responsabilité financière, lorsque l'Union agissant comme partie défenderesse décide que l'État membre doit procéder au paiement. Un tel conflit donnerait lieu à l'activation d'un recours devant la CJUE.

1366. Sur la base de l'article 263 TFUE relatif au recours en annulation des actes des institutions européennes, la CJUE pourrait contrôler la légalité de la décision d'imputation de la responsabilité financière, au plan interne. Durant l'examen de la décision, le juge luxembourgeois pourrait aller au-delà et examiner le contenu des sentences arbitrales, en vertu des critères de la Convention de New York.⁴⁶⁸ Il pourrait possiblement annuler l'indemnité de compensation due.⁴⁶⁹ La portée de ce possible réexamen des sentences arbitrales par la CJUE doit être précisée, afin de ne porter atteinte à l'exécution des sentences arbitrales dans l'ordre juridique international.⁴⁷⁰

1367. Outre cette problématique interne à l'Union européenne, il convient de savoir au plan international à qui l'une des parties au litige doit adresser sa demande d'annulation du résultat d'une

demander à l'État membre d'introduire une demande d'annulation, de recours ou de réexamen. Dans ces circonstances, les représentants de la Commission font partie de la délégation et peuvent exprimer le point de vue de l'Union en ce qui concerne le point de droit en cause ».

⁴⁶⁶ Il peut donc être pensé que l'article 9 de la proposition de règlement visait un mécanisme d'appel, mais certainement pas une procédure d'annulation, dans le cadre de laquelle la cohérence de l'interprétation d'une disposition d'un accord n'est pas en jeu.

⁴⁶⁷ Le recours en annulation du CIRDI est écarté, en raison des difficultés d'adhésion susmentionnées. Voir P. Tercier, « Voies de recours », *loc.cit.*, p.174.

⁴⁶⁸ C. Tietje, E. Sipiorski & G. Töpfer, *Responsibility in investor-State arbitration in the EU...*, *op.cit.*, p.28.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p.29.

⁴⁷⁰ Il a été remarqué par des auteurs que la probabilité que la CJUE annule une sentence arbitrale est faible. Toutefois, la Cour de Luxembourg pourrait en théorie procéder à un réexamen des sentences au fond, en allant au-delà des critères restrictifs de l'article V la Convention de New York. La CJUE pourrait ainsi écarter la responsabilité financière des États. Voir C. Tietje, E. Sipiorski & G. Töpfer, *Responsibility in investor-State arbitration in the EU...*, *op.cit.*, p.28.

procédure arbitrale durant laquelle l'Union européenne a agi comme partie défenderesse. La réponse n'est pas évidente. Au-delà de l'impossibilité d'avoir recours au Comité CIRDI, il semble qu'il faille continuer à saisir le juge national de l'État du siège de l'arbitrage,⁴⁷¹ comme lorsqu'un État est assigné. Retenons toutefois que cette possibilité dépend du contenu du droit national du siège de l'arbitrage. Il est aussi noté qu'une voie de recours spécifique pourrait être prévue par les futurs accords d'investissement, qui innoveraient dans ce domaine.⁴⁷² Le système de contrôle préalable de l'arbitrage CCI pourrait également être introduit,⁴⁷³ ce qui n'empêcherait pas non plus la mise en place d'un régime international de contrôle des sentences, sous l'égide européenne.⁴⁷⁴

⁴⁷¹ P. Tercier, « Voies de recours », *loc.cit.*, p.175.

⁴⁷² Ceci est peu probable, au vu des règlements d'arbitrage non spécialisés en la résolution des différends liés aux investissements internationaux. *Ibidem*, p.174.

⁴⁷³ *Ibidem*, p.176.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p.175.

Conclusion du chapitre 2

1368. Réfléchir à l'avenir européen de l'arbitrage d'investissement constitue le point final de l'approche européenne du droit des investissements, mais aussi son épice, puisque le droit des investissements internationaux est avant tout une discipline procédurale. L'arrivée de l'Union européenne devrait permettre d'apporter des réponses aux questions soulevées par les membres de la société internationale, relatives à la transparence, à la cohérence et à la prévisibilité. L'Union européenne dispose d'une grande marge d'action en théorie, et nous avons conclu que seules certaines innovations pourront être mises en place.

1369. En pratique, l'action européenne s'appuiera sur la pratique de ses États membres. Ainsi, il apparaît, au vu du contenu des derniers accords conclus par l'Union européenne, qu'elle continue à accorder le recours à l'arbitrage aux investisseurs tiers. Notons que cet arbitrage devrait s'éloigner de sa nature originelle *ad hoc*. Parmi les nouveautés, les tribunaux arbitraux devraient être nommés à partir d'une liste établie par les États parties et une cour d'appel devrait permettre d'assurer la cohérence des sentences, comme le révèle le contenu de l'Accord économique et commercial global conclu avec le Canada. L'institutionnalisation annoncée est cependant vectrice de très nombreuses questions d'ordre pratique.

1370. Depuis que la participation de l'Union européenne est possible sur le fondement des nouveaux accords d'investissement, nous sommes d'avis que l'Union européenne va pouvoir participer à la réforme du mode de résolution des différends et construire un modèle de procédure investisseur-Union européenne.

Conclusion du titre 2

1371. L'analyse de l'eupéanisation de l'arbitrage d'investissement extra-eupéen a mis en lumière les éléments suivants. Tout d'abord, c'est un processus qui a été rendu possible par l'action de la Commission européenne, alors même que des difficultés supplémentaires s'ajoutaient, liées à l'absence d'expérience de l'Union européenne en la matière. Il convient d'ajouter que ce processus est en cours depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, par l'effet de l'adjonction d'un volet procédural à l'approche européenne du droit matériel des investissements internationaux.

1372. En outre, l'eupéanisation vise certes la qualité de partie défenderesse aux procédures mais aussi le déroulement des instances arbitrales. Il ressort de la signature des premiers accords européens d'investissement que l'action européenne s'inscrit dans la confirmation de la pratique des États membres et dans la prise en compte des problématiques actuelles en droit de l'arbitrage. L'eupéanisation du mode de résolution des différends ne devrait donc pas aboutir à un changement brutal, mais constitue une opportunité intéressante de réforme et d'amélioration.

1373. À propos des États membres, retenons que leur rôle n'est pas écarté par la volonté d'octroyer à l'Union européenne une représentation international unique. Ainsi, ils ont vocation à agir durant la période de transition encadrée par le Règlement N°1219/2012, sur le fondement des accords en vigueur. S'agissant des accords européens conclus selon un mode mixte, le Règlement N°912/2014 leur laisse une marge de manœuvre, traite de façon judicieuse la question de l'attribution de la responsabilité finale et les soumet à un devoir de coopération.

1374. En somme, bien que l'arbitrage n'ait pas été conçu pour recevoir une organisation internationale agissant comme partie défenderesse, l'Union européenne dispose des instruments afin de mettre en œuvre une procédure arbitrale investisseur-Union européenne, marquée par des innovations qui pourront témoigner de son pouvoir d'influence dans le monde. En ayant désormais étudié le volet procédural, nous pouvons conclure que l'eupéanisation du droit des investissements internationaux est une réalité et vise tant ses aspects matériels que procéduraux.

Conclusion de la partie 2

1375. Durant cette seconde partie, les particularités de l'approche européenne du droit des investissements internationaux ont été mises en exergue. Au vu des caractéristiques de l'approche visant le droit matériel des investissements internationaux, nous avons suggéré qu'il ne s'agit pas d'une approche mais d'un volet qui s'est adjoint au mouvement d'ensemble et qui doit être rattaché aux avancées de l'Union européenne liées à l'obtention de la capacité conventionnelle des États membres.

1376. Jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, les interactions entre le projet européen institutionnalisé et l'arbitrage d'investissement sont restées très limitées. L'arbitrage n'a ainsi pas fait l'objet d'initiatives particulières révélatrice d'une stratégie spécifique, d'où selon nous l'inexistence d'une approche à proprement parler. La négociation d'accords européens d'investissement a rendu nécessaire la prise en compte de la participation de l'Union européenne à l'arbitrage. Le cas des accords conclus par la seule Union pose la problématique du choix des règles procédurales applicables. S'agissant des accords mixtes, le Règlement N°912/2014 accorde la représentation internationale à l'Union.

1377. Une fois que l'on s'intéresse aux aspects tant matériels que procéduraux de l'approche européenne du droit des investissements internationaux, l'on constate que l'approche en droit procédural constitue le véritable défi de la stratégie d'ensemble de l'action européenne.

1378. Malgré la nouveauté de la procédure investisseur-Union européenne, nous sommes d'avis que le recours à l'arbitrage ne remet pas en cause l'approche européenne générale. Au contraire, le texte des premiers accords conclus par l'Union européenne confirme que l'Union européenne est devenu un acteur de l'arbitrage d'investissement. Ces propos devront être confirmés par la pratique, lorsque l'édition de mesures par l'Union européenne fera l'objet d'une plainte d'un investisseur tiers et qu'il souhaitera assigner l'Union européenne à l'arbitrage.

Conclusion générale

1379. L'analyse a souhaité examiner en quoi le droit des investissements internationaux et l'Union européenne sont désormais placés en face-à-face et de quelle façon ces deux systèmes juridiques interagissent, en conséquence de cette nouvelle configuration. Après avoir procédé à la présentation de notre sujet de réflexion dans le cadre d'un chapitre préliminaire, les développements qui ont suivi ont tenté de mettre en exergue que le phénomène de convergence des systèmes est particulièrement véridique depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. L'insertion de la notion d'IDE au sein du champ d'application de la politique commerciale commune telle que nouvellement définie par le TFUE marque ainsi l'officialisation des rapports des systèmes et le départ du processus d'eupéanisation.

1380. Avant la chute des régimes communistes au début de la décennie 90, le droit des investissements internationaux a été principalement issu de la pratique conventionnelle internationale des États membres de l'Union, qui ont les premiers participé de son internationalisation qui a abouti à la formation du dense réseau conventionnel bilatéral actuel. Les évolutions politico-économiques ayant suivi ont permis l'essor de la matière et l'arrivée de nouveaux acteurs dans la création de ce pan du droit international économique, ce qui a notamment initié le processus de sa régionalisation.

1381. C'est au sein de ce contexte que la Commission européenne a souhaité que l'Union européenne dispose d'une compétence en matière d'investissement international, dans le cadre plus général de sa quête d'obtention du statut d'acteur mondial et de sa course à l'influence qu'elle mène vis-à-vis des États-Unis et d'autres modèles régionaux.

1382. En réponse à notre problématique juridique, nous retiendrons que l'approche européenne générale du droit des investissements internationaux, tel qu'issu de la pratique conventionnelle des États membres, est dans l'ensemble une réalité. Nous avons observé que le mouvement a d'abord visé le volet matériel de ce droit, plus ou moins depuis l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht. L'obtention de la capacité conventionnelle des États membres en matière d'investissement international a fait l'objet d'une stratégie d'ensemble de la part de la Commission européenne qui s'est révélée efficace.

1383. En effet, sur le fondement du Traité de Lisbonne, il apparaît que l'Union européenne

dispose de la capacité conventionnelle devant en théorie lui permettre d'eupéaniser le mode de conclusion des futurs accords d'investissement ainsi que leur contenu en droit matériel, à un degré devant être révélé par la pratique.

1384. L'obtention, par l'Union européenne, d'une base légale pour négocier et conclure les futurs accords d'investissement soulève néanmoins une nouvelle problématique, celle de la participation de l'organisation régionale à la résolution des différends selon la voie arbitrale. Bien que cette dernière n'ait pas été conçue en vertu de la modalité investisseur-organisation internationale, nous sommes d'avis que l'Union européenne peut s'intégrer à cette méthode de résolution des conflits liés aux investissements extra-européens, sous réserve toutefois du respect de certaines conditions. Rappelons que la capacité d'eupéanisation générale du droit procédural des investissements internationaux peut également apparaître moins évidente, au regard notamment de la haute spécificité de l'arbitrage et du caractère tardif de l'approche européenne dans ce domaine.

1385. Le succès de la politique commune d'investissement dépend alors de la bonne imbrication de ces deux approches, initiées en relative asynchronie, mais aussi de la capacité de la Commission européenne à gérer la phase de transition et à obtenir le transfert effectif de compétence en matière d'IDE pour aller au-delà et viser les investissements de portefeuille.

1386. Puisque le recours à la voie arbitrale mixte ne remet pas en cause les avancées de l'approche européenne du droit matériel des investissements internationaux, l'Union européenne peut alors faire figure d'un nouveau réseau régional, au sein duquel ce droit peut évoluer. Les phénomènes de régionalisation et de multilatéralisation du droit des investissements internationaux sont ainsi appelés à être accentués, grâce à une confrontation des systèmes qui a pu se muer en une coexistence.

1387. Constatons enfin qu'il est malaisé de conclure l'analyse des rapports de systèmes, en raison de leurs virtualités qui semblent infinies. En tant que manifestation de la mondialisation juridique et comme le suggère très judicieusement un auteur, n'oublions pas que l'analyse nous amène une fois de plus à être « en présence de processus plutôt que d'états, d'un système en gestation plutôt que d'un système installé » et soulignons encore une fois que nous n'avons fait que décrire « davantage des orientations à l'œuvre » que des « configurations juridiques stabilisées ».⁴⁷⁵

⁴⁷⁵ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit, l'État, op.cit.*, p.16.

1388. Rappelant que la volonté de la Commission européenne d'établir une politique commune d'investissement est vectrice d'une contingence juridique, l'ensemble de nos observations relatives à l'eupéanisation du droit des investissements internationaux doit donc être confirmé, ou infirmé, par la pratique conventionnelle internationale de l'Union européenne à venir.

1389. Toutefois, il peut d'ores et déjà être suggéré sans grande ambition que l'établissement d'une nouvelle structure de création de la norme internationale en matière d'investissement est indéniablement mis en place, témoignant de la prégnance du modèle du réseau sur le mode de production des normes.

1390. Quant aux résultats des interactions normatives, ils devraient relever indéfiniment de l'harmonisation, ce qui signifie que les systèmes devraient conserver leur individualité. Soulignons en ce sens que les États membres devraient conserver dans la majorité des cas un pouvoir de décision par l'effet du recours à la modalité mixte de conclusion des accords. Ainsi, la volonté d'appropriation du droit des investissements internationaux par l'Union européenne ne devrait pas aboutir pas à une unification régionale ou fusion des systèmes, à tout le moins durant une phase dont la durée reste indéterminée.

1391. Nous terminerons en retenant que l'atout principal de l'analyse des interactions normatives en matière d'investissement international a été de permettre la meilleure connaissance de ces deux systèmes juridiques. La pluralité des disciplines juridiques avec laquelle le droit des investissements internationaux interagit désormais constitue une opportunité de clarification et de renouvellement à saisir.

1392. Ainsi, par le prisme d'un autre système, certains traits distinctifs de ce droit – réputés particulièrement obscurs – ont l'occasion d'être clarifiés, qu'il s'agisse notamment du standard de traitement juste et équitable,⁴⁷⁶ de la portée de la clause parapluie⁴⁷⁷ ou encore de la question de l'expropriation indirecte.⁴⁷⁸ À une échéance plus lointaine, c'est également la perméabilisation du système juridique applicable aux investissements internationaux qui apparaît inévitable, celui-ci étant destiné à se complexifier par l'intégration d'éléments externes provenant notamment des

⁴⁷⁶ R. Dolzer, « Fair and equitable treatment : today's contours », *Santa Clara journal of international law*, vol.12, n°1, 2014, pp.7-33.

⁴⁷⁷ S. Lemaire, « La mystérieuse umbrella clause – Interrogations sur l'impact de la clause de respect des engagements sur l'arbitrage en matière d'investissements », *Rev. arb.*, n°3-4, 2009, pp.479-502.

⁴⁷⁸ A. de Nanteuil, *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014.

impératifs de protection des droits de l'homme et de l'environnement.

BIBLIOGRAPHIE

I – Ouvrages généraux

AMSELEK, Paul, *Études de droit public*, Paris, éd. Panthéon Assas Paris II, 2009

ARNAUD, André-Jean, *Entre modernité et mondialisation - Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 2e ed, 2004

ARNAUD, André-Jean & FARIÑAS DULCE, Mariá José, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998

AUBY, Jean-Bernard, *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, LGDJ, 2e éd, 2010

BARRAUD, Boris, *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux, Pour une conception pragmatique du droit*, Paris, L'Harmattan, 2012

BENYEKHFLEF, Karim, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008

BERGÉ, Jean-Sylvestre, ROBIN-OLIVIER, Sophie, *Introduction au droit européen*, Paris, PUF, 2008

BOLUSSET, Carole, *L'investissement*, Paris, Bréal, 2007

BUREAU, Dominique & MUIR WATT, Horatia, *Droit international privé*, tome I, partie générale, Paris, PUF, 2 éd., 2012

CARREAU, Dominique & JUILLARD Patrick, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 5e éd., 2013

CARREAU, Dominique & MARRELLA, Fabrizio, *Droit international*, Paris, Pedone, 11e éd., 2012

COHEN-TANUGI, Laurent, *Quand l'Europe s'éveillera*, Paris, Grasset, 2011

CRAIG, Paul & DE BÚRCA, Grainne, *EU law: Text, cases and materials*, Oxford University Press, 4th ed., 2011

DELMAS-MARTY, Mireille, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil, 1998

DELMAS-MARTY, Mireille, *Le flou du droit : du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, 2004

DELMAS-MARTY, Mireille, *Les forces imaginantes du droit : tome II le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006

DUPUY, Pierre-Marie, *Droit international public*, Paris, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 8e éd., 2006

- EBERHARD, Christoph, *Le droit au miroir des cultures – Pour une autre mondialisation*, Paris, LGDJ, 2006
- FMI, *Manuel de la balance des paiements*, Washington D.C., 5ème éd., 1993
- FOUCHARD, Philippe, GAILLARD Emmanuel & GOLDMANN, Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996
- FOULQUIÉ, Paul, *Dictionnaire de la langue philosophique*, Paris, PUF, 1962
- GOYARD-FABRE, Simone, *La construction de la paix ou le travail de Sisyphe*, Paris, Librairie philosophique Vrin, 2000
- GUYON, Yves, *L'arbitrage*, Paris, Economica, 1995
- JOUANNET, Emmanuelle, *Le droit international libéral-providence – Une histoire du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2011
- KÉBABDJIAN, Gérard, *Europe et globalisation*, Paris, L'Harmattan, 2006
- LOWENFELD, Andreas F., *International economic law*, Oxford University Press, 2nd ed., 2008
- MANIN, Philippe, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Paris, Pedone, 2004
- MOLINIER, Joël & LOTARSKI Jaroslaw, *Droit du contentieux de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2011
- MORIN, Edgar, *Introduction à la pensée complexe*, Paris, Seuil, 2005
- NEFRAMI, Eleftheria, *L'action extérieure de l'Union européenne – Fondements, moyens, principes*, Paris, LGDJ, 2010
- NOURISSAT, Cyril, *Droit communautaire des affaires*, Paris, Dalloz, 2e éd., 2005
- PARROCHIA, Daniel, *Philosophie des réseaux*, Paris, PUF, 1993
- REUTER, Paul, *Droit international public*, Paris, PUF, 6e éd., 1983
- RIVERA, Julio César, *Arbitraje comercial internacional y doméstico*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007
- ROBERT, Jean & MOREAU, Bertrand, *L'arbitrage - Droit interne, droit international privé*, Paris, Dalloz, 6e éd., 1993
- ROMANO, Santi, *L'ordre juridique*, introduction de Ph. Francescakis, préface de P. Mayer, Dalloz, 2002
- ROSIK, Patricia, *Les transformations du droit économique – Les États et la société civile face à la mondialisation économique*, Paris, L'Harmattan, 2004
- SALAH, Mahmoud Mohamed, *Les contradictions du droit mondialisé*, Paris, PUF, 2002

SALMON, Jean (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001

SAURON, Jean-Luc, *Droit et pratique du contentieux communautaire*, Paris, La documentation française, 3e éd., 2004

VERHOEVEN, Joe, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000

WEIL, Prosper, *Écrits de droit international*, Paris, PUF, doctrine juridique, 2000

WILSON, William A., *Introductory essays on Scots law*, Edinburgh, W. Green Publisher, 2nd ed, 1984

II – Ouvrages et études spécialisés

ALBERTON, Ghislaine, *Des interactions normatives entre le droit communautaire et le droit public français : l'exemple caractéristique de l'accès des ressortissants communautaires à la fonction publique française*, thèse, Montpellier, 1995

ALVAREZ, José E. & SAUVANT Karl P. (eds), *The evolving international investment regime: expectations, realities, options*, Oxford University Press, 2011

AUDIT, Mathias, « Droit des investissements internationaux. Présentation et sources », *Jurisclasseur de droit international*, fasc. 572-50, 2009

BAETENS, Freya (ed.), *Investment law within international law – Integrationist perspectives*, Cambridge University Press, 2013

BEN DAHMEN, Khédija, *Interactions du droit international et du droit de l'Union européenne : le pluralisme juridique rénové en matière de protection de la propriété industrielle*, Paris, L'Harmattan, 2013

BEN HAMIDA, Walid, *L'arbitrage transnational unilatéral – Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse, Paris II, 2003

BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie & JOHNSON Lise, *Bulletin #2 - Transparency in the dispute settlement process: country best practices*, Winnipeg, IISD, February 2011

BIERBRAUER, Elfriede, *Ways and means towards a future EU-US trade and investment agreement*, Étude du Parlement européen, octobre 2012

BINDER, Christina *et al.* (eds), *International investment law for the 21st century - Essays in honour of Christopher Schreuer*, Oxford University Press, 2009

BOSSE-PLATIÈRE, Isabelle, *L'article 3 du Traité UE : Recherche sur une exigence de cohérence de l'action extérieure de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009

BRIÈRE, Carine, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, Paris, LGDJ, 2001

CATTANEO, Olivier, « Quelles ambitions pour la politique commerciale de l'Union européenne ? », *Les notes de l'IFIR*, n°39, mars 2002

CHARVIN, Robert, *L'investissement international et le droit au développement*, Paris, L'Harmattan, 2002

ICSID, *The ICSID Caseload – Statistics (Special focus – European Union)*, April 2015

CNUCED, *Définition de règles internationales en matière d'investissement*, Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York et Genève, Nations Unies, 2008

CNUCED, *Différends entre investisseurs et État : prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage*, Études de la CNUCED, New York et Genève, Nations Unies, 2010

