

Études et réflexions 2018 numéro 12

## L'UE et l'arbitrage d'investissement – une nouvelle relation à la lumière de l'arrêt « Achmea » C-284/16 de la CJUE du 6 mars 2018

---

Felix SCHUBERT\*

Citer cet article : Felix SCHUBERT, L'UE et l'arbitrage d'investissement – une nouvelle relation à la lumière de l'arrêt « Achmea » C-284/16 de la CJUE du 6 mars 2018, Revue générale du droit ([www.revuegeneraledudroit.eu](http://www.revuegeneraledudroit.eu)), Études et réflexions 2018, numéro 12.

---

\* Doctorant en droit public comparé, en cotutelle à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2) et à l'Université de la Sarre en Allemagne ; collaborateur scientifique à la chaire de droit public français à l'Université de la Sarre ; stagiaire judiciaire « *Rechtsreferendar* » au tribunal régional supérieur de la Sarre en Allemagne ; « *Diplomjurist* ».

La Cour de justice de l'Union européenne a répondu dans son arrêt C-284/16 du 6 mars 2018<sup>1</sup> à une demande de décision préjudicielle introduite par la Cour fédérale de justice allemande (*Bundesgerichtshof*) issue d'une affaire opposant la République slovaque à Achmea BV, une entreprise appartenant à un groupe d'assurances néerlandais.

---

<sup>1</sup> Wernicke, Stephan: Autonomie und Häresie – Investitionsschiedsgerichte in der Rechtsunion, *Neue juristische Wochenschrift* 2018 p.1644-1647 ; Müller, Matthias: Unzulässige Schiedsklausel in bilateralem Investitionsschutzabkommen zwischen EU-Staaten, *Recht der internationalen Wirtschaft* 2018 n° 04 p.204-206 ; Klages, Roland: Autonomie sticht Schiedsklausel, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2018 p.217-218 ; Lentner, Gabriel M.: Investitionsschiedsgericht als "Gericht eines Mitgliedstaats"?, *Ecolex* 2018 p.381-384 ; Nacimiento, Patricia ; Bauer, Sascha: Das Achmea-Urteil des EuGH – und nun?, *Betriebs-Berater* 2018 p.1347-1349 ; Miller, Robin Dominik: Autonomie des Unionsrechts versus Schiedsgerichtsbarkeit, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2018 p.357-363 ; Classen, Claus Dieter: Autonomie des Unionsrechts als Festungsring? – Anmerkung zum Urteil des EuGH (GK) v. 6.3.2018, Rs. C-284/16 (Slowakische Republik / Achmea BV), *Europarecht* 2018 p.361-370 ; Scholtka, Boris: Investitionsschutzrecht: Schiedsklausel in unionsinternem Investitionsschutzabkommen, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2018 p.243-244 ; Lübke, Julia: Unionsrechtliche Grenzen von Investitionsschiedsklauseln - Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 6.3.2018 - Rs. C-284/16 - Slowakische Republik / Achmea BV, *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union - GPR* 2018 p.149-153 ; Gundel, Jörg: Unwirksame Schiedsklausel in unionsinternem Investitionsschutzabkommen, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2018 p.727-728 ; Gundel, Jörg: Investitionsschutz-Schiedsgerichtsbarkeit und Unionsrecht nach dem Achmea-Urteil des EuGH, *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht - EWS* 2018 n°03 p.124-131 ; Kläger, Roland: Schiedsklausel in unionsinternem Investitionsschutzabkommen unzulässig, *Zeitschrift für Schiedsverfahren* 2018 p. 186-193 ; Nourissat, Cyril: La clause d'arbitrage contenue dans un traité bilatéral d'investissement n'est pas compatible avec le droit de l'Union européenne, *Procédures* 2018 n° 5 p.18 ; Lahouazi, Mehdi: Arrêt "Slowakische Republik c. Achmea BV" L'arrêt "Achmea" ou les dissonances entre l'arbitrage d'investissement et le droit de l'Union européenne, *Revue du droit de l'Union européenne* 2018 n° 2 p.217-224 ; Simon, Denys: L'arbitrage en matière d'investissement remis en cause par la Cour de justice?, *Europe* 2018 mai n° 5 p.5-9.

Dans cette affaire, Achmea a obtenu, suite à l'ouverture en 2004 du marché slovaque aux opérateurs nationaux et aux opérateurs d'autres Etats offrant des prestations d'assurance maladie privée, l'agrément comme organisme d'assurance maladie et a établi une filiale en Slovaquie à laquelle elle a apporté des capitaux.

Par une loi du 25 octobre 2007, jugée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle de la République slovaque<sup>2</sup> et abrogée par une loi du 1<sup>er</sup> août 2011, la République slovaque a interdit la distribution des bénéfices produits par les activités d'assurances maladie privée.