CNUCED, *Traitement de la nation la plus favorisée*, collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II, New York et Genève, Nations Unies, 2010

CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde*, New York et Genève, Nations Unies, 2011

CNUCED, *Portée et définitions*, Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II, New York et Genève, Nations Unies, 2011

COHEN-TANUGI, Laurent, « L'influence normative internationale de l'Union européenne : une ambition entravée », *Notes de l'IFRI*, n°40, mars 2002

COHEN-TANUGI, Laurent, *Une stratégie européenne dans la mondialisation, rapport en vue de la Présidence française du Conseil de l'Union européenne*, Paris, La documentation française, 2008

CONVENTIONS, « Table-ronde n°3 : Le choix des arbitres », in *Faut-il réformer l'arbitrage d'investissement ?*, Journée d'études Conventions du 27 mars 2013, synthèse disponible à http://convention-s.fr/wp-content/uploads/2013/02/CNV_Synth%C3%A8se_Le-choix-des-arbitres_final.pdf

CORDONIER SEGGER, Marie-Claire, GEHRING Markus W. & NEWCOMBE Andrew P. (eds), *Sustainable development in world investment law*, Kluwer law international, 2011

DE LA ROSA, Stéphane, *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2008

DE MESTRAL, Armand & LÉVESQUE Céline (eds), *Improving international investment agreements*, London, Routledge, 2013

DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier, *La posición del derecho internacional en el ordenamiento comunitario*, Madrid, McGrawHill, 1998

DIMOPOULOS, Angelos, *EU foreign investment law*, Oxford University Press, 2011

DUPUY, Pierre-Marie, PETERSMANN Ernst-Ulrich & FRANCONI Francesco (eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, 2009

- FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*, Madrid, Marcial Pons, 2008
- FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique, *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1a ed., 2004
- GILLES, Anne, *La définition de l'investissement international*, Bruxelles, Larcier, 2012
- HINDELANG, Steffen, *The free movement of capital and Foreign Direct Investment. The scope of protection in EU law*, Oxford University Press, 2009
- ICSID, *Possible improvements of the framework for ICSID Arbitration*, ICSID Secretariat Discussion Paper, October 22 2004
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, committee on the diplomatic protection of persons and property, « Final report », in INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Report of the seventy-second conference*, Toronto, London, International law association, 2006
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, committee on the international law on foreign investment, « Final report », in INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Report of the seventy-third conference*, Rio de Janeiro, London, International law association, 2008
- KONSTANTINOS, Ioannis, *La combinaison normative : recherche sur une méthode d'interprétation aux services des droits de l'homme*, thèse de doctorat, 2006
- LABAYLE, Henri, *Ouverture, transparence et accès aux documents et à l'information dans l'Union européenne*, Parlement européen, Direction générale des politiques internes, 2013
- LAROUER, Christophe J., « In the name of sovereignty? The battle over in dubio mitius inside and outside the courts », *Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers*, paper 22, 2009, disponible à http://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/22
- LEAL-ARCAS, Rafael, *International trade and investment law - Multilateral, regional and bilateral governance*, Edward Elgard Publishing Ltd, 2011
- MALAN, Alexandre, *La concurrence des conventions internationales dans le droit des conflits de lois*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002
- MICHEL, Valérie, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, Paris, L'Harmattan, 2003
- NANTEUIL, Arnaud DE, *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014
- NEWCOMBE, Andrew P. & PARADELL Lluís, *Law and practice of investment treaties: standards of treatment*, Kluwer, 2009
- NIKIÈMA, Suzy H., *Bonnes pratiques – Définition de l'investisseur*, Winnipeg, IISD, mars 2012
- OCDE, *Perspectives d'investissement international 2007 - Liberté d'investissement dans un monde en changement*, OCDE, 2009
- OCDE, *Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux*, OCDE, 4ème

éd., 2010

OECD, *Transparency and third party participation in investor-State dispute settlement procedures*, Working paper on international investment, 2005/1, April 2005

OLE VOSS, Jan, *The impact of investment treaties on contracts between host States and foreign investors*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010

OPPETIT, Bruno, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, PUF, 1998

OST, François & VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? – Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2002

PICOD, Fabrice, « Libre circulation des capitaux et des moyens de paiement », *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. 890, 2009

PREISWERK, Ray, *La protection des investissements privés dans les traités bilatéraux*, Zurich, éd. Polygraphiques, 1963

REINISCH, August, *Recent developments in international investment law*, Paris, Pedone, 2009

RIGO SUREDA, Andrés, *Investment treaty arbitration – Judging under uncertainty*, Cambridge University Press, 2012

ROBERT-CUENDET, Sabrina, *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement : contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010

SCHILL, Stephan W., *The multilateralization of international investment law*, Cambridge University Press, 2009

SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, *The international law on foreign investment*, Cambridge University Press, 2010

SUDEBI, Suraya P., *International investment law – Reconciling policy and principle*, Oxford and Portland: Hart publishing, 2008

TIETJE, Christian, SIPIORSKI Emily & TÖPFER Grit, *Responsibility in investor-State arbitration in the EU – Managing financial responsibility linked to investor-State dispute settlement tribunals established by EU's international investment agreements*, European Parliament, Directorate General for external policies of the Union, Directorate B, December 2012

TORRENT, Ramon, *Derecho y práctica de las relaciones exteriores en la Unión Europea*, Barcelona, Cedecs, 1998

TURGIS, Sandrine, *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, Paris, Pedone, 2012

UNCTAD, *National treatment*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, New York and Geneva, United Nations, 1999

UNCTAD, *International Investment Agreements: Flexibility for Development*, UNCTAD series on issues in international investment agreements, New York and Geneva, United Nations, 2000

UNCTAD, *The REIO exception in MFN treatment clauses*, UNCTAD Series on international investment policies for development, United Nations, 2004

UNCTAD, *Recent developments in international investment agreements*, (2008-June 2009), IIA monitor n°3, United Nations, New York and Geneva, 2009

UNCTAD, *World investment report 2010*, Geneva and New York, United Nations, 2010

VAN DE KERCHOVE, Michel & OST François, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, Paris, 1992

VEGA RODRÍGUEZ, EVA *et al.*, *Droits fondamentaux – Accès aux juridictions – Amsterdam - Convention européenne et jurisprudence*, Direction générale des études, document de travail, Parlement européen, janvier 2000

VERWEY, Delano R., *The European Community, the European Union and the international law of treaties*, The Hague, TMC Asser press, 2004

VIVES CHILLIDA, Julio A., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, McGraw Hill, 1998

WAIBEL, Michael, KAUSHAL, Asha, CHUNG, Kyo-Hwa & BALCHIN Claire (eds), *The backlash against investment arbitration – perception and reality*, Wolters Kluwer, Kluwer law international, 2010

WÄLDE, Thomas W., *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation*, Paris, Pedone, 2004

WOOLCOCK, Stephen, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement après le Traité de Lisbonne*, Parlement européen, Direction générale des politiques externes, novembre 2010

YANNACA-SMALL, Katia, « Améliorer le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États », Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, 2006/1, Éditions de l'OCDE, février 2006

III – Extraits de mélanges et de comptes rendus de colloques

ALVAREZ, José E., « Is the international investment regime a form of global governance? », in *Arbitration – The next fifty years*, ICCA Congress Series No 16, 2012, pp.137-160

AMANN, Diane M., « Le zoo du droit » in BREYER, Stephen & DELMAS-MARTY Mireille (dirs), *Regards croisés sur l'internationalisation du droit : France-États-Unis*, Société de législation comparée, Paris, 2009, pp.253-260

AUDIT, Mathias, « Discussion », in KESSEDJIAN, Catherine & LEBEN, Charles (dirs), *Le droit européen et l'investissement*, Paris, éd. Panthéon Assas Paris II, 2010, pp.97-103

AUDIT, Mathias, « Le droit applicable en matière d'arbitrage fondé sur un traité de protection des investissements », in BERGÉ, Jean-Sylvestre, FORTEAU, Mathias, NIBOYET, Marie-Laure & THOUVENIN, Jean-Marc (dirs), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales*, Paris, Pedone, 2011, pp.65-81

AZOULAI, Loïc & BEN HAMIDA, Walid, « La protection des investissements par le droit primaire – droit conventionnel des investissements et droit primaire communautaire : étude comparée des régimes et des approches », in KESSEDJIAN, Catherine & LEBEN, Charles (dirs), *Le droit européen et l'investissement*, Paris, éd. Panthéon Assas Paris II, 2010, pp.69-88

BALMOND, Louis, « La coopération dans les relations extérieures », in AUVRET-FINCK, Josiane (dir.), *L'Union européenne, carrefour de coopération*, Paris, LGDJ, 2002, pp.245-258

BANIFATEMI, Yas, « The law applicable in investment treaty arbitration (chapter 9) », in YANNACA-SMALL, Katia (ed.), *Arbitration under international investment agreements: A guide to the key issues*, Oxford University Press, 2010, pp.191-210

BARBOU DES PLACES, Ségolène, « Plaidoyer pour une approche rénovée des "méthodes de la construction communautaire" », in *La France, l'Europe, le monde : mélanges Jean Charpentier*, Paris, Pedone, 2008, pp.247-260

BASEDOW, Jürgen, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp.55-74

BELLEY, Jean-Guy, « Une métaphore chimique pour le droit », in BELLEY, Jean-Guy (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, Paris, 1996, pp.7-17

BELLEY, Jean-Guy, « Conclusion. Un nouvel esprit scientifique pour l'internormativité », in BELLEY, Jean-Guy (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996, pp.273-278

BENLOLO-CARABOT, Myriam, « Le droit européen face à la fragmentation du droit applicable aux relations internationales – Le regard de l'internationaliste publiciste », in BERGÉ, Jean-Sylvestre, FORTEAU, Mathias, NIBOYET, Marie-Laure & THOUVENIN, Jean-Marc (dirs), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales*, Pedone, Paris, 2011, pp.97-127

BERGÉ, Jean-Sylvestre, « Le droit du marché intérieur et le droit international privé communautaire : de l'incomplétude à la cohérence », in MICHEL, Valérie (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Presses Universitaires de Strasbourg, Paris, 2009, pp.339-352

BERGÉ, Jean-Sylvestre, « Introduction – Approche méthodologique des rapports de systèmes : comparer, combiner, hiérarchiser le droit international et le droit européen », in BENLOLO-CARABOT, Myriam, CANDAS, Ulas & CUJO, Églantine (dirs), *Union européenne et droit international. En l'honneur de Patrick Daillier*, Pedone, Paris, 2012, pp.575-784

BERGÉ, Jean-Sylvestre, « Du droit de l'Union européenne et du droit international : de l'applicabilité à l'invocabilité », in BURGOGUE-LARSEN, Laurence, DUBOUT Édouard, MAITROT DE LA MOTTE, Alexandre & TOUZÉ, Sébastien (dirs), *Les interactions normatives, cahiers européens*, Paris, Pedone, n°2, 2012, pp.71-84,

- BERMANN, George A., « Table ronde, L'arbitrage international et le droit de l'Union européenne : un dialogue constructif ou une collision inévitable ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°5, septembre-octobre 2013, pp.9-19
- BERNARDEAU, Ludovic, « Sur les relations entre le droit communautaire et l'arbitrage », in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation - Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 2009, pp.333-346
- BERRAMDANE, Abdelkhaleq, « L'émergence d'une politique européenne commune d'immigration et son externalisation progressive », in BERRAMDANE, Abdelkhaleq & ROSSETTO, Jean (dirs), *La politique européenne d'immigration*, Paris, Karthala, 2009, pp.39-59
- BLANQUET, Marc, « La coopération entre les États membres et les institutions communautaires », in AUVRET-FINCK, Josiane (dir.), *L'Union européenne, carrefour de coopération*, Paris, LGDJ, 2002, pp.115-181
- BLUMANN, Claude, « Rapport introductif général », in BLUMANN, Claude (dir.), *Vers une politique européenne de l'énergie*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp.1-22
- BOSSE-PLATIÈRE, Isabelle, « L'objectif d'affirmation de l'Union européenne sur la scène internationale », in NEFRAMI, Eleftheria (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp.265-292
- BOUTAYEB, Chahira & RODRIGUES, Stéphane, « Le droit de l'Union européenne selon Philippe Manin ou la victoire d'une modernité », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, Paris, Pedone, 2010, pp.7-30
- BRIÈRE, Carine, « Le droit des transports : terrain de prédilection des conflits de conventions internationales », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris, Dalloz, 2012, pp.61-74
- BRUNET, Pierre, « L'articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné », in AUBY, Jean-Bernard (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories de droit public français*, Dalloz, Paris, 2010, pp.195-213
- BUNGENBERG, Markus, « Going global? The EU common commercial policy after Lisbon », in HERRMANN, Christoph & TERHECHTE, Jörg Philipp (eds), *European Yearbook of International Economic Law 2010*, Springer 2010, pp.123-151
- BUNGENBERG, Markus, « The division of competences between the EU and its member States in the area of investment politics », in BUNGENBERG, Markus, GRIEBEL, Jörn & HINDELANG, Steffen (eds), *European yearbook of international economic law, Special issue: International investment law and EU law*, Springer, 2011, pp.29-42
- BURGOGUE-LARSEN, Laurence, « La coopération interinstitutionnelle – Approche comparatiste et tentative de systématisation », in AUVRET-FINCK, Josiane (dir.), *L'Union européenne, carrefour de coopération*, Paris, LGDJ, 2002, pp.13-28
- BURGOGUE-LARSEN, Laurence, « De l'internationalisation du dialogue des juges - Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », in *Le dialogue des juges – Mélanges en l'honneur du*

Président Bruno Genevois, Paris, Dalloz, 2009, pp.95-130

BURGSTALLER, Markus, « European law challenges to investment arbitration », in WAIBEL, Michael, KAUSHAL, Asha, CHUNG, Kyo-Hwa & BALCHIN, Claire (eds), *The backlash against investment arbitration – perception and reality*, Wolters Kluwer, Kluwer law international, 2010, pp.455-482

BURGSTALLER, Markus, « Les aspects procéduraux de l'arbitrage – Qui est partie ? Le rôle de la Commission européenne », in KESSEDJIAN, Catherine & LEBEN, Charles (dirs), *Le droit européen et l'investissement*, Paris, éd. Panthéon Assas Paris II, 2010, pp.123-141

BURGSTALLER, Markus, « The future of bilateral investment treaties of EU member States », in in BUNGENBERG, Markus, GRIEBEL, Jörn & HINDELANG, Steffen (eds), *European yearbook of international economic law, Special issue: International investment law and EU law*, Springer, 2011, pp.55-78

CAPRASSE, Olivier, « L'application du droit européen de la concurrence par l'arbitre », in MAYER, Pierre (dir.), *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 2012, pp.63-83

CARREAU, Dominique, « Commerce et investissements », in HORCHANI, Farhat (dir.), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Actes du colloque organisé à Tunis, Paris, Pedone, 2006, pp.19-30

CARREAU, Dominique, « Les mouvements de capitaux et la construction européenne », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, Paris, Pedone, 2010, pp.371-376

CHAISSÉ, Julien, « Foreign Direct Investment in the TPP – Innovations in Rule-Making? » in LENG LIM, Chin, ELMS, Deborah & LOW, Patrick (eds), *The Trans-Pacific Partnership Trade Agreement (TPP) – A quest for twenty-first century trade agreement*, Cambridge University Press, 2012, pp.147-170

CHEVALLIER, Jacques, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation », in KESSEDJIAN, Catherine & MORAND, Charles-Albert (dirs), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.37-61

COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis, « La protección diplomática : ¿Retorno a lo interestatal cuando otros mecanismos han fallado? », in COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis & DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B. (coords.), *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales*, Lima, Palestra Editores, vol.2 primera edición, 2009, pp.651-676

COMBACAU, Jean, « Conclusions générales », in SFDI, *Enseignement du droit international, recherche et pratique*, Paris, Pedone, 1997, pp.259-278

CONSTANTINESCO, Vlad, « Brève note sur la répartition des compétences comme clé de la future constitution européenne », in *Mélanges en hommage à Guy Isaac - 50 ans de droit communautaire*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, vol.1, 2004, pp.155-164

CRÉPET-DAIGREMONT, Claire, « Les interactions normatives dans le domaine des

investissements : la remise en cause du droit international par le droit de l'Union européenne », in BURGOGUE-LARSEN, Laurence, DUBOUT Édouard, MAITROT DE LA MOTTE, Alexandre & TOUZÉ, Sébastien (dirs), *Les interactions normatives*, Paris, Pedone, cahiers européens, n°2, 2012, pp.167-179

DELANEY, Joachim & BARSTOW MAGRAW, Daniel, « Procedural transparency », in MUCHLINSKI, Peter *et al.* (eds), *The Oxford handbook of international investment law*, Oxford University Press, 2008, pp.721-788

DELMAS-MARTY, Mireille, « Les processus de mondialisation du droit », in KESSEDJIAN, Catherine & MORAND, Charles-Albert (dirs), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.63-80

DELMAS-MARTY, Mireille, « Pluralisme et mondialisation : vers un pluralisme ordonné », in BERGEL, Jean-Louis (dir.), *Le plurijuridisme*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, pp.355-365

DELMAS-MARTY, Mireille, « La tragédie des 3 C », préface in DOAT, Mathieu, LE GOFF, Jacques, PÉDROT, Philippe (dirs), *Droit et complexité – Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presses Universitaires de Rennes, 2007, pp.7-12

DELMAS-MARTY, Mireille, « Avant-propos », in DUBOUT, Édouard & TOUZÉ, Sébastien (dirs), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, Paris, 2009, pp.5-10

DELPÉRÉ, Francis, « La communicabilité entre le droit international, le droit européen, le droit constitutionnel et le droit régional », in *Liber amicorum Jean-Claude Escarras, La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp.59-70

DENIZEAU, Charlotte, « Principe de transparence et justice constitutionnelle : La Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme », Conférence-débat du CDPC intitulée « Principe de transparence et justice constitutionnelle », Cycle « Les valeurs du droit public », 21 novembre 2013, p.7, http://www.u-paris2.fr/30049092/0/fiche_article/&RH=CDPC-ACTIV.

DERAINS, Yves, « L'application du droit européen par les arbitres – analyse de la jurisprudence », in *L'arbitrage et le droit européen*, Actes du colloque international du CEPANI du 25 avril 1997, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp.67-78

DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier, « La interdependencia entre el derecho internacional y el derecho de la Unión Europea », en *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz de 1998*, Madrid, Tecnos, 1999, pp.39-88

DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier, « Protección diplomática v. arbitraje de inversiones », en *El Derecho Internacional : Normas, Hechos y Valores. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid, Universidad Complutense, 2005, pp.469-505

DOMINICÉ, Christian, « Regard actuel sur la protection diplomatique », in *Liber Amicorum Claude Reymond - Autour de l'arbitrage*, Paris, Litec, 2004, pp.73-81

DUBOS, Olivier, « L'Union européenne, sphinx ou énigme ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle : études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp.29-56

DUBOUT, Édouard, « La relativité de la distinction des normes de droit de l'Union européenne et du droit international », in BURGOGUE-LARSEN, Laurence, DUBOUT Édouard, MAITROT DE LA MOTTE, Alexandre & TOUZÉ, Sébastien (dirs), *Les interactions normatives*, Paris, Pedone, cahiers européens, n°2, 2012, pp.17-51

DUBOUT, Édouard & TOUZÉ, Sébastien, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in DUBOUT, Édouard & TOUZÉ, Sébastien (dirs), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, Paris, 2009, pp.11-35

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline, « Mondialisation et régionalisation », in KESSEDJIAN, Catherine & MORAND, Charles-Albert (dirs), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.435-453

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline, « Le pouvoir des États membres de l'Union européenne de conclure des traités bilatéraux d'investissement », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, Paris, Pedone, 2010, pp.391-402

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline, « Quel rôle pour la Cour de Justice ? », in KESSEDJIAN, Catherine (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, Paris. éd. Panthéon-Assas Paris II, 2011, pp.37-45

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., « Arbitraje e inversiones extranjeras », in HERNÁNDEZ, Carlos A. (coord.), *El derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización, Homenaje al Prof. Dr. Miguel A. Ciuero Caldani*, Editorial Jurídica La Ley., Buenos Aires, Argentina, 2005, pp.571-596

FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique, « El Tratado de Lisboa y el futuro de los Acuerdos para la promoción y protección de inversiones en Europa », in ESPLUGUES MOTA, Carlos *et al.* (coords), *Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues, Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp.329-351

FERNÁNDEZ SOLA, Natividad, « La projection extérieure des principes fondateurs de l'Union européenne », in POILLOT-PERUZZETTO, Sylvaine (dir.), *Trajectoires de l'Europe, Unie dans la diversité depuis 50 ans*, Dalloz, Paris, 2008, pp.63-72

FLAESCH-MOUGIN, Catherine, « L'Union européenne élargie en tant qu'acteur sur la scène internationale. Quelques réflexions institutionnelles », in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 2003, pp.59-77

FLETCHER, William A., « Observations » in BREYER, Stephen & DELMAS-MARTY, Mireille (dirs), *Regards croisés sur l'internationalisation du droit : France-États-Unis*, Société de législation comparée, Paris, 2009, pp.106-113

FORTEAU, Mathias, « L'idée d'une culture internationale du droit international et les Nations Unies », in SFDI, *Droit international et diversité des cultures juridiques*, Pedone, Paris, 2008, pp.357-386

FORTIER, L.Yves, « Investment and the rule of law : change or decline? » in McCORQUODALE Robert (ed.), *The rule of law in international and comparative context*, British Institute of int. & comp. law, 2010, pp.119-135

FUSEAU, Julien, « Le Traité de Lisbonne, reflet de l'emprise des États membres sur l'Union européenne », in BERRAMDANE, Abdelkhaleq, CREMER, Wolfram & PUTTLER Adelheid (dirs), *Quel avenir pour l'intégration européenne ?*, Presses universitaires François Rabelais, Tours, 2010, pp.125-163

GAFFNEY, John, « How important it is to develop a coherent case law? The role of judicial dialogue in investment arbitration », in KESSEDJIAN, Catherine (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, Paris. éd. Panthéon-Assas Paris II, 2011, pp.47-77

GAILLARD, Emmanuel, « Reconnaître ou définir ? Réflexion sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI », in SOREL, Jean-Marc (dir.), *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle, en hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp.17-32

GAILLARD, Emmanuel, « Conclusions », in KESSEDJIAN, Catherine & LEBEN, Charles (dirs), *Le droit européen et l'investissement*, Paris, éd. Panthéon Assas Paris II, 2010, pp.149-159

GAILLARD, Emmanuel, « Conclusions », in KESSEDJIAN, Catherine (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, Paris. éd. Panthéon-Assas Paris II, 2011, pp.195-205

GAILLARD, Emmanuel, « Table ronde, L'arbitrage international et le droit de l'Union européenne : un dialogue constructif ou une collision inévitable ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°5, septembre-octobre 2013, pp.9-19

GARRIGA SUAUA, Georgina, « Los tratados bilaterales de inversiones (BITs) », in COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis & DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B. (coords.), *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales*, Lima, Palestra Editores, vol.2 primera edición, 2009, pp.277-330

GAUDISSERT, Marc-André, LOUIS, Jean-Victor & VAN DEN HENDE, Lode, « Les clauses de règlement des différends dans les accords internationaux conclus par les Communautés européennes », in *L'arbitrage et le droit européen*, Actes du colloque international du CEPANI du 25 avril 1997, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp.143-181

GEORGOPOULOS, Théodore, « L'investissement en droit communautaire : existe-t-il un droit communautaire de l'investissement ? », in CAUSSE, Hervé & SINKONDO, Marcel (dirs), *Le concept d'investissement, Regards croisés des droits interne, international et communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp.49-57

GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Géraud DE & NIBOYET, Marie-Laure, « La fragmentation du droit applicable aux relations internationales – Remarques introductives de l'internationaliste privatiste », in BERGÉ, Jean-Sylvestre, FORTEAU, Mathias, NIBOYET, Marie-Laure & THOUVENIN, Jean-Marc (dirs), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales*, Pedone, Paris, 2011, pp.11-20

GIARDINA, Andrea, « La question du droit applicable : l'application directe du droit européen et

son influence sur le droit et l'arbitrage des investissements », in KESSEDJIAN, Catherine (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, Paris. éd. Panthéon-Assas Paris II, 2011, pp.149-164

GIEGER, Rainer, « Investissement et développement : une approche multilatérale », in SOREL, Jean-Marc (dir.), *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle, en hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp.33-48

GLENN, Patrick, « Penser le plurijuridisme », in BERGEL Jean-Louis, *Le plurijuridisme*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, pp.25-35

GOUNELLE, Max, « Communicabilité et droit international public », in *Liber amicorum Jean-Claude Escarras, La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp.107-114

GRIEBEL, Jörn, « The new great challenge after the entry into force of the Treaty of Lisbon: bringing about a multilateral EU-investment treaty », in BUNGENBERG, Markus, GRIEBEL, Jörn & HINDELANG, Steffen (eds), *European yearbook of international economic law, Special issue : International investment law and EU law*, Springer, 2011, pp.139-140

GUNAWARDANA, Asoka DE Z., « The inception and growth of bilateral investment treaties », in *Proceedings of the ASIL 86th annual meeting*, 1992, pp.544-550

HACHEZ, Nicolas & WOUTERS, Jan, « International investment dispute settlement in the twenty-first century: does the preservation of the public interest require an alternative to the arbitral model? », in BAETENS, Freya (ed.), *Investment law within international law – Integrationist perspectives*, Cambridge University Press, 2013 pp.417-449

HILLION, Christophe, « Cohérence et action extérieure de l'Union européenne », in NEFRAMI, Eleftheria (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp.229-261

HINDELANG, Steffen & MAYDELL, Niklas, « The EU's common investment policy - Connecting the dots », in BUNGENBERG, Markus, GRIEBEL, Jörn & HINDELANG, Steffen (eds), *European yearbook of international economic law, Special issue: International investment law and EU law*, Springer, 2011, pp.1-28

HOCKING, Brian, « Catalytic diplomacy: beyond newness and decline », in MELISSEN, Jan (ed.), *Innovation in diplomatic practice*, Macmillan, 1999, pp.21-42

IDOT, Laurence, « L'impact du droit communautaire sur le droit économique », in SIMON, Denys (dir.), *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, p.27-54

JACQUET, Jean-Michel, « Sociabilité et droit du commerce international », in BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence & GOWLLAND-DEBBAS, Vera (eds), *The international legal system in quest of equity and universality/ L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et universalité : liber amicorum Georges Abi-Saab*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2001, pp.251-265

JOUANNET, Emmanuelle, « Les dualismes du droit des gens », in CHETAIL, Vincent & HAGGENMACHER, Peter (eds), *Vattel's international law from a XXIst perspective - Le droit*

international de Vattel vu du XXIe siècle, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, pp.133-151

JUILLARD, Patrick, « L'accord multilatéral sur l'investissement : un accord de troisième type ? », in SFDI, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à un autre ?*, Paris, Pedone, 1999, pp.47-78

JUILLARD, Patrick, « Bilateral investment treaties in the context of investment law », in OECD, *Investment compact regional roundtable on Bilateral Investment Treaties for the protection and promotion of foreign investment in South East Europe*, Dubrovnik, Croatia, 28-29 May 2001

JUILLARD, Patrick, « Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'État d'accueil » (table ronde), in C. Leben (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, LGDJ, coll. Anthémis, 2006, pp.185-202

JUILLARD, Patrick, « The law of international investment: can the imbalance be redressed? », in SAUVANT, Karl P. (ed.), *Yearbook on international investment law and policy 2008-2009*, Oxford University Press, 2009, pp.273-282

JUILLARD, Patrick, « Investissement et droit communautaire – À propos des accords bilatéraux d'investissement conclus entre États membres et pays tiers », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, Paris, Pedone, 2010, pp.445-462

KAHN, Philippe, « Compte rendu de la table ronde », in SFDI, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à un autre ?*, Paris, Pedone, 1999, pp.87-95

KAHN, Philippe, « Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'État d'accueil » (table ronde), in C. Leben (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, LGDJ, coll. Anthémis, 2006, pp.185-202

KAHN, Philippe, « Investissements internationaux et droits de l'homme », in HORCHANI, Farhat (dir.), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Actes du colloque organisé à Tunis, Paris, Pedone, 2006, pp.95-110

KARAGIANNIS, Syméon, « La multiplication des juridictions internationales : un système anarchique », in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, pp.7-161

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, « "Iurat novit arbiter" – Est-ce-bien raisonnable ? Réflexions sur le statut du droit de fond devant l'arbitre international », in HÉRITIER LACHAT, Anne & HIRSH, Laurent (dirs), *De lege ferenda – Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du professeur Alain Hirsh*, Genève, éd. Slatkine, 2004, pp.71-78

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, « Is consistency a myth? », in GAILLARD, Emmanuel & BANIFATEMI, Yas (eds), *Precedent in international arbitration*, New York, Juris Publishing, 2008, pp.137-147

KESSEDJIAN, Catherine, « L'arbitrage comme mode de règlement des différends est-il remis en cause par le droit européen ? », in KESSEDJIAN, Catherine & LEBEN, Charles (dirs), *Le droit*

européen et l'investissement, Paris, éd. Panthéon Assas Paris II, 2010, pp.107-121

KLEINHEISTERKAMP, Jan, « Discussion », in KESSEDJIAN, Catherine (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, Paris. éd. Panthéon-Assas Paris II, 2011, p.80

KOUBI, Geneviève, « Des-ordres/s juridique/s », in CHEVALLIER, Jacques (dir.), *Désordre(s)*, Paris PUF, 1997, pp.201-214

LAFFAN, Brigid, « Democracy and the European Union », in CRAM, Laura, DINAN, Desmond & NUGENT, Neill (eds), *Developments in the European Union*, St. Martin's Press, New York, 1999, pp.330-352

LAVRANOS, Niklos, « Member States' bilateral investment treaties (BITs): Lost in transition », in LAVRANOS, Niklos *et al.* (eds), *Hague Yearbook of International Law 2011*, Koninklijke Brill, 2012, pp.281-311

LAZAREFF, Serge, « Réflexions critiques et prospectives sur l'arbitrage dans l'Union européenne (ou « touche pas à mon arbitrage » ?) », in CHAPUT, Yves & LÉVI, Aristide (dirs), *Quelles juridictions économiques en Europe ? Du règne de la diversité à un ordre européen*, Paris, Litec, 2007, pp.487-500

LE GOFF, Jacques, « Introduction », in DOAT, Mathieu, LE GOFF, Jacques, PÉDROT, Philippe (dirs), *Droit et complexité – Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presses Universitaires de Rennes, 2007, pp.13-14

LEBEN, Charles, « L'évolution du droit international des investissements », in SFDI, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à un autre ?*, Paris, Pedone, 1999, pp.7-28

LEBEN, Charles, « L'évolution du droit international des investissements : un rapide survol », in LEBEN, Charles (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements : nouveaux développements*, Paris, LGDJ, 2006, pp.9-22

LEBEN, Charles, « Introduction », in KESSEDJIAN, Catherine & LEBEN, Charles (dirs), *Le droit européen et l'investissement*, Paris, éd. Panthéon Assas Paris II, 2010, pp.15-24

LEBEN, Charles, « La fragmentation du droit applicable aux relations internationales – Remarques introductives de l'internationaliste publiciste », in BERGÉ, Jean-Sylvestre, FORTEAU, Mathias,

NIBOYET, Marie-Laure & THOUVENIN, Jean-Marc (dirs), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales*, Pedone, Paris, 2011, pp.21-26

LEBEN, Charles, « Le droit européen et l'investissement international », in RODRIGO HERNÁNDEZ, Ángel José & GARCÍA Caterina (coords), *Unidad y pluralismo en el derecho internacional público y en la Comunidad internacional, Coloquio en homenaje a Oriol Casanovas*, Madrid, Tecnos, 2011, pp.226-242

LEBOULANGER, Phillipe & LOQUIN, Eric, « Avant-propos », in MAYER, Pierre (dir.), *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 2012, pp.11-12

- LEBOULANGER, Philippe, « Discussion », in MAYER, Pierre (dir.), *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 2012, p.175
- LEPLAT, Frédéric, « Libre circulation des capitaux au sein de la Communauté européenne », in DAILLIER, Patrick, LA PRADELLE, Géraud DE & GHÉRARI, Habib (dirs), *Droit de l'économie internationale*, Paris, Pedone, 2004, pp.721-726
- LESQUESNE, Christian, « La transparence : vice ou vertu de la démocratie ? », in RIDEAU, Joël (dir.), *La transparence dans l'Union européenne, mythe ou principe juridique*, Paris, LGDJ, 1999, pp.11-18
- LÉVESQUE, Céline & NEWCOMBE, Andrew, « 3. Canada » in BROWN, Chester (ed.), *Commentaries on selected model investment treaties*, Oxford, 2013, pp.53-129
- LIBERTI, Lahra, « Investissements et droits de l'homme », in KAHN, Philippe & WÄLDE, Thomas W. (dirs), *Les nouveaux aspects de droit des investissements internationaux - New aspects of international investment law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, pp.791-852
- LOQUIN, Eric & MANCIAUX Sébastien, « Les propositions de l'Union européenne en matière d'arbitrage d'investissement », in MAYER, Pierre (dir.), *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 2012, pp.153-174
- MAGNETTE, Paul, « L'intégration par la coopération, un nouveau modèle de construction européenne », in MAGNETTE, Paul & REMACKLE, Eric (dirs), *Le nouveau modèle européen*, Bruxelles, ULB, vol.1, 2000, pp.25-29
- MAGNETTE, Paul, « Le principe démocratique au-delà de la représentation », in MAGNETTE, Paul (dir.), *La Constitution de l'Europe*, Université de Bruxelles, Bruxelles, 2000, pp.141-156, disponible à http://ses-info.fr/IMG/pdf/Magnette_Le_principe_democratique_et_l_UE.pdf
- MAILHE, François, « Discussion », in MAYER, Pierre (dir.), *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 2012, pp.145-149
- MANIN, Philippe, « La "méthode communautaire" : changement et permanence », in *Mélanges en l'honneur de Guy Isaac*, Toulouse, PUSS, 2004, pp.213-273
- MARKERT, Lars, « The crucial question of future investment treaties: balancing investors' rights and regulatory interests of host States », in BUNGENBERG, Markus, GRIEBEL, Jörn & HINDELANG, Steffen (eds), *European yearbook of international economic law, Special issue: International investment law and EU law*, Springer, 2011, pp.145-171
- MARTINEAU, Anne-Charlotte, « La fragmentation du droit international : un renouvellement répété de la pensée ? », *Biennial conference of the European Society of international law*, Paris, 18-20 mai 2006, disponible à <http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Martineau.PDF>
- MAYER, Pierre, « Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international », in *Liber Amicorum Claude Reymond - Autour de l'arbitrage*, Paris, Litec, 2004, pp.185-203
- MAYER, Pierre, « Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'État d'accueil » (table ronde), in LEBEN, Charles (dir.), *Le contentieux arbitral*

transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements, LGDJ, coll. Anthémis, 2006, pp.185-202

MICHEL, Valérie, « La difficile formalisation des compétences – L'exemple des politiques relatives aux contrôles des frontières, à l'asile et à l'immigration », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, L'Union européenne : union de droit, union des droits*, Paris, Pedone, 2010, pp.491-509

MILLARD, Eric, « Éléments pour une approche analytique de la complexité », in DOAT, Mathieu, LE GOFF, Jacques, PÉDROT, Philippe (dirs), *Droit et complexité – Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presses Universitaires de Rennes, 2007, pp.141-153

MONJAL, Pierre-Yves, « À la recherche d'une notion perdue : le "commun" », in MONJAL, Pierre-Yves & NEFRAMI, Eleftheria (dirs), *Le commun dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp.7-31

MÜLLER, Christoph, « Développements futurs de l'arbitrage », in BONOMI, Andrea & BOCHATAY, David (dirs), *Arbitrage interne et international*, Actes du colloque de Lausanne du 2 octobre 2009, Droz SA, Genève, 2010, pp.141-163

NAPPERT, Sophie, « Le droit dérivé et les investissements », in KESSEDJIAN, Catherine & LEBEN, Charles (dir.), *Le droit européen et l'investissement*, Paris, éd. Panthéon Assas Paris II, 2010, pp.89-95

NAPPERT, Sophie, « Composition du tribunal arbitral », in KESSEDJIAN, Catherine (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, Paris. éd. Panthéon-Assas Paris II, 2011, pp.119-128

PARDINI, Jean-Jacques, « Brèves réflexions sur les interactions entre les ordres juridiques », in *Liber amicorum Jean-Claude Escarras, La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp.131-159

PELLET, Alain, « Le droit international à l'aube du XXI^e siècle (La société internationale contemporaine – Permanences et tendances nouvelles) », *Cursos euromediterráneos Bancaja de derecho internacional*, vol. I, Aranzadi, Pampelune, 1998, pp.19-112

PELLET, Alain, « Notes sur la fragmentation du droit international : Droit des investissements internationaux et droits de l'homme », in ALLAND, Denis, CHETAIL, Vincent, FROUVILLE, Oliver DE & VIÑUALES, Jorge E. (dirs), *Unité et diversité du droit international : écrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy/ Unity and diversity of international law : essays in honour of professor Pierre-marie Dupuy*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2014, pp.757-784

PENADÉS FONTS, Manuel, « El rol de la Comisión Europea en el arbitraje de inversiones », in ESPLUGUES MOTA, Carlos *et al.* (coords), *Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues, Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp.353-373

PETERS, Anne, « Le droit international expliqué aux enfants », in JOUANNET, Emmanuel, RUIZ-FABRI, Hélène & SOREL, Jean-Marc (dirs), *Regards d'une génération de juristes sur le droit international*, Paris, Pedone, 2008, pp.303-325

PHILIP, Christian & BOUTAYEB, Chahira, « Politique commune », in BARAV, Ami & PHILIP, Christian, *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, pp.830-838

POTESTÀ, Michele, « State-to-State dispute settlement pursuant to Bilateral Investment Treaties: Is there potential? », in BOSCHIERO, Nerina *et al.* (eds), *International courts and the development of international law*, The Hague, TMC Asser Press, 2013, pp.753-768

POULAIN, Bruno, « L'investissement international : définition ou définitions ? », in KAHN, Philippe & WÄLDE, Thomas W. (dirs), *Les nouveaux aspects de droit des investissements internationaux - New aspects of international investment law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, pp.121-150

POULAIN, Bruno, « Discussion », in KESSEDJIAN, Catherine (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, Paris. éd. Panthéon-Assas Paris II, 2011, pp.79-90

PRUJINER, Alain, « Discussion », in KESSEDJIAN, Catherine (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, Paris. éd. Panthéon-Assas Paris II, 2011, pp.187-194

QURESHI, Asif H., « An appellate system in international investment arbitration », in MUCHLINSKI, Peter *et al.* (eds), *The Oxford handbook of international investment law*, Oxford University Press, 2008, pp.1154-1170

REICHERT, Klaus, « Enforcement of arbitral awards – New dimensions and European law », in KESSEDJIAN, Catherine (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, Paris. éd. Panthéon-Assas Paris II, 2011, pp.179-185

REINISCH, August & MALINTOPPI, Loretta, « Methods of dispute resolution », in MUCHLINSKI, Peter *et al.* (eds), *Oxford handbook of international investment law*, Oxford University Press, 2008, pp.691-720

REINISCH, August, « The division of powers between the EU and its member States "after Lisbon" », in BUNGENBERG, Markus, GRIEBEL, Jörn & HINDELANG, Steffen (eds), *European yearbook of international economic law, Special issue: International investment law and EU law*, Springer, 2011, pp.43-54

RIGAUD, Anne, « Derrière les rideaux de fumée du Traité de Lisbonne : le retour des États ? », in *La France, l'Europe, le monde : mélanges Jean Charpentier*, Paris, Pedone, 2008, pp.447-465

ROCHER, Guy, « Les "phénomènes d'internormativité" : faits et obstacles », in BELLEY, Jean-Guy (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, Paris, 1996, pp.25-42

RUHLMANN, François, « Discussion », in MAYER, Pierre (dir.), *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 2012, pp.145-149

RUIZ FABRI, Hélène, « L'affaire de l'usine Mox », in BREYER, Stephen & DELMAS-MARTY Mireille (dirs), *Regards croisés sur l'internationalisation du droit : France - États-Unis*, Société de législation comparée, Paris, 2009, pp.101-106

SANTULLI, Carlo, « Entre protection diplomatique et action directe : la représentation, éléments épars du statut international des sujets internes », in SFDI, *Le sujet en droit international*, colloques du Mans, Paris, Pedone, 2005, pp.85-100

SCHILL, Stephan, « Arbitration procedure: the role of the European Union and the Member States

- in investor-State arbitration », in KESSEDJIAN, Catherine (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, Paris. éd. Panthéon-Assas Paris II, 2011, pp.129-147
- SCHILL, Stephan, « Discussion », in KESSEDJIAN, Catherine (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, Paris. éd. Panthéon-Assas Paris II, 2011, pp.187-194
- SCHILL, Stephan W. & JACOB, Marc, « Trends in international investment agreements, 2010-2011 : the increasing complexity of international investment law », in SAVANT, Karl P. (ed.), *Yearbook on international investment law & policy 2011-2012*, Oxford University Press, 2013, pp.141-179
- SCHLEMMER, Engela C., « Investment, investor, nationality and shareholders », in MUCHLINSKI, Peter *et al.* (eds), *The Oxford handbook of international investment law*, Oxford University Press, 2008, pp.49-88
- SCHREUER, Christoph & WEINIGER, Matthew, « A doctrine of precedent? », in MUCHLINSKI, Peter *et al.* (eds), *The Oxford handbook of international investment law*, Oxford University Press, 2008, pp.1188-1206
- SCHREUER, Christoph, « Session 4 – Preventing a backlash against investment arbitration: could the WTO be the solution? », The 15th Geneva global arbitration forum, Thursday, December 9, 2010, disponible en version électronique à http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/preventing_backlash.pdf
- SCHREUER, Christoph, « The future of investment arbitration », in ARSANJANI, Mahnoush H. *et al.* (eds.), *Looking at the Future - Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, 2011, Leiden, Martinus Nijhoff, pp.787-803, disponible en version électronique à http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/98_futureinvestmentarbitr.pdf,
- SILVA ROMERO, Eduardo, « Quel arbitrage d'investissement (institutionnel ou ad hoc) ? », in KESSEDJIAN, Catherine (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, Paris. éd. Panthéon-Assas Paris II, 2011, pp.94-118
- SINKONDO, Marcel, « Un élixir de sagesse pour une vieille canaille : La notion d'investissement saisie par le droit international », in CAUSSE, Hervé & SINKONDO, Marcel (dirs), *Le concept d'investissement, Regards croisés des droits interne, international et communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp.1-29
- SOREL, Jean-Marc, « Le rôle du droit international dans le développement du pluralisme (et vice versa) : une liaison moins naturelle qu'il n'y paraît » in FONTAINE, Lauréline (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp.73-99
- STERN, Brigitte, « Compte rendu de la table ronde », in SFDI, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à un autre ?*, Paris, Pedone, 1999, pp.87-95
- STERN, Brigitte, « Préface », in KESSEDJIAN, Catherine & LEBEN, Charles (dirs), *Le droit européen et l'investissement*, Paris, éd. Panthéon Assas Paris II, 2010, pp.9-13
- STEYAERT, Jan, « En guise d'introduction », in *L'arbitrage et le droit européen*, Actes du colloque international du CEPANI du 25 avril 1997, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp.11-14

STRIK, Philip, « From Washington with love – Investor-State arbitration and the jurisdictional monopoly of the Court of justice of the European Union », in *The Cambridge yearbook of european legal studies 2009-2010*, vol.12, 2010, pp.425-453

TERCIER, Pierre, « Voies de recours », in KESSEDJIAN, Catherine (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, Paris. éd. Panthéon-Assas Paris II, 2011, pp.165-177

TERHECHTE, Jörg Philipp, « Art. 351 TFEU, the principle of loyalty and the future role of member States' bilateral investment treaties », in BUNGENBERG, Markus, GRIEBEL, Jörn & HINDELANG, Steffen (eds), *European yearbook of international economic law, Special issue: International investment law and EU law*, Springer, 2011, pp.79-93

TOMUSCHAT, Christian, « The European Court of human rights and investment protection », in BINDER, Christina *et al.* (eds), *International investment law for the 21st century - Essays in honour of Christopher Schreuer*, Oxford University Press, 2009 pp.636-656

TORRALBA MENDIOLA, Elisa, « La propiedad privada extranjera : las inversiones internacionales ante la confiscación, la nacionalización », in COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis & DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B. (coords.), *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales*, Lima, Palestra Editores, vol.2 primera edición, 2009, pp.389-412

TORRALBA MENDIOLA, Elisa & AMORES CONDARI, Miguel Angel, « El DIPr ante la globalización – Repercusiones y algunas tendencias (en una perspectiva española) », in DE FIGUEIREDO DIAS, JORGE (coord.), *Internacionalização do direito no novo século*, Imprensa de Universidade de Coimbra, 2009, pp.73-126

TOUZÉ, Sébastien, « La prise en compte du droit de l'Union européenne dans l'élaboration des normes du droit international – Esquisse d'une lecture générale orientée », in BURGOGUE-LARSEN, Laurence, DUBOUT Édouard, MAITROT DE LA MOTTE, Alexandre & TOUZÉ, Sébastien (dirs), *Les interactions normatives*, cahiers européens, Paris, Pedone, n°2, 2012, pp.53-69

TRAIN, François-Xavier, « *Forum shopping* et fragmentation du droit applicable aux relations internationales – Le regard de l'internationaliste privatiste », in BERGÉ, Jean-Sylvestre, FORTEAU, Mathias, NIBOYET, Marie-Laure & THOUVENIN, Jean-Marc (dirs), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales*, Pedone, Paris, 2011, pp.131-141

TRIDIMAS, Takis, « Precedent and the Court of Justice », in DICKSON, Julie & ELEFTHERIADIS, Pavlos (eds), *Philosophical foundations of European Union law*, Oxford University Press, 2012, pp.307-330

TSCHANZ, Pierre-Yves, « Arbitrage et procédures parallèles », in BONOMI, Andrea & BOCHATAY, David (dirs), *Arbitrage interne et international*, Actes du colloque de Lausanne du 2 octobre 2009, Droz SA, Genève, 2010, pp.35-51

VAN DE KERCHOVE, Michel, « Les rapports entre systèmes juridiques : entre clôture et ouverture », in BERGEL Jean-Louis, *Le plurijuridisme*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, pp.37-56

VANDEVELDE, Kenneth J., « the BIT program: a fifteen-year appraisal », in *Proceeding of the ASIL 86th annual meeting*, 1992, pp.532-540

VIGNERON, Philippe & STEINFELD, Philippe, « La libre circulation des capitaux », in DELFAQUE, Lucette, PERTEK, Jacques, STEINFELD, Philippe & VIGNERON, Philippe (dirs), *Marché intérieur. Libre circulation des personnes et des capitaux. Rapprochement des législations*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 3e éd., 2006, pp.147-191

VOLTERRA, Robert, « Le point de vue des États tiers », in KESSEDJIAN, Catherine & LEBEN, Charles (dirs), *Le droit européen et l'investissement*, Paris, éd. Panthéon Assas Paris II, 2010, pp.41-49

VON WALTER, Andre, « Balancing investor's and host States' rights – What alternatives for treaty makers? » in BUNGENBERG, Markus, GRIEBEL, Jörn & HINDELANG, Steffen (eds), *European yearbook of international economic law, Special issue: International investment law and EU law*, Springer, 2011, pp.140-143

WIERZBOWSKI, Marek & GUBRYNOWICZ, Aleksander, « Conflict of norms stemming from intra-UE BITs and EU legal obligations: some remarks on possible solutions », in BINDER, C. *et al.* (eds), *International investment law for the 21st century, essays in honour of Christopher Schreuer*, Oxford, 2009, pp.544-560

WOUTERS, Jan, NOLLKAEMPER, André & DE WET, Erika, « Introduction: the europeanisation of international law », in WOUTERS, Jan, NOLLKAEMPER, André & DE WET, Erika (ed.), *The Europeanisation of international law - The statutes of international law in the EU and its member States*, The Hague, TMC Asser Press, 2008, pp.1-16

YANNACA-SMALL, Catherine, « Indirect expropriation and the right to regulate in international investment law », in OECD, *International investment law, A changing landscape*, 2005, pp.43-72

YANNACA-SMALL, Katia, « Parallel proceedings », in MUCHLINSKI, Peter *et al.* (eds), *Oxford handbook of international investment law*, Oxford University Press, 2008, pp.1008-1048

IV – Articles

ACOSTA ESTÉVEZ, José B., « La interdependencia entre el derecho internacional y el derecho comunitario europeo », *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. V, 2005, pp.13-50

ALEXANDROV, Stanimir, CARLSON, Marinn & ROBBINS Joshua, « The future of investment treaty protection in Eastern Europe », *The European and middle eastern arbitration review*, 2009

ANDERER, Carrie E., « Bilateral Investment Treaties and the EU legal order: Implications of the Lisbon Treaty », *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 35, n°3, 2010, pp.851-882

ASMUS BISCHOFF, Jan, « A little BIT mixed? - The EU external competences in the field of international investment law », *Transnational Notes*, February 11, 2011

AVBELJ, Matej, « The EU and many faces of legal pluralism: toward a coherent or uniform EU legal order? », *Croatian yearbook of European law and policy*, vol.2, 2006, pp.377-391

AZZI, Nancy, « La Haute représentante : une présente toujours absente », *Lex electronica*, vol. 15.3,

2011, pp.1-28

BADADJI, Ramdane, « Le Traité sur la Charte européenne de l'énergie (17 décembre 1994) », *AFDI*, vol.42, 1996, pp.872-893

BAERT, Tomas, « Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux : entretien avec Tomas Baert, de la DG commerce de la Commission européenne, services et investissement », *Investment Treaty News*, n°1, vol°1, septembre 2010, pp.3-4

BAETENS, Freya, « Quand les règles internationales interagissent : le droit international des investissements et le droit des conflits armés », *Investment Treaty News*, vol.1, n°3, avril 2011, IISD, pp.11-12

BAETENS, Freya, « Procedural issues relating to share responsibility in arbitral proceedings », *SHARES Research Paper* 18, 2012, disponible à <http://www.sharesproject.nl/wp-content/uploads/2013/01/SHARES-RP-18-final.pdf>

BALAŠ, Vladimír, « Comment on award on jurisdiction in the Binder case appealed at Czech courts », *CYIL*, vol.2, 2011, pp.269-286

BALDWIN, Edward, KANTOR, Mark & NOLAN, Michael, « Limits to enforcement of ICSID awards », *Journal of international arbitration*, vol.23, n°1, 2006, pp.1-24

BALTHASAR, Stephan, « Investment arbitration under intra-EU BITs: Recent developments in Eureka v. Slovakia », *Kluwer Arbitration Blog*, 28 August 2012

BARRATT, James W. & MICHAEL, Margarita N., « The "automatic" enforcement of ICSID awards: the elephant in the room? », *The European, Middle Eastern and African arbitration review*, 2014, disponible à <http://globalarbitrationreview.com/>

BASTIN, Lucas, « The amicus curiae in investor-State arbitration », *Cambridge journal of international and comparative law*, vol.1, n°3, 2012, pp.208-234

BEHAR-TOUCHAIS, Martine, « Arbitrage et ordre public européen », *RAE*, n°2, 2005, pp.177-190

BEN HAMIDA, Walid, « L'arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », *AFDI*, vol.51, 2005, pp.564-602

BEN HAMIDA, Walid, « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », *JDI*, n°4, 2008, pp.999-1033

BEN HAMIDA, Walid, « La dénonciation de la Convention CIRDI en Amérique latine : significations et conséquences », *Revista brasileira de arbitragem*, vol.8, n°30, 2011, pp.65-92

BERGÉ, Jean-Sylvestre, « Interactions du droit international et européen – Approche du phénomène en trois étapes dans le contexte européen », *JDI*, n°3, 2009, pp.904-922

BERGÉ, Jean-Sylvestre, « La place respective de la combinaison et de la hiérarchisation du droit international et européen : réflexion au départ de quatre cas », *JDI*, n°3, 2010, pp.900-910

BERLIA, Georges, « Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique », *AFDI*,

vol.3, 1957, pp.63-72

BERMANN, George A., « Navigating EU law and the law of international arbitration », *Arbitration international*, vol.28, n°3, 2012, pp.397-445

BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie, « Le projet de chapitre sur l'investissement de l'accord économique et commercial global entre le Canada et l'UE : l'UE et le Canada font-ils marche arrière ? », *Investment treaty news*, n°4, vol.3, 2013, pp.10-13

BERRAMDANE, Abdelkhalq, « Le Traité de Lisbonne et le retour des États », *Actualité Juridique Droit Administratif, JCP/La Semaine juridique*, n°9-10, 27 février 2008, pp.23-28

BJORKLUND, Andrea K., « The emerging civilization of investment arbitration », *Penn State law review*, vol.113, n°4, 2009, pp.1269-1300

BLANCHET, Thérèse, « Transparence et qualité de la législation », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1997, n° 4, pp.207-220

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz, « Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today? », *Arbitration International*, vol.28, n°4, 2012, pp.577-590

BODEN, Didier, « Le pluralisme juridique en droit international privé », in *Le pluralisme, ADP*, n°49, 2006, pp.275-316

BORRÁS, Alegría, « Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir », *RCADI*, 2005, vol. 317, pp.313-536

BRADLEY, Kieran, « La transparence de l'Union européenne : une évidence ou un trompe l'oeil ? », *Cahiers de droit européen*, vol.35, n°3-4, 1999, pp.283-362

BUNGENBERG, Markus, « Centralizing European BIT making under the Lisbon treaty », Draft to be presented at the 2008 biennial interest group, Washington DC, 2008

BUREAU, Dominique, « Les conflits de conventions, communication au comité français de droit international privé », 26 janvier 2000, compte-rendu J.P. Remery, *Rev. Crit. DIP*, t.90, n°1-2, 2001, pp.230-234

BURGOGUE-LARSEN, Laurence, « À propos de la notion de compétence partagée – Du particularisme de l'analyse en droit communautaire », *RGDIP*, n°2, 2006, pp.373-390

BURGOS-DE LA OSSA, María Angélica & LOZADA-PIMIENITO, Nicolás, « La protección diplomática en el marco de las controversias internacionales de inversión », *International Law : Revista colombiana de derecho internacional*, n°15, 2009, pp. 243-278

BURGSTALLER, Markus, « European law and investment treaties », *Journal of international arbitration*, vol.26, n°2, 2009, pp.181-216

BURST, Jean-Jacques, « L'arbitrage dans ses rapports avec les Communautés européennes », *Rev. arb.*, 1979, pp.105-117

- CALIARI, Aldo, « Le cadre de la CNUCED pour une politique d'investissement au service du développement durable : son potentiel et ses problèmes », *Investment Treaty News*, n°2, vol.3, janvier 2013, pp.10-11
- CANDAŠ, Ulas, « L'influence normative de l'Union européenne par le biais de liens conventionnels. Une contribution de juriste à la théorie des relations internationales », *Ankara review of European studies*, vol.9, n°2, 2010, pp.21-44
- CARBONNIER, Jean, « Les phénomènes d'internormativité », *European yearbook of law and sociology*, 1977, pp.42-52
- CAZALA, Julien, « J. Bentham et le droit international », *RGDIP*, 2005, n°2, t.109, pp.363-388
- CEYSSENS, Jan, « Towards a common foreign investment policy? Foreign investment in the European Constitution », *Legal Issues of Economic Integration*, vol.32, n°3, 2005, pp.259-291
- CHAISSÉ, Julien, « Promises and pitfalls of the European Union policy on foreign investment – How will the new EU competence on FDI affect the emerging global regime? », *Journal of International Economic Law*, 2012, pp.1-34
- CHAISSÉ, Julien & BELLAK Christian, « Do bilateral investment treaties promote Foreign Direct Investment? Preliminary reflections on a new methodology », *Transnational Corporations Review*, vol.3, n°4, 2011, pp.3-11
- CHALAMISH, Efraim, « The future of bilateral investment treaties: a de facto multilateral agreement? », *Brooklyn journal of international law*, vol.34, n°2, 2009, pp.303-354
- CHARPENTIER, Jean, « De la non-discrimination dans les investissements », *AFDI*, vol.9, 1963, pp.35-63
- CHRISTIANOS, Vassili & PICOD, Fabrice, « L'insertion de l'arbitrage dans le système juridictionnel communautaire », *RAE*, n°2, 2005, pp.161-168
- CHRONIQUE JADE, « Accords bilatéraux d'investissement antérieurs vs droit de l'UE, la saga continue », disponible sur <http://jade.u-bordeaux4.fr/?q=node/57>
- COHEN, Daniel, « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts », *Rev. arb.*, n°3, 2011, pp.611-652
- COLLINS, David, « A new role for the WTO in international investment law: public interest in the post-neoliberal period », *Connecticut journal of international law*, vol.25, n°1, 2009, pp.1-36
- COLLINS, David, « ICSID annulment committee appointments: too much discretion for the chairman? », *Journal of international arbitration*, vol.30, n°4, 2013, pp.333-343
- COMBACAU, Jean, « Le droit international, bric-à-brac ou système ? », in *Le système juridique*, ADP, 1986, t.31, pp.85-105
- COMMISSION, Jefferey P., « Precedent in investment treaty arbitration – A citation analysis of a developing jurisprudence », *Journal of international arbitration*, vol.24, n°2, 2007, pp.129-158

COMTOIS-DINEL, Eve-Lyne, « La fragmentation du droit international : vers un changement de paradigme ? », *Lex Electronica*, vol.11, n°2, automne 2006, pp.1-22

CREMA, Luigi, « Disappearance and new sightings of restrictive interpretation(s) », *EJIL*, vol. 21, n°3, 2010, pp.681-700

D'ARGENT, Pierre, « Participation de l'Union européenne et règlement juridictionnel des différends entre États », cahiers du CeDIE working papers, n°2013/05, disponible à l'adresse : http://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/ssh-cdie/documents/2013-05-PdArgent_.pdf

DE MESTRAL, Armand, « Is a model EU BIT possible - or even desirable? » *Columbia FDI Perspectives*, n°21, March 24, 2010

DE SOUSA SANTOS, Boaventura, « Droit : une carte de lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », *Droit et société*, n°10, 1988, pp.379-405

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, « Arbitrando la inversión », *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol.1, n°2, 2008, pp. 469-494

DECOCQ, Georges, « Arbitrage et droit communautaire des concentrations », *RAE*, n°2, 2005, pp.169-176

DELAUME, Georges R., « ICSID arbitration and the courts », *AJIL*, vol.77, n°4, 1983, pp.784-803

DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier, « El incierto futuro de los acuerdos bilaterales sobre protección de inversiones celebrados por los Estados Miembros de la Unión Europea », *REDE*, n°33, 2010, pp.5-43

DIMOLITSA, Antonias, « Autonomie et Kompetenz-Kompetenz », *Rev. arb.*, n°2, 1998, pp.305-358

DIMOPOULOS, Angelos, « The validity and applicability of international investment agreements between EU Member States under EU and international law », *CMLR*, vol.48, n°1, 2011, pp.63-93

DIMOPOULOS, Angelos, « The common commercial policy after the Lisbon Treaty: establishing parallelism between internal and external economic relations? », *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2008, pp.101-129

DOLZER, Rudolf, « The impact of international investment treaties on domestic administrative law », *N.Y.U.J. Int'l L. & P.*, vol.37, n°4, 2005, pp.953-972

DOLZER, Rudolf, « Fair and equitable treatment: today's contours », *Santa Clara journal of international law*, vol.12, n°1, 2014, pp.7-33

DUPUY, Pierre-Marie, « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public », *RCADI*, 2002-V, vol.297, pp.9-489

DUPUY, René-Jean, « Le dédoublement du monde », *RGDIP*, n°2, 1996, pp.313-321

EILMANSBERGER, Thomas, « Bilateral investment treaties and EU law », *CMLR*, vol.46, n°2, 2009, pp.383-429

EL BOUDOUHI, Saïda, « La notion d'intérêt général dans les règles substantielles de protection des investissements », *AFDI*, vol.51, 2005, pp.542-563

EL BOUDOUHI, Saïda, « L'avenir des traités bilatéraux d'investissement conclus par les États membres de l'Union européenne avec les États tiers », *RTD eur.*, n°1, 2011, pp.85-115

FACK GOMEZ, Katia, « Construyendo un nuevo derecho internacional de las inversiones : las propuestas del instituto internacional para el desarrollo sostenible », *REEI*, n°18, 2009, pp.1-36

FALLETTI, Sébastien, « UE/Chine – Le traité d'investissement toujours dans les limbes », *Europolitique*, 30 novembre 2012

FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan, « Different systems for the annulment of investment awards », *ICSID Review - FILJ*, vol.26, n°1, 2011, pp.128-146

FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique, « ¿Es compatible la confidencialidad con el arbitraje en inversiones extranjeras? Hacia una mayor transparencia y participación de terceros en los procedimientos arbitrales inversor-Estado », *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, vol.19, n°1, 2007, pp.1-14

FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique, « Atribución de competencia a través de la cláusula de la nación más favorecida: lecciones extraídas de la reciente práctica arbitral internacional en materia de inversiones extranjeras », *Revista electrónica de estudios internacionales*, n°13, 2007, pp.1-20

FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique, « El incierto futuro del arbitraje de inversiones en Latinoamérica », *Revista del arbitraje comercial y de inversiones*, vol.2, n°3, 2009, pp.741-760

FRANCK, Susan D., « The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: privatizing public international law through inconsistent decisions », *Fordham law review*, vol.73, n°4, 2005, pp.1521-1625

FRISON-ROCHE, Marie-Anne, « Le droit des deux mondialisations », in *La mondialisation entre illusion et utopie*, *APD*, n°47, Dalloz, 2003, pp.17-23

GAILLARD, Emmanuel & BANIFATEMI, Yas, « The meaning of "and" in Article 42 (1), Second sentence, of the Washington Convention: The role of international law in the ICSID choice of law process », *ICSID review – Foreign investment law journal*, vol.18, n°2, 2003, p.375-411

GAILLARD, Emmanuel, « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. arb.*, n°3, 2003, pp.853-875

GAILLARD, Emmanuel, « L'ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité », Conférence commémorative John E.C. Brierly, *McGill Law Journal/ Revue de droit de McGill*, 2010, vol.55, pp.891-907

GAILLARD, Emmanuel, « Menaces sur la protection des investissements en Europe », in *Option Droit et Affaires*, 11 mai 2011, p.8

GARIBIAN, Sévane, « Vers l'émergence d'un droit individuel à la protection diplomatique », *AFDI*, vol.54, n°54, 2008, pp.119-141

GHOURI, Ahmad Ali, « Resolving incompatibilities of bilateral investment treaties of the EU Member States with the EC treaty: individual and collective options », *ELJ*, vol.16, n°6, november 2010, pp.806-830

GRISEL, Florian & VIÑUALES, Jorge E., « L'amicus curiae dans l'arbitrage d'investissement », *ICSID Review*, vol.22, n°2, 2007, pp.380-432

GUERIN, Selen Sarisoy, « Do the European Union's bilateral investment treaties matter? », CEPS Working Document No.333, July 2010, disponible à <http://www.ceps.eu/ceps/download/3629>;

GUILLAUME, Gilbert, « Quelques propositions concrètes à l'occasion du centenaire de la CIJ », *RGDIP*, 1996, n°2, pp.323-334

GUIMÓN, José, « It's time for an EU investment promotion agency », *Columbia FDI Perspectives*, n°20, March 4, 2010

GUYOMAR, Geneviève, « L'arbitrage concernant les rapports entre États et particuliers », *AFDI*, vol.5, n°5, 1959, pp.333-354

HELLIO, Hughes, « L'État, un justiciable de second ordre ? À propos des demandes étatiques dans le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements étrangers », *RGDIP*, vol.113, n°3, 2009, pp.589-620

HEPBURN, Jarrod & BALCERZAK, Filip, « Polish court rules on release of investment arbitration awards under freedom of information law », *IA Reporter*, 2 january 2013

HERRMANN, Christoph, « The treaty of Lisbon expands the EU's external trade and investment powers », *ASIL Insight*, vol.14, issue 28, 2010

IDOT, Laurence, « Arbitrage et droit communautaire », *Rev. dr. aff. int./ Int'l Bus. L.J.*, n°5, 1996, pp.561-591

IDOT, Laurence, « Une innovation surprenante : l'introduction de l'arbitrage dans le contrôle communautaire des concentrations », *Rev. arb.*, n°4, 2000, pp.591-613

ILIOPOULOU, Anastasia, « La méthode ouverte de coordination : un nouveau mode de gouvernance dans l'Union européenne », *Cahiers de droit européen*, vol.42, n°3-4, 2006, pp.315-334

IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, Iñigo, « Los APPRI en la Unión Europea post-Lisboa », *AEDIPr*, t.X, 2010, pp.759-791

JACOBS, Francis G., « Judicial dialogue and the cross-fertilization of legal systems: The European court of justice », *Texas international law journal*, vol.38, 2003, pp.547-556

JACQUÉ, Jean-Paul, « Droit constitutionnel national, droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *RFD Const.*, n°69, 2007, pp.3-37

JARROSSON, Charles & IDOT, Laurence, « Arbitrage », *Encyclopédie Dalloz de droit communautaire*, janvier 2010

- JAYME, Erik, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *RCADI*, vol.251, 1995, pp.9-267
- JENKS, C. Wilfred, « The conflict of law-making treaties », *BYBIL*, 1953, vol.30, pp.401-453
- JOHNSON, Lise & BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie, « Le nouveau règlement d'arbitrage de la CNUDCI sur la transparence », *Investment Treaty News*, vol.4, n°4, sept. 2013, pp.3-5
- JOUANNET, Emmanuelle, « La communauté internationale vue par les juristes », *AFRI*, vol. VI, 2005, pp.3-26
- JUILLARD, Patrick, « Chronique de droit international économique », *AFDI*, n°23, 1977, pp.648-699
- JUILLARD, Patrick, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994-VI, vol.250, pp.9-216
- JUILLARD, Patrick, « Investissements », in D. Carreau, T. Flory, P. Juillard, « Chronique de Droit international économique », *AFDI*, vol.40, 1994, pp.707-747
- JUILLARD, Patrick, « Freedom of establishment, freedom of capital movements, and freedom of investment, », *ICSID Review*, vol.15, n°2, 2000, pp.323-339
- JUILLARD, Patrick, « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements », *AFDI*, vol. 50, 2004, pp.669-682
- KALDERIMIS, Daniel, « Investment treaties and public goods », *Transnational Dispute Management*, 2010
- KARADELIS, Kyriaki, « German court delays ruling on intra-UE BITs », *Global Arbitration Review*, 21 October 2013
- KLEINHEISTERKAMP, Jan, « Investment protection and EU law: the intra and extra-EU dimension of the Energy charter treaty », *Journal of international economic law*, vol.15, n°1, 2012, pp.85-109
- KLEINHEISTERKAMP, Jan, « Financial responsibility in the European international investment policy », *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 15/2013, disponible à : http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2013-15_Kleinheisterkamp.pdf
- KNAHR, Christina & REINISCH, August, « Transparency versus confidentiality in international investment arbitration – The *Biwater Gauff* compromise », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol.6, n°1, 2007, pp.97-118
- KNOEPFLER, François, « Le point de vue extérieur à l'Union européenne », *RAE*, n°2, 2005, pp.213-226,
- KOSKENNIEMI, Martti, « International law in Europe: between tradition and renewal », *EJIL*,

vol.16, n°1, 2005, pp.113-124

KRAJEWSKI, Markus, « External trade law and the Constitution Treaty: Towards a federal and more democratic common commercial policy », *CMLR*, vol.42, 2005, pp.91-127

LALIVE, Pierre, « Dérives arbitrales (I) », *ASA Bulletin*, vol.23, n°4, 2005, pp.587-592

LALIVE, Pierre, « Dérives arbitrales (II) », *ASA Bulletin*, vol.24, n°1, 2006, pp.2-12

LALIVE, Pierre, « On the reasoning of international arbitral awards », *Journal of international dispute settlement*, vol.1, n°1, 2010, pp.55-65

LAVRANOS, Niklos, « New developments in the interaction between international investment law and EU law », *Law and practice of international courts and tribunals*, n°9, 2010, pp.409-441

LAVRANOS, Niklos, « In defence of member States' BIT gold standard: the regulation 1219/2012 establishing a transitional regime for existing extra-EU BITs – a member State's perspective », *Transnational Dispute management*, vol.10, issue 2, march 2013

LECZYKIEWICZ, Dorota, « Common commercial policy: the expanding competence of the European Union in the area of international trade », *German law journal*, vol.6, n°11, 2005, pp.1673-1686

LEMAIRE, Sophie, « La mystérieuse *umbrella clause* – Interrogations sur l'impact de la clause de respect des engagements sur l'arbitrage en matière d'investissements », *Rev. arb.*, n° 3-4, 2009, pp.479-502

LEON, P., VEERAN, J. & WARMINGTON, E., « South Africa Declines To Renew Bilateral Investment Treaties With European Union Member States », *Mondaq*, 05 October 2012

LEVEL, Patrice, « L'arbitrabilité », *Rev. arb.*, n°2, 1992, pp. 213-240

LIN, Tsai-Yu, « Systemic reflections on Argentina's non-compliance with ICSID arbitral awards: a new role of the annulment committee at enforcement? », *Contemporary Asia arbitration journal*, vol.5, n°1, May 2012, pp.1-22

LOQUIN, Eric, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *Rev. arb.*, n°2, 2006, pp.323-352

MAES, Marc, « Reconquérir l'intérêt du public pour la politique européenne en matière d'investissements internationaux... », *Investment Treaty News*, n°1, vol°1, septembre 2010, p.5

MANCIAUX, Sébastien, « La Bolivie se retire du CIRDI », *Rev. arb.*, n°2, 2007, pp.351-358

MANN, Francis A., « British treaties for the promotion and protection of investments », *BYIL*, vol.52, 1981, pp.241-254

MAUPIN, Julie A., « Where should Europe's investment path lead? Reflections on August Reinisch, "Quo vadis Europe?" », *Santa Clara J. Int'l L.*, n°1, vol.12, 2014, pp.183-222

- MAYER, Pierre, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *RCADI*, t.217, 1989, pp.319-454
- MAYER, Pierre, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », *Rev. arb.*, n°4, 1994, pp.615-652
- MELLO, Xavier DE « Arbitrage et droit communautaire », *Rev. arb.*, 1982, pp.349-403
- MENÉTREY, Séverine, « La participation "amicale" de la Commission européenne dans les arbitrages liés aux investissements intracommunautaires », *JDI*, n°4, 2010, pp.1127-1156
- MENGOZZI, Paolo, « The judicial system of the European community and its recent evolution », *The law and practice of international courts and tribunals*, vol.5, 2006, pp.125-132
- MICHINEL ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, « Inversiones extranjeras y sostenibilidad », *AEDIPr*, t.X, 2010, pp.319-338
- MITROVIC, Laurence, « L'arbitrage baseball : arbitrage ou mode alternatif de règlement ? », *Rev. arb.*, n°4, 2003, pp.1167-1194
- MOCKLE, Daniel, « Deux variations sur le thème des normes », *Les cahiers de droit*, vol.38, n°2, 1999, pp.437-459
- MOLA, Lorenza, « Which role for the EU in the development of international investment law? », Society of international economic law (SIEL), Inaugural conference, Geneva, 2 July 2008, pp.1-22
- MOSTAFA, Ben, « The sole effects doctrine, police powers and indirect expropriation under international law », *Australian international law journal*, Vol.15, 2008, pp.267-296.
- MOURRE, Alexis, « Faut-il un statut communautaire de l'arbitrage ? », *RAE*, n°2, 2005, pp.191-211
- MÜLLER, David, « European model BIT – What do we need it for? », Charles University Prague, disponible à <http://worldtradelaw.typepad.com/files/modelbit-muller.pdf>
- NABLI, Bélig, « L'État membre : l'hydre du droit constitutionnel européen », VIIe congrès de droit constitutionnel, AFDC, Paris, 25-27 septembre 2008, disponible à <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC1/NabliTXT.pdf>
- NEFRAMI, Eleftheria, « La répartition intra-communautaire des compétences et les États tiers sous le prisme de la clause de déconnexion », *Revue hellénique de droit international*, vol.61, 2008, pp.477-497
- OLÍK, Milos & FYRBACH, Davis, « The competence of investment arbitration tribunals to seek preliminary rulings from European courts », *Czech yearbook of international law*, 2011, pp.191-205
- ORAKHELASHVILI, Alexander, « The idea of European international law », *EJIL*, vol.17, n°2, 2006, pp.315-347
- ORTIZ AHLF, Loretta, « Derecho comunitario y derecho internacional », *Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, n°32, 2002, pp.11-23
- PASCUAL VIVES, Francisco José, « Los acuerdos sobre promoción y protección recíproca de las

- inversiones extranjeras y el derecho de la Unión Europea », *REDE*, n°40, 2011, pp.441-489
- PAULSSON, Jan, « Arbitration without privity », *ICSID Review - FILJ*, vol.10, n°2, 1995, pp.232-257
- PELLET, Alain, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », Académie de droit européen, Florence, *Recueil des Cours*, 1997, vol. V, t.2, pp.193-271
- PÉRALDI-LENEUF, Fabienne & SCHILLER, Sophie, *Les conflits de normes – Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits horizontaux de normes*, synthèse, 2012, disponible à <http://www.gip-recherche-justice.fr>
- PERRY, Sebastian, « Is Argentina about to leave ICSID? », *Global Arbitration Review*, 25 January 2013
- PESCATORE, Pierre, « La politique commerciale », in GANSHOF VAN DER MEERSCH, Walter (dir.), *Traité de droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969
- PETERSON, Luke Eric, « Details surface of jurisdictional holdings in *Binder v. Czech Republic*... », *IAReporter*, vol.2, n°4, 28 February 2009
- PETERSON, Luke Eric, « Norway proposes significant reforms to its investment treaty practices », *Investment Treaty News*, 27 March 2008
- PETERSON, Luke Eric, « Will the ECJ look at intra-EU bilateral investment treaties next? », *Kluwer Arbitration Blog*, 6 March 2009
- PETERSON, Luke Eric, « German courts asked to overturn finding of jurisdiction by arbitral tribunal in intra-EU investment dispute » *IAReporter*, 13 January 2011
- PINNA, Andrea, « L'annulation d'une sentence arbitrale partielle », *Rev. arb.*, n°4, 2008, pp.615-640
- POTESTÀ, Michele, « Bilateral Investment Treaties and the European Union. Recent developments in arbitration and before the ECJ », *The law & practice of international courts and tribunal*, vol.8, 2009, pp.225-245
- POULAIN, Bruno, « Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union », *RGDIP*, n°4, 2007, pp.803-828
- POULAIN, Bruno, « Développements récents du droit communautaire des investissements internationaux », *RGDIP*, n°4, 2009, pp.873-895
- POULAIN, Bruno et RAUX, Mathieu, « Actualité du droit européen des investissements internationaux », *RGDIP*, n°1, 2011, pp.113-140
- POULAIN, Bruno, « L'arbitrage FED : une révision est nécessaire », *Rev. arb.*, n°4, 2011, pp.923-942
- RADU, Anca, « Foreign investors in the EU – Which "best treatment"? Interactions between

- bilateral investment treaties and EU law », *ELJ*, vol.14, n°2, mars 2008, pp.237-260
- RAMBAUD, Patrick, « Des obligations de l'État vis-à-vis de l'investisseur étranger : la sentence CIRDI du 27 juin 1990, Société Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) c. Sri Lanka », *AFDI*, vol.38, 1992, pp.501-510
- REINISCH, August, « The EU on the investment path - Quo vadis Europe? The future of EU BITs and other investment agreements », *Santa Clara J. Int'l L.*, n°1, vol.12, 2014, pp.111-157
- RITTER, Jean-Pierre, « La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale », *AFDI*, vol. 8, 1962, pp.427-456
- ROBERT-CUENDET, Sabrina, « Les investissements intra-communautaires entre le droit communautaire et les accords internationaux sur l'investissement, concilier l'inconciliable ? », *RGDIP*, n°4, tome 115, 2011, pp.853-895
- ROCA GRAU, Bruno, « Algunas reflexiones en torno a la arbitrabilidad del Derecho europeo de la competencia », *Revista del club español del arbitraje*, vol.10, n°7, 2010, pp.45-51
- ROCHER, Guy, « Pour une sociologie des ordres juridiques », *Les cahiers de droit*, vol.29, n°1, 1988, pp.91-120
- ROUCOUNAS, Emmanuel, « Engagements parallèles et contradictoires », *RCADI*, t.206, 1987, pp.66-70
- ROUSSEAU, Charles, « De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international », *RGDIP*, vol. 39, 1932, pp.131-153
- SALACUSE, Jeswald W. & SULLIVAN, Nicholas P., « Do BIT really work? An evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain », *Harvard journal of international law*, vol.46, 2005, pp.67-136
- SAURON, Jean-Luc, « le nouveau rôle des parlements nationaux après le Traité de Lisbonne », *Gaz.Pal.*, mai-juin 2008, pp.1589-1594
- SAUTENET, Antoine, « L'Europe peut-elle se doter d'un mécanisme de contrôle des investissements ? », *Conventions – Réguler la mondialisation*, 7 décembre 2012
- SCHILL, Stephan W., « W(h)ither fragmentation on the literature and sociology of international investment law », *EJIL*, vol.22, n°3, 2011, pp.875-908
- SCHILL, Stephan W., « The public law challenge: killing or rethinking international investment law? », *Columbia FDI perspectives*, n°58, January, 2012
- SCHREUER, Christoph, « Calvo's grandchildren: the return of local remedies in investment arbitration », *The law and practice of international courts and tribunals*, vol.4, n°1, 2005, pp.1-17
- SCHREUER, Christoph, « From ICSID annulment to appeal – half way down the slippery slope », *The law and practice of international courts and tribunals*, vol.10, 2011, pp.211-225
- SHAN, Wenhua & ZHANG, Sheng, « The treaty of Lisbon: half way toward a common investment

policy », *EJIL*, vol.21, n°4, 2011, pp.1049-1073

SLAUGHTER, Anne-Marie & BURKE-WHITE, William, « The future of international law is domestic (or, the European way of law) », *Harvard journal of international law*, vol.47, n°2, summer 2006, pp.327-352

SMIT, Robert H. & ROBINSON, Tyler B., « Cost awards in international commercial arbitration: proposer guidelines for promoting time and cost efficiency », *The American review of international arbitration*, vol.20, n°3, 2009, pp.267-284

SÖDERLUND, Christer, « Intra-EU BIT investment protection and the EC treaty », *Journal of International Arbitration*, vol.24, n°5, 2007, pp.455-468

SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, « A law for need or a law for greed? : Restoring the lost law in the international law of foreign investment », *Int. Environ. Agreements- politics law and economics*, vol.6, n°4, 2006, pp.329-357

TEYNIER, Eric, « L'applicabilité des traités bilatéraux sur les investissements entre États membres de l'Union européenne », *Gaz. Pal.*, n°1, recueil mars-avril 2008, pp.690-697

TITI, Catharine, « EU investment agreements and the search for a new balance: a paradigm shift from laissez-faire liberalism towards embedded liberalism? », *Columbia FDI Perspectives*, n°86, 3 January 2013

TORRENT, Ramon, « The contradictory overlapping of national, EU, bilateral, and the multilateral rules on foreign direct investment: who is guilty of such a mess », *Fordham international law review*, vol.43, n°5, 2011, pp.1377-1399

TORRENT, Ramon, « La politique de l'UE en matière d'investissements : le matériel sans le logiciel », *Investment treaty news*, vol.1, septembre 2010, p.6

TOUSCOZ, Jean, « La "ruée vers l'Est". De quelques problèmes juridiques soulevés par les opérations de commerce et d'investissement réalisées par les entreprises occidentales dans les pays d'Europe centrale et orientale », *JDI*, n°1, 1991, pp.27-55

TRAKMAN, Leon E., « Choosing domestic courts over investor-State arbitration: Australia's repudiation of the status quo », *UNSW law journal*, vol.35, n°3, 2012, pp.979-1012

VADCAR, Corinne, « Un cadre communautaire pour l'investissement ? », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, n°448, mai 2011, pp.332-342

VAN HARTEN, Gus & LOUGHLIN, Martin, « Investment treaty arbitration as a species of global administrative law », *EJIL*, vol.17, n°1, 2006, pp.121-150

VANDERLINDEN, Jacques, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, vol. 18, n°2, 1993, pp.573-583

VANDEVELDE, Kenneth J., « A brief history of international investment agreements », in *University of California at Davis journal of international law and policy*, vol. 12, 2005, pp.157-194

VÁSQUEZ PALMA, Maria Fernanda, « Revelancia de la sede arbitral y criterios que determinan su elección », *Revista Chilena de derecho privado*, n°16, julio 2011, pp.75-134

VIDAL, Dominique, « Rapport introductif », *RAE*, 2005, n°2, pp.139-142

VIÑALES, Jorge E., « Foreign investment and the environment in international law: an ambiguous relationship », *British Yearbook of International Law*, vol.80, n°1, 2009, pp.244-332

VIS-DUNBAR, Damon, « Czech Republic quietly pursues challenge to jurisdictional ruling in Prague court, », *Investment Treaty News*, January 17, 2008

VIS-DUNBAR, Damon, « Norway shelves its draft model bilateral investment treaty », *Investment Treaty News*, June 8, 2009

VON KRAUSE, Christophe, « The European Commission's opposition to intra-EU BITs and its impact on investment arbitration », *Kluwer Arbitration Blog*, 20 September 2010

WANG, Guiguo & HE, Xiaoli, « Mediation and international investment: a Chinese perspective », *Maine law review*, vol.65, n°1, 2012, pp.216-236

WEHLAND, Hanno, « Intra-EU investment agreements and arbitration: is European community law an obstacle? », *ICLQ*, vol.58, April 2009, pp.297-320

WELSH, Nancy A. & SCHNEIDER, Andrea K., « Becoming "Investor-State" mediation », *Penn State journal of law and international affairs*, vol.1, n°1, April 2012, pp.86-96

WILSKE, Stephan & KRAPFL, Claudia, « Higher regional Court of Frankfurt confirms validity of arbitration clause in dispute between investor and EU Member State », *Practical law*, 31 May 2012

WILSON, James & WIESMANN, Gerrit, « Germans seek lawsuits over Greek debt swap », *Financial times*, 12 mars 2008

WOLL, Cornelia, « Vers des compétences externes : l'activisme de la Commission européenne en matière d'aviation internationale », *Politique européenne*, n°17, automne 2005, pp.137-158

V – Textes cités

- Traités, conventions et chartes

Charte des Nations Unies, signée le 26 juin 1945

Convention européenne des droits de l'homme, signée le 4 novembre 1950

Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne, signé le 25 mars 1957

Convention de Yaoundé entre la Communauté économique européenne et les États africains et malgache, signée le 20 juillet 1963

Projet de convention sur la protection des biens étrangers de l'OCDE, 12 octobre 1967

Convention de Vienne sur le droit des traités, signée le 23 mai 1969

Convention de Lomé entre la Communauté économique européenne et les États ACP, signée le 28 février 1975

Accord de coopération et d'union douanière entre la Communauté économique européenne et la République de Saint-Marin, signé le 16 décembre 1991

Traité sur l'Union européenne, signé le 7 février 1992

Accord de libre-échange nord-américain, signé le 7 décembre 1992

Traité sur la Charte de l'énergie, signée le 17 décembre 1994

Traité d'Amsterdam, signé le 2 octobre 1997

Convention de Cotonou entre la Communauté européenne et les États ACP, signée le 23 juin 2000

Traité de Nice, signé le 26 février 2001

Accord euro-méditerranéen établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres d'une part, et la République algérienne démocratique, d'autre part, signé le 22 avril 2002

Accord de libre-échange entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République du Chili, d'autre part, signé le 18 novembre 2002

Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe, signé le 29 octobre 2004

Accord de stabilisation et de partenariat entre les Communautés européennes et ses États membres d'une part, et la République du Monténégro, d'autre part, signé le 15 octobre 2007

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, signé le 13 décembre 2007

Accord dit « Swift I » entre l'Union européenne et les États-Unis, signé le 30 novembre 2009

Accord de libre-échange entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Corée, d'autre part, signé le 6 octobre 2010

Accord commercial anti-contrefaçon dit ACTA, signé le 1er octobre 2011

Accord de libre-échange entre l'Union européenne et Singapour, dont les négociations se sont achevées le 17 octobre 2014.

Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne, proposé à la signature par la Commission européenne le 5 juillet 2016.

Accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Vietnam, dont le texte préliminaire a été

publié en février 2016.

- Accords d'investissement :

Accord d'investissement entre l'Allemagne et le Pakistan, signé le 25 novembre 1959

Accord d'investissement entre l'Allemagne et la Grèce, signé le 27 mars 1961

Accord d'investissement entre l'Italie et le Tchad, signé le 11 juin 1969

Accord d'investissement entre l'Allemagne et le Portugal, signé le 16 septembre 1980

Accord d'investissement entre la Confédération suisse et la République tchèque et slovaque, signé le 5 octobre 1990

Accord d'investissement entre l'Espagne et Cuba, signé le 27 mai 1994

Accord d'investissement entre l'Autriche et Malte, signé le 29 mai 2002

Accord de libre-échange entre l'Australie et les États-Unis, signé le 18 mai 2004

Accord d'investissement entre les États-Unis et l'Uruguay, signé le 4 novembre 2005

Accord d'investissement entre la France et la Turquie, signé le 15 juin 2006

Accord d'investissement entre le Canada et la Lettonie, signé le 5 mai 2009

Accord d'investissement entre le Canada et la République tchèque, signé le 6 mai 2009

Accord d'investissement entre le Canada et la Roumanie, signé le 8 mai 2009

Accord d'investissement entre l'Allemagne et le Pakistan, signé le 1er décembre 2009

Accord d'investissement entre le Canada et la République slovaque, signé le 20 juillet 2010

Accord d'investissement entre l'Espagne et le Mozambique, signé le 18 octobre 2010

Accord d'investissement entre la République tchèque et l'Azerbaïdjan, signé le 17 mai 2011

Accord d'investissement entre la France et la Colombie, signé le 10 juillet 2014

- Modèles d'accord d'investissement :

Modèle de projet de convention Abs-Shawcross, approuvé par les ministres de l'OCDE en 1962

Modèle d'accord sur l'investissement pour le développement durable (IIDD), proposé par Howard Maan, Konrad von Moltke, Luke Eric Peterson, Aaron Cosbey, avril 2005

Modèle d'accord d'investissement norvégien de 2007

Modèle d'accord d'investissement allemand de 2008

Modèle d'accord d'investissement américain de 2012

Modèle d'accord d'investissement canadien de 2012

- Protocole d'accord :

Protocole d'accord concernant certains accords d'investissement américain, signé par les États-Unis, la Commission européenne et des pays adhérents ou candidats à l'adhésion à l'Union européenne, 22 septembre 2003

- Textes procéduraux

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

Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États du 18 mars 1965

Règlement de conciliation et d'arbitrage pour les marchés financés par le FED, adopté par le biais de la décision 3/90 du 29 mars 1990 du Conseil des ministres ACP-CEE

Règlement de procédure du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 2 mai 1991

Règlement d'arbitrage de la London Court of international arbitration de 1998

Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, révisé et entré en vigueur le 1er janvier 2003

Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, version révisée en 2010

Règlement d'arbitrage de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm de 2010

Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce international, version révisée en 2012

Protocole n°3 sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne, tel que modifié par le règlement (UE, Euratom) n° 741/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 11 août 2012 et par l'article 9 de l'acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République de Croatie et aux adaptations du Traité sur l'Union européenne, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et du Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique

Règlement de procédure de la Cour de justice de l'Union européenne, version consolidée du 25 septembre 2012

Protocole n°7 sur les privilèges et immunités de l'Union européenne du 26 octobre 2012

Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur

des traités, 16 décembre 2013

- Communiqués de presse et articles

UNCTAD Press Release, « Bilateral Investment Treaties quintupled during the 1990s », TDA/INF/2877, 15 December 2000

Press statement of the US Department of State, « Bilateral Investment Treaties with European Union accession States », Washington, DC, 5 September 2003

Communiqué de presse de la Commission européenne, « La Commission européenne, huit pays adhérents et les États-Unis signent un accord bilatéral d'investissement », IP/03/1284, 22 septembre 2003

Communiqué de presse du Parlement européen, « Politique européenne d'investissement : rechercher le juste équilibre », 18 mars 2011

Communiqué de presse du Conseil de l'Union européenne, 3109ème session, Affaires générales, 13587/11, Bruxelles, le 12 septembre 2011

Communiqué de presse de la Commission européenne, « L'UE approuve l'ouverture des négociations commerciales avec l'Égypte, la Jordanie, le Maroc et la Tunisie », IP/11/1545, 14 décembre 2011

Europa Press, « España cree que casos como el de Repsol serán "más difícil" tras acuerdo de la UE para proteger inversiones », Bruselas, 31 de mayo de 2012

Communiqué de presse de la Commission européenne, « Importante initiative de l'UE pour garantir la sécurité juridique aux investisseurs en dehors de l'Europe », IP/12/1362, 12 décembre 2012

Communiqué de presse de la Commission européenne, « La commission européenne demande aux États membres de mettre fin à leurs accords bilatéraux d'investissement intra-UE », Bruxelles, 18 juin 2015

- Discours

DE GUCHT, Karel, « EU-China trade relations », China Britain Business Council Summer Lunch/ London, 9 July 2012, disponible à http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-539_en.htm?locale=en

DE GUCHT, Karel, « On the EU-China investment agreement », European Parliament Plenary/Strasbourg, 8 October 2013, disponible à http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-793_en.htm

- Documents européens d'information

2007 Annual EFC Report to the Commission and the Council on the movement of capital and the

freedom of payments, Council of the European Union, 5123/08, 8 January 2008

2008 Annual EFC Report to the Commission and the Council on the movement of capital and the freedom of payments, Economic and Financial Committee, 17363/08, 21 November 2008

EU-Canada (CETA), India and Singapore FTAs - EC negotiating mandate on investment (2011), Text of the mandates, 15 September 2011, disponible à <http://www.bilaterals.org/spip.php?article20272&lang=en>

External sources of growth, Progress report on EU trade and investment relationship with key economic partner, Commission staff working document, July 2012

Commissioner De Gucht discusses concerns on investment provisions in trade agreements with the European Parliament, European Commission, 27 November 2012

Commissioner De Gucht discusses concerns on investment provisions in trade agreements with the European Parliament, European Commission, 29 January 2013

Overview of FTA and other trade negotiation, European Commission, 5 February 2013

Ouverture des négociations entre l'Union européenne et les États-Unis en vue de la conclusion d'un partenariat transatlantique de commerce et d'investissement, Commission européenne, Mémo/13/95, 13 février 2013

Questions et réponses : consultation publique en ligne sur la protection des investisseurs dans le cadre du TTIP, Commission européenne, Mémo/14/206, 27 mars 2013

L'accord de libre-échange UE-Canada : faits et chiffres, Commission européenne, Mémo/13/911, 18 octobre 2013

Fiche d'information – Protection des investissements et règlement des différends entre investisseurs et États dans les accords de l'UE, Commission européenne, novembre 2013

Investment provisions in the EU-Canada free trade agreement (CETA), European Commission, 3 december 2013

- Déclarations

Free Trade Commission clarifications related to NAFTA chapter 11, 31 July 2001

Déclaration ministérielle de Doha, WT/MIN(01)/DEC/1, adoptée le 14 novembre 2001

Déclaration publique sur le régime d'investissement international, Osgood School of Law, York University, 31 août 2010

Statement of concern about planned provisions on investment protection and investor-State dispute settlement (ISDS) in the transatlantic trade and investment partnership (TTIP), July 2014, disponible à http://www.kent.ac.uk/law/isds_treaty_consultation.html

- Actes atypiques européens

Déclaration sur l'identité européenne, Sommet de Copenhague, 14 décembre 1973

Déclaration n°17 relative au droit d'accès à l'information annexée à l'acte final du Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992

Résolution du Parlement européen sur la promotion du recours à l'arbitrage pour la résolution des conflits d'ordre juridique, A3-0318/94, 6 mai 1994

Report on the operation of the Treaty on the European Union, European Commission, SEC (95), 731 final, 10 May 1995

Déclaration communiquée par les Communautés européennes au Secrétariat de la Charte de l'énergie en application de l'article 26, paragraphe 3, point b) ii), du Traité sur la Charte de l'énergie, 9 mars 1998

Déclaration n°23 relative à l'avenir de l'Union et annexée au Traité de Nice, 26 février 2001

Gouvernance européenne – Un libre blanc, COM(2001) 428 final, 25 juillet 2001

Déclaration de Laeken sur l'avenir de l'Union européenne annexée aux conclusions de la présidence, Conseil européen de Laeken, 14 et 15 décembre 2001

Livret vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial COM(2002) 196 final, 19 avril 2002

Communication de la Commission, Un projet pour l'Union européenne, COM(2002) 247 final, 22 mai 2002

Document de travail de la Commission sur la juridiction prévue en matière de brevet communautaire, COM(2002) 480 final, 30 août 2002

Proposition de décision du Conseil instituant le tribunal de la fonction publique européenne, COM(2003) 705 final, 19 novembre 2003

Proposition de décision du Conseil instituant le tribunal du brevet communautaire et concernant les pouvoirs formés devant le Tribunal de première instance, COM(2003) 828 final, 23 décembre 2003

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, Cohérence des politiques au service du développement - Accélérer la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement, COM(2005) 134 final, 12 avril 2005

Communication de la Commission, Investissements intra-UE dans le secteur des services financiers, COM(2005) 4080, 21 octobre 2005

Livre Vert – Initiative européenne en matière de transparence, COM(2006) 194 final, le 3 mai 2006

Minimum platform on investment for EU FTAs – Provisions on establishment in template for a

Title on "Establishment, trade in services and e-commerce", European Commission, 28 July 2006

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Un marché unique pour l'Europe du 21^e siècle, COM(2007) 724 final, 20 novembre 2007

Déclaration n°18 concernant la délimitation des compétences, annexée au TFUE signé le 13 décembre 2007

Résolution du Parlement européen sur l'accord de libre-échange entre la CE et le Conseil de coopération du Golfe, 24 avril 2008

Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens, COM(2009) 262 final, 10 juin 2009

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, La cohérence des politiques pour le développement – établissement du cadre politique pour une approche "de toute l'Union", COM(2009) 458 final, 15 septembre 2009

Rapport du groupe de réflexion au Conseil européen sur l'avenir de l'Union européenne à l'horizon 2030, « Projet pour l'Europe à l'horizon 2030 – Les défis à relever et les chances à saisir », mars 2010

Communication de la Commission, Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux, COM(2010) 343 final, 7 juillet 2010

Projet de conclusions du Conseil sur une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux, 4 octobre 2010

Conclusions du Conseil sur une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux, 25 octobre 2010

Projet de rapport de la commission du commerce international du Parlement européen sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil, 2010/0197(COD), 18 novembre 2010

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, COM(2010) 748 final, 14 décembre 2010

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Plateforme européenne contre la pauvreté et l'exclusion sociale : un cadre européen pour la cohésion sociale et territoriale, COM(2010) 758 final, 16 décembre 2010

Rapport du Parlement européen sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux, (2010/2203(INI)), 22 mars 2011

Résolution du Parlement européen sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux, (2010/2203(INI)), 6 avril 2011

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, L'Acte pour le marché unique - Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance - "Ensemble pour une nouvelle croissance", COM(2011) 206 final, 13 avril 2011

Rapport de la commission du commerce international du Parlement européen sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil, A7-0148/2011, 14 avril 2011

Résolution législative du Parlement européen sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil, P7_TA(2011)0206, 10 mai 2011

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014, COM(2011) 681 final, 25 octobre 2011

Proposition de résolution sur la sécurité juridique des investissements européens en dehors de l'Union européenne du Parlement européen, 18 avril 2012

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends investisseur-État mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie, COM(2012) 335 final, 21 juin 2012

Résolution du Parlement européen sur l'attrait de l'investissement en Europe, (2011/2288(INI)), 3 juillet 2012

Communication de la Commission au Parlement européen, concernant la position du Conseil sur l'adoption d'un règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres et des pays tiers, COM(2012) 603 final, 16 octobre 2012

Rapport de la Commission au Parlement européen sur les progrès réalisés par la Roumanie au titre du mécanisme de coopération et de vérification et au Conseil, COM(2013) 47 final, 30 janvier 2013

Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends investisseur-État mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie, 26 mars 2013

Proposition de résolution sur les négociations entre l'Union européenne et la Chine en vue d'un accord d'investissement bilatéral du Parlement européen, (2013/2674(RSP)), 20 juin 2013

Recommandation de décision du Conseil autorisant la Commission à négocier une convention sur l'application aux traités existants des règles de transparence relatives au règlement des différends entre investisseurs et États sous l'égide de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI), COM(2013) 601 final, 26 août 2013

Commission européenne, « Note de synthèse - L'investissement dans le TTIP et au-delà – La voie de la réforme », 12 mai 2015

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) (2014/228(INI))

Council of the European Union, Trade Policy Committee, « Intra-EU investment treaties, Non-paper from Austria, Finland, France, Germany, and the Netherlands », 7 April 2016

- Décisions, directives et règlements européens

Décision du Conseil, du 9 octobre 1961, relative à l'uniformisation de la durée des accords commerciaux avec les pays tiers

Décision 69/494/ECC du Conseil, du 16 décembre 1969, sur les accords relatifs aux relations commerciales des États membres et la négociation des accords communautaires

Directive 85/611/CEE du Conseil, du 20 décembre 1985, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM)

Directive 88/361/CEE du Conseil, du 24 juin 1988, pour la mise en oeuvre de l'article 67 du Traité CEE

Directive 89/552/EEC du Conseil, du 3 octobre 1989, visant la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle

Directive 90/435/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et aux filiales d'États membres différents

Directive 93/6/CEE du Conseil, du 15 mars 1993, sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit

Directive 93/22/CEE du Conseil, du 10 mai 1993, concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières

Directive 97/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 3 mars 1997, relative aux systèmes d'indemnisation des investisseurs

Décision 98/181/CE du Conseil et de la Commission concernant la conclusion par les Communautés européennes du Traité sur la Charte de l'énergie, Conseil et Commission, 23 septembre 1997

Règlement 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission

Règlement CE N°1/2003, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité CE

Directive 2003/54 du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, garantissant un accès non-

discriminatoire aux réseaux de transport d'électricité

Règlement CE N°139/2004, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

Décision C(2006) 6559 final de la Commission, du 13 décembre 2006, établissant un mécanisme de coopération et de vérification des progrès réalisés par la Roumanie en vue d'atteindre certains objectifs de référence spécifiques en matière de réforme du système judiciaire et de lutte contre la corruption

Décision C(2006) 6570 final de la Commission, du 13 décembre 2006, établissant un mécanisme de coopération et de vérification des progrès réalisés par la Bulgarie en vue d'atteindre certains objectifs de référence spécifiques en matière de réforme du système judiciaire et de lutte contre la corruption et la criminalité organisée

Décision 2009/609/CE de la Commission, du 4 juin 2008, concernant les aides d'État C 41/05 accordées par la Hongrie dans le cadre d'accords d'achat d'électricité

Décision C(2008) 2223 final de la Commission, 4 juin 2008, déclarant incompatible avec le marché commun l'aide accordée par les autorités hongroises en faveur de certains producteurs d'électricité,

Règlement N°1219/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2012, établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres et des pays tiers

Règlement 912/2014 du Parlement européen et du Conseil, du 23 juillet 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

Décision C(2014) 3192 final du 26 mai 2014 de la Commission, adoptée dans l'affaire d'aide d'État S.A. 3851 (2014/NN)

- Résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies

Résolution AGNU 1803 (XVII), 14 décembre 1962, *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*

Résolution AGNU 3201 (S-VI), 1er mai 1974, *Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique mondial*

Résolution AGNU 3281 (XXIX), 12 décembre 1974, *Charte des droits et devoirs économiques des États*

- Travaux de la Convention européenne

Projet d'articles du Traité constitutionnel sur l'action extérieure, CONV 685/03, 23 avril 2003

Fiche d'analyse des propositions d'amendements concernant l'action extérieure, y compris la politique de défense : Projets d'articles relatifs à la partie I, titre V (articles 29, 30, X) et à la partie

II, titre B (articles 1er à 36) et chapitre X (article X), de la Constitution, CONV 707/03, 9 mai 2003

Réactions au projet de texte de document CONV 802/03, CONV 821/03, 27 juin 2003

- Documents de l'OMC

Contribution des Communautés européennes et de leurs États membres à l'amélioration du mémorandum d'accord de l'OMC sur le règlement des différends, TN/DS/W/1, 13 mars 2002

Document de réflexion sur la définition de l'investissement, communication de la Communauté européenne et de ses États membres, WT/WGTI/W7115, 16 avril 2002

Document de réflexion sur les modalités avant établissement, communication de la Communauté et de ses États membres, WT/WGTI/W/121, 27 juin 2002

Document de réflexion sur les consultations et le mode de règlement des différends entre les membres, Groupe de travail des liens entre commerce et investissement, WT/WGTI/W/141, 11 septembre 2002

IED et investissement de portefeuille dans le cadre d'un accord de l'OMC sur l'investissement, communication des États-Unis, WT/WGTI/W/142, 16 septembre 2002

- Travaux de la Commission du droit international

Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, 2001

Rapport du Groupe d'étude de la CDI sur la fragmentation du droit international, Introduction, UN doc. A/CN.4/L.628, 1er août 2002

Rapport du Groupe d'étude de la CDI sur la fragmentation du droit international, Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 avril 2006

Rapport du Groupe d'étude de la CDI sur la fragmentation du droit international, Conclusions des travaux du Groupe d'étude de la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, UN doc. A/CN.4/L.702, 18 juillet 2006

Projet d'articles sur la protection diplomatique, 2006

Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, 2011

VI – Jurisprudence citée

A - Jurisprudence européenne

- Cour de justice de l'Union européenne

27 février 1962, aff. C-10/61, *Commission c/ République d'Italie*

6 avril 1962, aff. C-13/61, *Bosch*

5 février 1963, aff. C-26/62, *Van Gend & Loos*

15 juillet 1964, aff. C-6/64, *Costa c/ ENEL*

30 juin 1966, aff. C-61/65, *Veuve Vaasen-Göbbels*

31 mars 1971, aff. C-22/70, *Commission c/ Conseil (AETR)*

13 décembre 1973, aff. jointes C-37 et C-38/73, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders c/ NV Indiamex et Association de fait De Belder*

30 avril 1974, aff. C-181/73, *Haegeman*

21 juin 1974, aff. C-2/74, *Reyners*

11 novembre 1975, avis 1/75, *Arrangement concernant une norme pour les dépenses locales élaborée dans le cadre de l'OMC*

22 janvier 1976, aff. C-60/75, *Russo c/ AIMA*

15 décembre 1976, aff. C-41/76, *Donckerwolke*

16 décembre 1976, aff. C-45/76, *Comet BV*

16 décembre 1976, aff. C-33/76, *Rewe*

3 février 1977, aff. C-52/76, *Benedetti c/ Munari*

19 octobre 1977, aff. jointes C-117/76 et C-16/77, *Ruckdeschel c/ Hauptzollamt Hamburg-St Annen*

4 octobre 1979, avis 1/78, *Accord international sur le caoutchouc naturel*

12 juin 1980, aff. C-130/79, *Express Daily Foods limited*

14 octobre 1980, aff. C-812/79, *Burgoa*

5 mai 1981, aff. C-804/79, *Commission c/ Royaume-Uni*

6 octobre 1981, aff. C-246/80, *Broekmeulen*

23 mars 1982, aff. C-102/81, *Nordsee*

6 octobre 1982, aff. C-283/81, *CILFIT*

26 octobre 1982, aff. C-104/81, *Kupferberg*

23 avril 1986, aff. C-294/83, *Parti écologiste « Les Verts » c/ Parlement européen*

15 mai 1986, aff. C-222/84, *Johnston*

26 mars 1987, aff. C-45/86, *Commission c/ Conseil*

30 septembre 1987, aff. C-12/86, *Demirel*

27 septembre 1988, aff. C-235/87, *Matteucci*

17 octobre 1989, aff. C-108/88, *Danfoss*

25 juillet 1991, aff. C-190/89, *Marc Rich*

19 novembre 1991, aff. jointes C-6/90 et C-9/90, *Francovich c/ République italienne*

14 décembre 1991, avis 1/91, *Espace économique européen*

10 novembre 1992, aff. C-3/91, *Exportur SA et Lor SA Confiserie du Tech*

2 mars 1994, aff. C-316/91, *Parlement européen c/ Conseil*

9 août 1994, aff. C-327/91, *France c/ Commission européenne*

15 novembre 1994, avis 1/94, *Compétence de la Communauté à propos des résultats des négociations du cycle d'Uruguay*

24 mars 1995, avis 2/92, *Participation à la troisième décision révisée de l'OCDE relative au traitement national*

6 avril 1995, aff. jointes C-241/91 P et C-242/92 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications ltd (ITP) c/ Commission des Communautés européennes*

5 mars 1996, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, *Brasserie du pêcheur*

28 mars 1996, avis 2/94, *Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*

3 décembre 1996, aff. C-268/94, *Portugal c/ Conseil*

17 septembre 1997, aff. C-54/96, *Dorsch Consult*

21 janvier 1999, aff. C-347/97, *Commission c/ Belgique*

16 mars 1999, aff. C-222/97, *Trummer et Mayer*

1er juin 1999, aff. C-126/97, *Eco swiss China time ltd c/ Benetton international NV*

11 mai 2000, aff. C-38/98, *Renault c/ Maxicar*

4 juillet 2000, aff. C-84/98, *Commission c/ Portugal*

15 janvier 2002, aff. C-55/00, *Elide Gottardo*

18 avril 2002, avis 1/00, *Projet d'accord portant création d'un espace aérien européen commun*

4 juin 2002, aff. C-483/99, *Commission c/ France*

25 juillet 2002, aff. C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores c/ Conseil*

13 mai 2003, aff. C-98/01, *Commission c/ Royaume-Uni*

5 octobre 2004, aff. jointes C-397/01 à C-403/01, *Pfeiffer*

27 janvier 2005, aff. C-125/04, *Denuit et Cordenier c/ Transorient-Mosaïque*

10 mars 2005, aff. C-531/03, *Commission c/ Allemagne*

2 juin 2005, aff. C-266/03, *Commission européenne c/ Luxembourg*

5 juillet 2005, aff. C-376/03, *D. c/ Inspecteur van de Belastingdienst*

30 mai 2006, aff. C-459/03, *Commission c/ Irlande, affaire dite de l'usine Mox*

26 octobre 2006, aff. C-168/05, *Mostaza Claro*

12 décembre 2006, aff. C-446/04, *Test claimants in the FII Group litigation*

13 mars 2007, aff. C-432/05, *Unibet*

10 mai 2007, aff. C-492/04, *Lasertec*

3 septembre 2008, aff. C-402/05 P et C-415/05 P, *Yassin Kadi et Al Barakaat*

26 septembre 2008, aff. jointes C-282/04 et C-283/04, *Commission c/ Pays-Bas*

12 février 2009, aff. C-45/07, *Commission c/ République hellénique*

3 mars 2009, aff. C-205/06 et C-249-06, *Commission c/ Autriche et Suède*

19 novembre 2009, aff. C-118/07, *Commission c/ Finlande*

20 avril 2010, aff. C-246/07, *Commission c/ Suède*

8 mars 2011, avis 1/09, *Juridiction du brevet européen et du brevet communautaire*

15 septembre 2011, aff. C-264/09, *Commission c/ République slovaque*

23 mai 2016, aff. C-284/16, *Demande de décision préjudicielle présentée par le Bundesgerichtshof (Allemagne) – République slovaque/Achmea BV*

10 Juillet 2015, avis 2/15, *Demande d'avis présentée par la Commission européenne au titre de*

l'article 218, paragraphe 11, TFUE

- Conclusions

30 mars 1993, aff C-168/91, conclusions de l'avocat général Jacobs

10 novembre 1993, aff. C-316/91, conclusions de l'avocat général Jacobs

19 septembre 2002, aff. C-187/01 et C-385/01, conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo

18 janvier 2006, aff. C-459/03, conclusions de l'avocat général Maduro

10 juillet 2008, aff. C-205/06 et C-249/06, conclusions de l'avocat général Maduro

- Tribunal

7 février 2002, aff. T-211/00, *A. Kuijer c/ Conseil*

12 décembre 2006, aff. T-7/05, *Commission c/ Parthenon*

- Cour européenne des droits de l'homme

15 octobre 2009, *Kohlhofer et Minaric c. République tchèque*, requête n°32921/03, 28464/04 et 5344/05

B – Jurisprudence internationale et interne

- Jurisprudence internationale

CPJI, 30 août 1924, *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, Publications de la C.P.J.I., série A, n°2, p.12

CIJ, 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, (Belgique c. Espagne), *Rec.*, 1970

CIJ, 20 juillet 1989, *Elettronica Sicala S.p.A.* (États-Unis d'Amérique c. Italie), *Rec.*, 1989

CIJ, 24 mai 2007, *aff. Ahmadou Sadio Diallo*, (République de Guinée c. République Démocratique du Congo), *Rec.*, 2007

- Jurisprudence française

Cour d'appel Paris, 1re chambre, 18 novembre 2004, *SA Thalès Air Défense c. Euromissile*

Cass. 1re civ., 4 juin 2008, *Sté SNF SAS c. Sté Cytec Industries BV*.

- Jurisprudence allemande

Décision de la Cour constitutionnelle allemande du 30 juin 2009 relative au Traité de Lisbonne, disponible à http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve0-00208en.html

Décision de la Cour d'appel de Francfort du 10 mai 2012, rendu dans le cadre de l'affaire *Eureka c. République slovaque*, disponible à <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0931.pdf>

C - Sentences arbitrales

Commission de réclamations, *Neer* (États-Unis d'Amérique c. Mexique), 15 octobre 1926, Recueil des sentences arbitrales

CIRDI, *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) c. République du Sri Lanka*, aff. N°ARB/87/3, 27 juin 1990, sentence arbitrale finale

CIJ, *Affaire du Thon à nageoire bleue* (Australie et Nouvelle-Zélande c. Japon), sentence arbitrale du 4 août 2000 sur la compétence et la recevabilité

CIRDI/ALENA, *Metalclad Corporation c. Mexique*, aff. N°ARB(AF)/97/1, 30 août 2000, sentence arbitrale

CNUDCI/ALÉNA, *SD Myers Inc. c. Canada*, 13 novembre 2000, sentence arbitrale partielle

CNUDCI/ALÉNA, *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, 10 avril 2001, sentence arbitrale sur le fond

CIRDI, *Consortium RFCC c. Royaume du Maroc*, aff. N°ARB/00/6, 16 juillet 2001, sentence arbitrale sur la compétence

CIRDI, *Salini costruttori c. Royaume du Maroc*, aff. N°ARB/00/4, 31 juillet 2001, sentence arbitrale sur la compétence

CNUDCI, *Lauder c. République tchèque*, 3 septembre 2001, sentence arbitrale finale

CNUDCI, *CME c. République tchèque*, 13 septembre 2001, sentence arbitrale partielle

CIRDI, *Mondev International ltd c. États-Unis d'Amérique*, aff. N°ARB (AF)/00/1, 9 janvier 2003, sentence arbitrale

CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed SA c. Mexique*, aff. N°ARB (AF)/00/2, 29 mai 2003, sentence arbitrale

CIRDI, *Société Générale de Surveillance SA c. République islamique du Pakistan*, aff. N°ARB/01/13, 6 août 2003, sentence arbitrale sur la compétence

CIRDI, *Société Générale de Surveillance SA c. Philippines*, aff. N°ARB/02/6, 29 janvier 2004, décision sur la compétence

CIRDI, *MTD c. Chili*, aff. N°ARB/01/7, 25 mai 2004, sentence arbitrale

CNUDCI/LCIA, *Occidental exploration and Production company c. République équatorienne*, aff. LCIA N°UN3467, 1er juillet 2004, sentence arbitrale finale

CIRDI, *Siemens A.G. c. République argentine*, aff. N° ARB/02/08, 3 août 2004, sentence arbitrale

CIRDI, *Emilio Agustín Maffezini c. Royaume d'Espagne*, aff. N°ARB/97/7, 25 janvier 2005, sentence arbitrale partielle

CIRDI, *Plama Consortium ltd c. Bulgarie*, aff. N°ARB/03/24, 8 février 2005, sentence arbitrale sur la compétence

CIRDI, *AES Corporation c. République argentine*, aff. N°ARB/02/17, 26 avril 2005, sentence arbitrale partielle

CPA, *affaire du « Rhin de fer »* (Belgique c. Pays-Bas), 24 mai 2005, sentence arbitrale

CIRDI, *Gas natural c. République argentine*, aff. N°ARB/03/10, 17 juin 2005, sentence arbitrale partielle

ALENA/CNUDCI, *Methanex corporation c. États-Unis d'Amérique*, 3 août 2005, sentence arbitrale finale

CNUDCI, *Saluka Investments B.V. c. République tchèque*, 17 mars 2006, sentence arbitrale partielle

CIRDI, *Azurix c. République argentine*, affaire N°ARB/01/12, 14 juillet 2006, sentence arbitrale

CIRDI, *Telenor Mobile communications A.S. c. Hongrie*, aff. N°ARB/04/15, 13 septembre 2006, sentence arbitrale

CIRDI, *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited c. Hongrie*, aff. No. ARB/03/16, 2 octobre 2006, sentence arbitrale

CIRDI, *Biwater Gauff c. Tanzanie*, aff. N°ARB/05/22, 2 février 2007, ordonnance procédurale n°5

CNUDCI, *Eastern Sugar BV c. République tchèque*, aff. SCC N°088/2004, 27 mars 2007, sentence arbitrale partielle

CNUDCI, *RJ Binder c. République tchèque*, 6 juin 2007, sentence sur la compétence non publiée

CIRDI, *Compañiá de Agua del Aconquija SA et Vivendi Universal c. République argentine*, aff. N°ARB/97/3, 20 août 2007, sentence arbitrale

CNUDCI/ALÉNA, *United Parcel Service c. Canada*, 24 mai 2007, sentence arbitrale sur le fond

CIRDI, *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, aff. N°ARB/05/8, 11 septembre 2007, sentence

arbitrale

CIRDI, *Ioan Micula, Viorel Micula et al. c. Roumanie*, affaire N°ARB/05/20, 24 septembre 2008, sentence arbitrale sur la compétence et la recevabilité

CNUDCI, *Austrian airlines c. République slovaque*, 9 octobre 2009, sentence arbitrale finale

CIRDI, *Giovanna a Beccara et autres c. République argentine*, aff. N°ARB/07/5, 27 janvier 2010, ordonnance de confidentialité

CNUDCI, *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius c. République slovaque*, 30 avril 2010, sentence arbitrale sur la compétence

CIRDI, *Piero Foresti, Laura de Carli et autres c. Afrique du Sud*, aff. N°ARB(AF)/07/01, 4 août 2010, sentence arbitrale

CIRDI, *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft. c. Hongrie*, aff. N°ARB/07/22, 23 septembre 2010, sentence arbitrale

CPA/CNUDCI, *Eureko BV c. République slovaque*, aff. CPA n°2008-13, 26 octobre 2010, sentence sur la compétence, l'arbitrabilité et la suspension

CPA/CNUDCI, *HICEE B.V. c. République slovaque*, 23 mai 2011, sentence arbitrale partielle

CIRDI, *Abaclat et autres c. République argentine* (anciennement *Giovanna a Beccara et autres c. République argentine*), aff. N°ARB/07/5, 4 août 2011, sentence arbitrale sur la compétence

CCS, *Mercuria Energy group ltd c. Pologne*, 1er décembre 2011, sentence arbitrale finale non publiée

CIRDI, *Vattenfall AB et autres c. République fédérale d'Allemagne*, aff. N°ARB/12/12, 31 mai 2012, avis d'arbitrage

CIRDI, *Electrabel SA c. Hongrie*, No. ARB/07/19, 30 novembre 2012, sentence arbitrale sur la compétence, *Rev. arb.*, 2013.487, note M. Laazouzi.

CIRDI, *Erbil Serter c. République française*, aff. ARB/13/22, requête du 10 septembre 2013 non rendue publique

CIRDI, *Ioan Micula, Viorel Micula et autres c. Roumanie*, aff. N°ARB/05/20, 11 décembre 2013, sentence arbitrale finale, *Rev. arb.*, 2014.39, note S. Lemaire.

CIRDI, *Poštová Banka c. République hellénique*, aff. ARB/13/8, sentence arbitrale finale du 9 avril 2015

CIRDI, *Ping An Life Insurance Company c. Royaume de Belgique*, aff. ARB/12/29, sentence arbitrale du 30 avril 2015

CIRDI, *Inversión y Gestión de Bienes, IGB, S.L. et IGB18 Las Rozas, S.L. c. Royaume d'Espagne*,

aff. ARB/12/17 sentence arbitrale du 14 août 2015 non rendue publique

VII – Sites internet

ASIL Insights : <http://www.asil.org/insights>

Channel NewsAsia : <http://www.channelnewsasia.com/news>

Columbia FDI perspectives : <http://ccsi.columbia.edu/publications/columbia-fdi-perspectives/>

Conventions – Réguler la mondialisation : <http://convention-s.fr/>

European Commission – Trade : <http://ec.europa.eu/trade/>

European Convention : <http://european-convention.europa.eu/>

Europolitique : <http://europolitics.info/fr>

Global Arbitration Review : <http://globalarbitrationreview.com/>

International investment agreements navigator : <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>

International Law Association : <http://www.ila-hq.org/>

International Law Commission : <http://www.un.org/law/ilc/>

Investment Arbitration Reporter : <http://www.iareporter.com/>

Investment Treaty Arbitration : <http://www.italaw.com>

Investment Treaty News : <http://www.iisd.org/itn/>

Kluwer Arbitration Blog : <http://kluwarbitrationblog.com/>

Mondaq : <http://www.mondaq.com>

OMC / Documents officiels et textes juridiques : http://www.wto.org/french/docs_f/docs_f.htm

Parlement européen : <http://www.europarl.europa.eu/portal/fr>

Practical Law : <http://global.practicallaw.com/>

Transnational Notes: <http://blogs.law.nyu.edu/transnational/>

US Department of State : <http://www.state.gov/>

INDEX

Les chiffres renvoient aux numéros de pages

A

Accords internationaux d'investissement : **194, 196, 213**

Accords mixtes : **53 et suiv., 84, 272 et suiv., 283, 392, 408 et suiv., 423, 459, 465**

Amicus curiae : **143, 160, 180 et suiv., 328 et suiv., 358, 396 et suiv., 401 et suiv.**

Applicabilité : **2, 22, 100, 140 et suiv., 344 et suiv.**

Application : **6, 38, 56, 64, 99, 154 et suiv., 213 et suiv., 255**

Arbitrabilité : **58, 156, 319 et suiv., 344 et suiv.**

Arbitrage commercial international : **300, 302 et suiv., 314 et suiv., 342**

Arbitrage d'investissement : **85, 291 et suiv., 327 et suiv., 344**

C

CEDH :

- convention : **309, 311**
- cour : **400**

Charte des droits fondamentaux : **242, 253, 311, 440**

CIRDI : **234 et suiv., 299, 300 et suiv., 326, 342, 351 et suiv., 362, 401, 420 et suiv., 471 et suiv.**

CJCE/CJUE : **128 et suiv., 145 et suiv., 279,**

316 et suiv., 339 et suiv., 361 et suiv.

Clause d'arbitrage : **86, 335, 343 et suiv., 359, 454, 463**

Clause de cohérence : **258**

Clause de libre transfert : **4, 111, 116, 129 et suiv., 252 et suiv.**

Clause de survie : **100, 143, 149 et suiv., 170, 224, 228, 361**

Cohérence : **27, 59, 61 et suiv., 81, 108, 240 et suiv., 257 et suiv., 436 et suiv., 441 et suiv.**

Comity : **365 et suiv., 376**

Communauté économique européenne : **94 et suiv.**

Compétence : **42 et suiv., 114 et suiv., 192 et suiv.**

Concurrences de juridictions : **58**

Conflits de conventions internationales : **55 et suiv.**

Contrats d'État : **159, 300**

Contingence juridique : **75 et suiv., 191, 483**

Convention de New York : **302, 316, 354, 464, 470, 472**

Convention de Washington : **81, 155, 235, 298 et suiv., 304 et suiv., 326, 342, 352, 355, 421**

D

Demande d'annulation d'une sentence arbitrale : **339, 353, 362, 450, 471 et suiv.**

Demande d'exécution forcée d'une sentence arbitrale : **305, 355, 363, 470**

Droit applicable au fond : **154 et suiv., 180, 343, 346 et suiv., 465 et suiv.**

Droit communautaire : **91, 104 et suiv.**

Droit de la concurrence : **159, 192, 322, 340, 348, 371**

Droit des interactions : **52**

Droit des investissements internationaux : **37 et suiv.**

Droit international privé : **15, 35, 56, 63 et suiv., 70, 174 et suiv., 318**

Droit international public : **15 et suiv., 131**

Droit transnational : **52**

E

Effet direct : **20, 115, 312, 347, 353, 389, 391**

Effet utile : **131, 207, 350**

Espace de liberté, de sécurité et de justice : **307**

État membre : **77**

Européanisation : **34 et suiv.**

Exequatur : **147, 305, 351 et suiv.**

Expropriation : **110, 125, 127, 133, 143, 167, 178, 195, 207, 236, 252 et suiv., 263, 483**

F

Forum non conveniens : **365 et suiv.**

540

Forum shopping : **58, 335 et suiv.**

Fragmentation du droit international : **13 et suiv., 57 et suiv., 167, 177**

I

Indemnisation pécuniaire : **294**

Intégration : **28, 31 et suiv., 43, 48, 52, 78, 83, 105**

Interactions normatives : **67 et suiv.**

Investissement Direct Étranger : **203**

Investissement Indirect Étranger : **204 et suiv.**

Investissement international : **19 et suiv., 32 et suiv.**

Investisseur : **58, 102, 122 et suiv.**

J

Juste et équitable :

Voir standard de traitement

L

Liberté de circulation des capitaux : **98, 105 et suiv., 115 et suiv., 125 et suiv., 249**

Liberté de circulation des marchandises : **1**

Liberté d'établissement : **98, 106, 119, 122, 125, 205**

Liberté d'investissement : **105 et suiv., 159, 196**

Lis alibi pendens : **364 et suiv.**

M

Méthode combinatoire : **65, 174 et suiv., 367 et suiv.**

Méthode comparative : **65, 104 et suiv., 305 et suiv.**

Méthode hiérarchique : **163 et suiv., 358 et suiv.**

Méthodologie juridique : **48 et suiv.**

Mondialisation juridique : **49 et suiv.**

Monopole juridictionnel de la CJUE : **180, 325, 339 et suiv., 345, 357 et suiv.**

Multilatéralisation : **40, 83, 121 et suiv., 194**

O

Ordre juridique : **24 et suiv.**

Ordre public :

- en droit communautaire : **320, 348 et suiv.**
- en droit de l'arbitrage : **349 et suiv.**

P

Pluralisme juridique : **29, 61, 68 et suiv.**

Pluralité juridictionnelle : **333 et suiv., 357 et suiv.**

Pluralité normative : **170, 172**

Politique commerciale commune : **7, 34, 89, 95, 96 et suiv., 114 et suiv., 191 et suiv.**

Politique communautaire : **46, 94 et suiv.**

Politique commune : **45 et suiv.**

Pratique conventionnelle de la Communauté :

- bilatérale : **120, 324**
- multilatérale : **121, 325**

Principe d'autonomie procédurale : **291, 293, 309, 314 et suiv.**

Principe de compétence-compétence : **341 et suiv.**

Principe de confiance mutuelle : **142, 167, 306 et suiv., 337 et suiv., 377**

Principe de non-discrimination : **107, 126, 172, 250, 336**

Principe de primauté du droit communautaire : **22, 61, 132, 146 et suiv., 152, 164 et suiv., 182, 347, 466**

Principe de proportionnalité : **98**

Principe d'équivalence : **309**

Principe de subsidiarité : **98, 322**

Protection diplomatique : **295 et suiv.**

Pyramide : **51**

R

Rebus sic standibus : **131**

Recours en annulation : **309, 349, 412, 450, 467 et suiv., 472**

Recours en carence : **309 et suiv.**

Recours en manquement : **3, 128 et suiv., 148 et suiv., 227 et suiv., 311, 361**

Règlement N°1219/2012 : **212 et suiv.**

Règlement N°912/2014 : **405 et suiv.**

Renvoi préjudiciel : **30, 311 et suiv., 340, 349,**

354, 361 et suiv.

Représentation internationale : **406 et suiv.**

Réseau : **51 et suiv.**

Res judicata : **64**

Responsabilité internationale : **413, 467**

S

Standard de traitement :

- de la nation la plus favorisée : **101, 249**
- juste et équitable : **102, 250**
- National : **102, 248**

Statut procédural : **35, 77, 385, 386 et suiv.**

Superposition normative : **139 et suiv.**

T

Traités Bilatéraux d'Investissement :

- Accords d'Investissement : **2 et suiv., 35, 38 et suiv.**
- TBI extra-communautaires : **99 et suiv.**
- TBI intra-communautaires : **140 et suiv.**

Traités européens :

- d'Amsterdam : **117 et suiv.**
- de Lisbonne : **4 et suiv., 34 et suiv., 200 et suiv., 43 et suiv.**
- de Maastricht : **115 et suiv.**
- de Nice : **117 et suiv., 193, 272**
- de Rome : **21, 93 et suiv., 99, 104, 104, 106, 315 et suiv.**

Traité sur la Charte de l'énergie : **84, 122, 152, 159, 161, 166, 180, 227, 257, 326 et suiv.**

Transfert de compétence : **42 et suiv., 92 et suiv.**

Transfiguration des normes internationales : **36**

Transparence : **54, 102, 118, 167, 182, 434 et suiv., 439 et suiv.**

U

Union européenne : **33 et suiv.**

- Acteur mondial : **33**
- Commission européenne : **21, 98 et suiv., 75 et suiv.**
- Conseil de l'Union européenne : **21, 78**
- Cour de justice : **21, 79**
- Parlement européen : **21, 77**

Unité du droit international : **27 et suiv.**

TABLE DES MATIÈRES

Introduction.....	p.1
Chapitre préliminaire. Droit des investissements internationaux et Union européenne : les relations.....	p.13
Section 1. Les origines de la confrontation.....	p.13
Paragraphe 1. La fragmentation des systèmes juridiques.....	p.14
A. La racine commune aux systèmes juridiques.....	p.14
1. Le droit international comme racine commune.....	p.15
a) La question des origines européennes du droit international.....	p.15
b) Les diverses fonctions du droit international.....	p.17
2. Premières distinctions entre les systèmes à l'étude et le droit international.....	p.18
a) Une différence matérielle pour le droit des investissements internationaux.....	p.19
b) Une différence géographique pour le projet européen institutionnalisé.....	p.20
B. La fragmentation effective du droit international.....	p.23
1. Les moyens de la fragmentation du droit international.....	p.23
a) Le concept d'ordre juridique.....	p.24
b) La portée de la fragmentation.....	p.26
2. Les nouvelles problématiques liées à la fragmentation.....	p.27
a) Perte d'unité de l'ordre juridique international.....	p.28
b) Les remèdes à la perte d'unité.....	p.29
Paragraphe 2. Le rapprochement des systèmes juridiques.....	p.31
A. Rapprochement et évolution des systèmes juridiques.....	p.31
1. Rapprochement de l'Union européenne vis-à-vis du droit des investissements internationaux.....	p.32
a) L'Union européenne comme un acteur mondial.....	p.33
b) La dynamique d'eupéanisation.....	p.34
c) La transformation des normes internationales.....	p.36
2. L'évolution du droit des investissements internationaux face au rapprochement de l'Union européenne.....	p.37
a) Un droit autosuffisant.....	p.38
b) Un droit difficile à réformer.....	p.39

B. Moyens de l'Union européenne pour initier le rapprochement.....	p.41
1. Le transfert de compétence.....	p.42
a) La nécessité d'un transfert de compétence.....	p.42
b) Les effets liés au transfert de compétence.....	p.43
2. Création d'une politique commune.....	p.45
a) La nécessité d'une politique commune d'investissement.....	p.45
b) Les effets liés au lancement d'une politique commune.....	p.46
Section 2. L'analyse de la confrontation.....	p.48
Paragraphe 1. Nécessité d'une nouvelle méthodologie juridique.....	p.48
A. La mondialisation juridique.....	p.49
1. Droit et transition.....	p.50
a) Réalité de la transition « de la pyramide au réseau ».....	p.51
b) L'émergence du droit transnational.....	p.52
c) Modalité mixte de création de la norme internationale.....	p.53
2. Droit et ordre relatif.....	p.55
a) Les conflits de conventions internationales.....	p.57
b) Les concurrences et conflits de juridictions internationales.....	p.57
B. Une méthodologie juridique globalisée.....	p.58
1. Les finalités du nouveau raisonnement.....	p.59
a) Le dialogue des systèmes juridiques.....	p.59
b) Quête de cohérence et de sécurité juridique.....	p.61
2. Description du nouveau raisonnement.....	p.63
a) Les écueils des principes existants.....	p.63
b) Les dynamiques de comparaison et de combinaison.....	p.65
Paragraphe 2. Les outils au service du nouveau raisonnement.....	p.66
A. Les interactions normatives.....	p.67
1. Les postulats des interactions normatives.....	p.68
a) Théorie du pluralisme juridique.....	p.68
b) La théorie des réseaux.....	p.70
2. La typologie des interactions normatives.....	p.71
a) Les multiples possibilités d'interactions normatives.....	p.72
b) La caractérisation des interactions normatives à analyser.....	p.74
B. La contingence juridique.....	p.75
1. Les défis liés aux spécificités de l'Union européenne.....	p.76

a) La question des divergences d'intérêt entre États membres et institutions européennes.....	p.77
b) Les difficultés de formalisation des compétences.....	p.79
c) Les objectifs européens.....	p.80
2. Les défis liés aux spécificités du droit des investissements internationaux.....	p.82
a) Le manque d'interactions avec d'autres disciplines juridiques.....	p.82
b) Les difficultés de multilatéralisation.....	p.83
c) Le caractère hautement spécifique du droit procédural des investissements internationaux.....	p.85
Conclusion du chapitre préliminaire.....	p.87
Partie 1. L'approche européenne du droit matériel des investissements internationaux.....	p.89
Titre 1. Le droit international matériel des investissements communautaires.....	p.91
Chapitre 1. Droit international matériel des investissements extra-communautaires et droit communautaire.....	p.93
Section 1. Développement du droit international matériel des investissements extra-communautaires.....	p.93
Paragraphe 1. Prémices d'un droit des investissements extra-communautaires placées sous l'égide des États membres de la CEE.....	p.94
A. Raisons historiques et remèdes à l'existence d'une compétence étatique en matière d'investissement extra-communautaire.....	p.94
1) Les prémices de la Communauté économique européenne.....	p.94
2) La dynamique d'expansion des compétences externes communautaires.....	p.96
B. Exposé général des traités d'investissement extra-communautaires conclus par les États membres.....	p.99
1) Définition et champ d'application des traités d'investissement extra-communautaires.....	p.99
2) Dispositions relatives au traitement juridique garanti aux investisseurs par les accords extra-communautaires.....	p.101
3) Apparition d'un modèle dit « européen » de TBI extra-communautaire.....	p.103
Paragraphe 2. Étude comparative du droit international matériel des investissements extra-communautaires au regard du droit communautaire.....	p.104
A. Une convergence des droits s'agissant de la phase antérieure à l'investissement.....	p.105
1) Une promotion de la liberté d'investissement commune aux deux <i>corpus</i> normatifs.....	p.105
2) Un encadrement de la liberté d'investissement propre au droit communautaire....	p.108
B. Une divergence des droits s'agissant de la phase postérieure à l'investissement.....	p.109
1) Dispositions des accords d'investissement extra-communautaires accordant une protection en droit matériel.....	p.110

2) Dispositions des accords d'investissement extra-communautaires accordant une protection en droit processuel.....	p.112
Section 2. Prémices de l'élaboration d'une politique commune d'investissement par la Commission européenne.....	p.113
Paragraphe 1. Recherche d'une compétence exclusive en matière d'investissement extra-communautaire par la Commission européenne.....	p.114
A. La révision formelle des traités fondateurs afin d'obtenir une compétence européenne exclusive en matière d'investissement international.....	p.114
1) Traité de Maastricht et effectivité du principe de libre circulation des capitaux...	p.115
2) Les résultats des négociations lors des révisions à Amsterdam puis à Nice.....	p.117
3) Les contributions de la Convention européenne et du projet de Constitution européenne.....	p.118
B. Exercice d'une compétence partagée en matière d'investissements extra-communautaires par la Communauté européenne.....	p.119
1) Pratique conventionnelle internationale bilatérale de la Communauté européenne.....	p.120
2) Pratique conventionnelle internationale multilatérale de la Communauté européenne.....	p.121
Paragraphe 2. La double intervention normative de la Communauté européenne limitée à la constatation d'éventuelles incompatibilités.....	p.123
A. Examen communautaire préventif des TBI extra-communautaires.....	p.124
1) Incompatibilités potentielles entre les TBI extra-communautaires et le droit communautaire.....	p.124
2) Limites du recours à la voie conventionnelle pour la Commission européenne....	p.127
B. Examen des TBI extra-communautaires par la Cour de justice.....	p.128
1) L'avenir des TBI extra-communautaires conclus avant l'adhésion à la Communauté européenne des États membres.....	p.129
2) L'avenir des TBI extra-communautaires conclus après l'adhésion à la Communauté européenne des États membres.....	p.134
Conclusion du chapitre 1.....	p.137
Chapitre 2. Droit international matériel des investissements intra-communautaires et droit communautaire.....	p.139
Section 1. L'émergence d'une superposition normative.....	p.139
Paragraphe 1. L'applicabilité des TBI intra-communautaires.....	p.140
A. Arguments en défaveur de l'applicabilité des TBI intra-communautaires.....	p.141
1) Les États hôtes de l'investissement.....	p.141
2) La Commission européenne.....	p.143
3) La doctrine minoritaire.....	p.144

4) La future décision de la Cour de justice.....	p.145
B. Arguments en faveur de l'applicabilité des TBI intra-communautaires.....	p.147
1) Les investisseurs communautaires et leur État d'origine.....	p.148
2) Les tribunaux arbitraux.....	p.150
3) La doctrine majoritaire.....	p.152
Paragraphe 2. L'application des TBI intra-communautaires.....	p.154
A. La détermination du droit applicable par les arbitres.....	p.154
1) La désignation du droit communautaire.....	p.154
2) L'application du droit communautaire.....	p.156
B. Les incompatibilités potentielles.....	p.158
1) Identification des dispositions « interventionnistes » du droit communautaire.....	p.158
2) Effets de ces dispositions sur les obligations imposées par les TBI aux États membres.....	p.160
Section 2. Les tentatives de résolution de la superposition normative.....	p.162
Paragraphe 1. L'approche hiérarchique.....	p.163
A. Principes d'interprétation de droit communautaire et de droit international.....	p.163
1) Recours au principe hiérarchique de primauté du droit communautaire.....	p.164
2) Recours au principe de l'extinction implicite de l'article 59 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.....	p.166
3) Recours au mécanisme de l'application prioritaire de l'article 30 §3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.....	p.168
B. Résultats de la méthode hiérarchique de résolution.....	p.170
1) L'inadéquation de la méthode hiérarchique à la résolution d'une superposition normative.....	p.171
2) La problématique de la discrimination entre investisseurs communautaires.....	p.172
Paragraphe 2. L'approche combinatoire.....	p.174
A. Les moyens originaux de la méthode combinatoire.....	p.174
1) Usage de la théorie de la présomption d'absence de conflits entre normativités parallèles.....	p.175
2) Usage du principe de l'harmonisation.....	p.177
B. Résultats de l'analyse combinatoire.....	p.179
1) Les possibilités de la méthode.....	p.179
2) Les difficultés de la méthode.....	p.181
Conclusion du chapitre 2.....	p.185
Conclusion du titre 1.....	p.187

Titre 2. L'eupéanisation du droit matériel des investissements extra-européens.....	p.189
Chapitre 1. Les fondements d'une nouvelle politique européenne d'investissement.....	p.191
Section 1. Le premier fondement de la politique européenne d'investissement.....	p.191
Paragraphe 1. Portée de la nouvelle compétence du point de vue interne à l'Union européenne.....	p.192
A. La pluralité d'objectifs liés à l'obtention d'une nouvelle compétence.....	p.193
1) Considérations économiques et politiques.....	p.193
2) Considérations juridiques.....	p.197
B. Nouvelle compétence et position de la Commission européenne.....	p.198
1) Une compétence européenne exclusive.....	p.199
2) Absence de compétence étatique.....	p.200
Paragraphe 2. Nouvelle compétence européenne d'un point de vue externe.....	p.201
A. La question de la complétude de la nouvelle compétence.....	p.202
1) Définition de la notion d'Investissement Direct Étranger.....	p.203
2) L'exclusion de la notion d'investissement de portefeuille.....	p.204
3) Inventaire des diverses interprétations de la nouvelle compétence.....	p.206
B. Les difficultés de formalisation d'une nouvelle compétence européenne.....	p.208
1) La remise en cause de la méthode de construction européenne.....	p.208
2) La conduite de certains États membres vis-à-vis de la proclamation de la nouvelle compétence.....	p.210
Section 2. Le second fondement de la politique européenne d'investissement.....	p.211
Paragraphe 1. Instauration d'un régime transitoire par le règlement N°1219/2012.....	p.212
A. Analyse de la proposition de règlement du 7 juillet 2010.....	p.212
1) Champ d'application et <i>ratio legis</i> de la proposition de règlement.....	p.213
2) Le régime conditionnel d'autorisation de maintien des accords existants.....	p.214
3) L'autorisation de modification et de conclusion des futurs accords bilatéraux d'investissement.....	p.215
B. L'évolution du contenu de la proposition de règlement.....	p.217
1) Amendements prévus par le Parlement européen.....	p.217
2) La position du Conseil de l'Union européenne.....	p.219
3) Contenu de la version finale du règlement (UE) N°1219/2012.....	p.220
Paragraphe 2. Portée et défis du régime transitoire issu du règlement N°1219/2012.....	p.222
A. Nature du régime de transition instauré par le règlement N°1219/2012.....	p.222
1) La coopération vue comme la nature et l'objectif du régime de transition.....	p.223
2) L'établissement d'une structure de coopération.....	p.225

B. La portée limitée du régime transitoire instauré par le règlement N°1219/2012.....	p.226
1) Exclusion des TBI intra-européens.....	p.227
2) Résolution d'un différend entre un État membre et la Commission européenne au sujet de l'application du règlement N°1219/2012.....	p.229
Conclusion du chapitre 1.....	p.231
Chapitre 2. Le futur européen du droit matériel des investissements internationaux.....	p.233
Section 1. Étude théorique des opportunités d'évolution du droit matériel des investissements internationaux.....	p.233
Paragraphe 1. La nécessité d'évolution du droit matériel des investissements internationaux.....	p.234
A. Une nécessaire générale d'évolution.....	p.234
1) Les origines de l'objectif de protection du droit matériel des investissements internationaux.....	p.235
2) La problématique de l'équilibre conventionnel parmi les intérêts des États parties.....	p.237
3) Les critiques visant les modèles existants de TBI.....	p.238
B. Une nécessité spécifique d'évolution.....	p.240
1) Une recherche de cohérence partielle au regard des objectifs de l'action extérieure européenne.....	p.241
2) Une recherche de cohérence globale au regard de l'ensemble des politiques et des valeurs européennes.....	p.242
Paragraphe 2. Détermination <i>de lege ferenda</i> des dispositions matérielles des futurs accords européens d'investissement.....	p.244
A. La clarification des dispositions de droit matériel des investissements internationaux.....	p.245
1) Redéfinition des notions d'investissement et d'investisseur.....	p.246
2) Clarification et délimitation du standard de traitement national.....	p.248
3) Délimitation de la portée du standard de traitement de la nation la plus favorisée.....	p.249
4) Encadrement de la portée du standard de traitement juste et équitable.....	p.250
5) Mise en conformité des clauses de libre transfert avec le droit européen.....	p.252
6) L'exigence d'une indemnité de compensation en cas d'expropriation indirecte.....	p.252
B. Les innovations des dispositions de droit matériel des investissements internationaux.....	p.254
1) Application des standards de traitement 1) en phase antérieure à l'investissement.....	p.255
2) Insertion d'exceptions d'intérêt général à l'application des dispositions de protection.....	p.256
3) Insertion de clauses de cohérence vis-à-vis de l'action externe de l'Union européenne.....	p.257

Section 2. Étude pratique des opportunités d'évolution du droit matériel des investissements internationaux.....	p.259
Paragraphe 1. L'élaboration pragmatique et flexible de la politique européenne d'investissement.....	p.260
A. L'identité des futurs instruments conventionnels.....	p.260
1) Les négociations relatives aux accords de libre-échange.....	p.261
2) L'avenir des négociations de TBI extra-européens.....	p.263
3) L'élaboration éventuelle d'un nouveau modèle européen de TBI.....	p.264
B. Le contenu des futurs instruments conventionnels.....	p.266
1) Un <i>statu quo</i> quant au contenu des dispositions de droit matériel des prochains accords.....	p.266
2) L'innovation concrète du contenu des accords.....	p.269
Paragraphe 2. Un mode de conclusion spécifique et plural des futurs accords européens d'investissement.....	p.271
A. La progressive intégration des instances européennes au sein des procédures de conclusion des divers accords.....	p.271
1) Conclusion selon la modalité mixte d'accords de libre-échange comprenant un volet investissement.....	p.272
2) Mode de conclusion des futurs TBI extra-européens durant et <i>a posteriori</i> de la période de transition.....	p.273
B. Le rôle des instances européennes au sein du processus de conclusion des futurs accords d'investissement.....	p.275
1) Les fonctions d'impulsion et de représentation confiées à la Commission européenne.....	p.275
2) Le rôle de veille active du Parlement européen.....	p.277
3) La question du vote au sein du Conseil de l'Union européenne.....	p.278
4) La possible participation de la Cour de justice.....	p.279
Conclusion du chapitre 2.....	p.283
Conclusion du titre 2.....	p.285
Conclusion de la partie 1.....	p.287
Partie 2. L'approche européenne du droit procédural des investissements internationaux.....	p.289
Titre 1. Le règlement international des différends relatifs aux investissements communautaires.....	p.291
Chapitre 1. Règlement international des différends relatifs aux investissements extra- communautaires et droit communautaire.....	p.293
Section 1. L'arbitrage fondé sur un traité vu comme un mode exceptionnel	

de règlement des différends relatifs aux investissements extra-communautaires.....	p.293
Paragraphe 1. L'avènement progressif de l'arbitrage d'investissement extra-communautaire.....	p.294
A. Le règlement politique des différends opposant les investisseurs aux États hôtes.....	p.295
1) Le principe de la protection diplomatique.....	p.295
2) Les écueils intrinsèques à la protection diplomatique.....	p.297
3) La pertinence contemporaine du recours à la protection diplomatique.....	p.298
B. L'émergence de l'arbitrage d'investissement extra-communautaire fondé sur un traité...	p.300
1) L'obtention de l'arbitrage d'investissement extra-communautaire fondé sur un traité.....	p.300
2) L'arbitrage d'investissement extra-communautaire vis-à-vis de l'arbitrage commercial et de l'arbitrage interétatique.....	p.302
3) Spécificités de l'arbitrage d'investissement fondé sur un traité.....	p.304
Paragraphe 2. Étude comparative de l'arbitrage d'investissement extra-communautaire au regard du système juridictionnel communautaire.....	p.305
A. La conception intériorisée des voies de recours prévues par le droit processuel communautaire.....	p.306
1) Les principes d'intégration et de confiance mutuelle appliqués aux recours juridictionnels prévus par le droit communautaire.....	p.306
2) L'application du standard de traitement national dans le domaine procédural.....	p.308
B. Analyse de l'efficacité des voies de recours européenne.....	p.310
1) L'accessibilité aux voies de recours du système juridictionnel communautaire....	p.310
2) Les possibles résultats des voies de recours du système juridictionnel communautaire.....	p.312
Section 2. L'évolution des liens entre le recours à la voie arbitrale et le système juridique communautaire.....	p.313
Paragraphe 1. Recours à l'arbitrage et système juridique communautaire.....	p.314
A. Rejet de l'arbitrage par le système juridique communautaire.....	p.315
1) L'arbitrage et le contenu du Traité de Rome.....	p.316
2) Mise à l'écart de l'arbitrage par les institutions.....	p.317
B. L'ouverture du système juridique communautaire au recours à la voie arbitrale privée.....	p.319
1) L'arbitrabilité croissante du droit communautaire.....	p.320
2) La nature de l'arbitrage prévu par le droit communautaire.....	p.321
Paragraphe 2. Recours à l'arbitrage et relations extérieures de l'Union européenne.....	p.323
A. Le cadre général de la pratique conventionnelle internationale de la Communauté.....	p.324
1) Arbitrage et pratique conventionnelle internationale bilatérale.....	p.324

2) Arbitrage et pratique conventionnelle internationale multilatérale.....	p.325
B. Le cadre spécifique de la future politique d'investissement.....	p.327
1) Considération de l'arbitrage d'investissement intra-communautaire par la Commission européenne.....	p.328
2) Considération de l'arbitrage d'investissement extra-communautaire par la Commission européenne.....	p.329
Conclusion du chapitre 1.....	p.331
Chapitre 2. Règlement international des différends relatifs aux investissements intra- communautaires et droit communautaire.....	p.333
Section 1. Émergence d'une pluralité juridictionnelle.....	p.333
Paragraphe 1. Identité du juge du règlement des litiges relatifs aux investissements intra-communautaires.....	p.334
A. Arguments en défaveur de la compétence des tribunaux arbitraux.....	p.335
1) Une source de discrimination et de <i>forum shopping</i>	p.335
2) Une atteinte aux principes de confiance mutuelle et d'application uniforme du droit communautaire.....	p.337
3) Une atteinte au monopole juridictionnel de la Cour de justice.....	p.339
B. Position des tribunaux arbitraux intra-communautaires quant à la question de leur compétence.....	p.340
1) Appréciation de la compétence et principe de compétence-compétence.....	p.341
2) Existence des clauses d'arbitrage à la suite de l'adhésion des États à l'Union européenne.....	p.342
3) Validité des clauses d'arbitrage au regard du droit communautaire.....	p.344
Paragraphe 2. Les tensions provenant de la compétence des tribunaux arbitraux intra- communautaires.....	p.346
A. Les frictions survenant lors de l'application du droit communautaire par les tribunaux arbitraux.....	p.347
1) Le devoir des tribunaux arbitraux d'appliquer le droit communautaire.....	p.347
2) Les conceptions distinctes de la notion d'ordre public.....	p.349
B. Les frictions survenant lors du contrôle des sentences arbitrales par les juridictions nationales.....	p.351
1) La portée du contrôle du juge national de l'annulation sur le sort des sentences arbitrales.....	p.352
2) La portée du contrôle du juge national de l' <i>exequatur</i> sur les sentences arbitrales.....	p.354
Section 2. Résolution de la pluralité juridictionnelle.....	p.357
Paragraphe 1. Résolution de la pluralité juridictionnelle selon une méthode hiérarchique.....	p.358

A. Aptitude du droit communautaire à écarter la compétence des tribunaux arbitraux.....	p.358
1) L'application de l'article 292 TCE et de la jurisprudence <i>Mox</i>	p.359
2) Les effets d'une future décision de la Cour de justice quant au sort de l'arbitrage fondé sur les TBI intra-communautaires.....	p.361
B. L'insuffisance du recours aux principes de droit processuel pour écarter la compétence des tribunaux arbitraux.....	p.363
1) L'usage des principes communs aux divers droits internationaux privés.....	p.364
2) Le recours aux principes appartenant aux droits du système de <i>common law</i>	p.365
Paragraphe 2. Résolution de la pluralité juridictionnelle selon une méthode combinatoire....	p.367
A. Les moyens de l'instauration d'une coopération interjuridictionnelle.....	p.368
1) La question du renversement de la jurisprudence <i>Nordsee</i>	p.368
2) Les possibilités d'aménagement permettant l'intégration des arbitres au système judiciaire communautaire.....	p.371
B. Les problématiques restant un défi pour la méthode combinatoire.....	p.373
1) Prise en compte du problème de la discrimination parmi les investisseurs communautaires.....	p.374
2) La légitimité de l'arbitrage fondé sur un TBI intra-communautaire.....	p.375
Conclusion du chapitre 2.....	p.379
Conclusion du titre 1.....	p.381
Titre 2. L'eupéanisation de l'arbitrage d'investissement extra-européen.....	p.383
Chapitre 1. Le volet procédural de la politique commune d'investissement.....	p.385
Section 1. Participation de l'Union européenne à l'arbitrage fondé sur les TBI extra-européens conclus par les États membres.....	p.386
Paragraphe 1. Effets de la nouvelle compétence sur la participation de l'Union européenne à l'arbitrage.....	p.386
A. Effets de la nouvelle compétence sur la qualité de partie défenderesse des États membres.....	p.387
1) Volonté de modification du statut procédural existant des États membres.....	p.387
2) Conservation de la qualité de partie défenderesse des États membres.....	p.389
B. Effets de la nouvelle compétence sur la participation des parties défenderesses étatiques aux instances arbitrales.....	p.390
1) Possibilité d'une représentation européenne de la partie défenderesse étatique....	p.391
2) Possibilité de création d'un devoir de coopération imposé à la partie défenderesse étatique auto-représentée.....	p.392
Paragraphe 2. Effets du Règlement N°1219/2012 sur la participation de l'Union européenne	

à la résolution arbitrale des différends.....	p.394
A. La participation officielle limitée de l'Union européenne à l'arbitrage fondé sur les TBI en vigueur.....	p.394
1) Absence d'effets du Règlement sur la qualité de partie défenderesse et la représentation des États membres défendeurs.....	p.395
2) Les conséquences procédurales pour l'Union européenne membres.....	p.396
B. La participation officieuse facilitée de l'Union européenne à l'arbitrage fondé sur les TBI en vigueur.....	p.398
1) Exigences de la Commission européenne auprès d'un État membre partie défenderesse.....	p.398
2) Exigences de la Commission européenne auprès d'un État membre partie demanderesse.....	p.400
3) Précisions de la participation des <i>amici curiae</i> aux instances arbitrales.....	p.401
Section 2. Participation de l'Union européenne à l'arbitrage fondé sur les accords européens d'investissement.....	p.404
Paragraphe 1. Une double responsabilité répartie par le règlement N°912/2014.....	p.405
A. Attribution de la responsabilité au plan international via la désignation de l'entité agissant comme partie défenderesse.....	p.406
1) <i>Ratio legis</i> du Règlement N°912/2014.....	p.407
2) Clé de répartition de la responsabilité au plan international.....	p.409
3) L'exclusion des États membres de la participation aux instances arbitrales.....	p.410
B. Répartition finale de la responsabilité.....	p.413
1) <i>Ratio legis</i> du règlement N°912/2014 à propos de la désignation de l'entité débitrice.....	p.414
2) Détermination de la responsabilité dite financière en fonction de l'origine du traitement litigieux.....	p.416
3) Répartition de la responsabilité financière et accomplissement de la mission des tribunaux arbitraux.....	p.417
Paragraphe 2. La procédure arbitrale à laquelle l'Union européenne peut participer.....	p.419
A. Participation à l'arbitrage CIRDI.....	p.420
1) L'impossible participation à l'arbitrage CIRDI et à son mécanisme additionnel..	p.421
2) La portée des initiatives tentant de remédier à cette impossibilité.....	p.423
B. Participation à l'arbitrage hors CIRDI.....	p.424
1) Possibilités de participation à l'arbitrage institutionnel.....	p.425
2) Participation à l'arbitrage CNUDCI.....	p.426
Conclusion du chapitre 1.....	p.429
Chapitre 2. Le futur européen du droit procédural des investissements internationaux.....	p.431

Section 1. Étude théorique des opportunités d'évolution du droit procédural des investissements internationaux.....	p.431
Paragraphe 1. La nécessité d'évolution du droit procédural des investissements internationaux.....	p.432
A. Une nécessité générale d'évolution.....	p.433
1) Arbitrage d'investissement et transparence.....	p.434
2) La problématique de la cohérence et de la prévisibilité.....	p.436
3) Les critiques relatives au recours à l'arbitrage d'investissement.....	p.437
B. Une nécessité spécifique d'évolution.....	p.439
1) La nécessité régionale de transparence procédurale.....	p.439
2) La nécessité régionale de cohérence et de prévisibilité.....	p.441
Paragraphe 2. Contenu <i>de lege ferenda</i> des clauses de règlement des différends des accords européens d'investissement.....	p.443
A. Arbitrage d'investissement extra-européen et vecteurs de transparence.....	p.443
1) Transparence et déroulement des procédures arbitrales mixtes.....	p.444
2) Transparence et résultat des procédures arbitrales mixtes.....	p.445
B. Arbitrage d'investissement extra-européen et outils de cohérence et de prévisibilité.....	p.447
1) Cohérence et prévisibilité <i>a priori</i> du prononcé des sentences arbitrales.....	p.447
2) Cohérence et prévisibilité <i>a posteriori</i> du prononcé des sentences arbitrales.....	p.450
Section 2. Étude pratique des opportunités d'évolution du droit procédural des investissements internationaux.....	p.451
Paragraphe 1. Le pragmatisme de l'Union européenne quant à l'avenir de l'arbitrage d'investissement.....	p.452
A. L'improbable mise à l'écart de l'arbitrage d'investissement par l'Union européenne.....	p.453
1) Les négociations relatives aux nouveaux accords européens d'investissement.....	p.454
2) Les écueils liés aux autres modes de résolution des différends.....	p.455
B. L'évolution de l'arbitrage d'investissement.....	p.457
1) Les innovations envisagées.....	p.457
2) Les innovations possibles.....	p.459
Paragraphe 2. La participation de l'Union européenne à l'arbitrage d'investissement.....	p.461
A. Les adaptations quant aux procédures arbitrales mixtes.....	p.462
1) Adaptations <i>a priori</i> du fonctionnement des tribunaux arbitraux.....	p.462
2) Adaptations durant l'accomplissement de la mission des tribunaux arbitraux.....	p.465
B. Les adaptations quant au résultat des procédures arbitrales mixtes.....	p.466

1) Le paiement des indemnités et des coûts procéduraux.....	p.467
2) L'exécution forcée d'une sentence arbitrale rendue à l'encontre de l'Union européenne.....	p.470
3) L'annulation voire l'appel d'une future sentence arbitrale.....	p.471
Conclusion du chapitre 2.....	p.475
Conclusion du titre 2.....	p.477
Conclusion de la partie 2.....	p.479
Conclusion générale.....	p.481
Bibliographie.....	p.485
Index.....	p.539
Tables des matières.....	p.543

Résumé

Abstract

Mots Clés

Keywords