Achmea, estimant que l'interdiction de distribution des bénéfices lui avait causé un préjudice, a intenté en octobre 2008 une procédure arbitrale contre la République slovaque. Achmea s'appuie pour ceci sur un traité bilatéral d'investissement (TBI) conclu en 1991 entre la République fédérale tchécoslovaque et le Royaume des Pays-Bas<sup>3</sup>. Ce TBI est toujours applicable entre la République slovaque, ayant succédé à la République fédérale tchécoslovaque le 1<sup>er</sup> janvier 1993, et le Royaume des Pays-Bas. La Cour fédérale de justice allemande a dénommée cette sorte de TBI applicable entre des Etats membres de l'Union Européenne « *TBI interne à l'Union* »<sup>4</sup> dans sa demande de décision préjudicielle<sup>5</sup>.

A l'article 4 du TBI la République slovaque garantissait aux investisseurs de l'autre partie – le Royaume des Pays-Bas – le libre transfert des paiements relatifs à un investissement, notamment des bénéfices, des intérêts et des dividendes. Achmea a estimé la loi slovaque du 25 octobre 2007 contraire à ces dispositions.

La compétence du tribunal arbitral découlait de l'art. 8 paragraphe 2 du TBI prévoyant que chacune des parties contractantes consent à la

---

<sup>2</sup> Arrêt du 26 janvier 2011 de l'*Ústavný súd Slovenskej republiky*.

<sup>3</sup> L'accord sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et la République fédérale tchèque et slovaque, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1992.

<sup>4</sup> « *Unionsinterner BIT* », Arrêté de la Cour fédérale de justice allemande du 3 mars 2016, I ZB 2/15, ECLI:DE:BGH:2016:030316BIZB2.15.0., p. 1.

<sup>5</sup> Arrêté de la Cour fédérale de justice allemande du 3 mars 2016, I ZB 2/15, ECLI:DE:BGH:2016:030316BIZB2.15.0.

soumission à un tribunal arbitral de tout différend entre l'une des parties contractantes et un investisseur de l'autre partie contractante relatif à un investissement de ce dernier, dès lors que le différend n'est pas réglé à l'amiable dans un délai de six mois.

Francfort-sur-le-Main en Allemagne a été choisi comme lieu d'arbitrage.

Au cours de la procédure arbitrale, la République slovaque oppose l'exception d'incompétence du tribunal arbitral découlant d'une incompatibilité du recours à un tribunal arbitral avec le droit de l'Union. Cette exception a été écartée par sentence arbitrale avant dire droit du 26 octobre 2010 ; des demandes en annulation devant des juridictions allemandes sont demeurées infructueuses.

Le tribunal arbitral a condamné la République slovaque par une sentence du 7 décembre 2012 à payer à Achmea des dommages-intérêts. La République slovaque sans abandonner la cause a introduit un recours en annulation de cette sentence devant le tribunal régional supérieur de Francfort-sur-le-Main (*Oberlandesgericht Frankfurt am Main*) et, après rejet, un pourvoi contre le rejet devant la Cour fédérale de justice allemande.

Sans pour autant partager l'opinion de la République slovaque sur l'incompatibilité de la convention d'arbitrage avec le droit de l'Union, la Cour fédérale de justice renvoie à la Cour de Justice de l'Union européenne.

Lors des procédures arbitrales, les Etats défendeurs ont tendance à préférer une soumission du litige à un juge étatique, espérant un traitement plus favorable que celui d'un arbitre<sup>6</sup>. L'exception d'incompétence utilisée par la République slovaque est un moyen classique dans l'arsenal utilisé par les Etats voulant se soustraire à leurs engagements. Toutefois, dans cette affaire, l'exception d'incompétence est couronnée dans la dernière instance d'un succès inattendu. Contrairement aux conclusions de la Cour fédérale de justice et de l'Avocat Général Wathelet, la Cour retient la nullité de la convention

---

<sup>6</sup> Greenberg S., « ICC Arbitration & Public Contracts: the ICC Court's experience of arbitrations involving states and state entities », *in* : Mathias Audit (dir.), *Contrats publics et arbitrage international*, 2011, Bruylant, p. 20.

d'arbitrage, basée sur les articles 19 paragraphe 1, alinéa 2 TUE, 267 et 344 TFUE<sup>7</sup>.

Pour regrettable que la décision puisse paraître aux amateurs de l'arbitrage, la décision de la Cour se défend sur le fond de l'histoire de l'arbitrage d'investissement et se présente comme la conséquence d'un nouveau pas dans l'intégration européenne, **(I)**. Comme la solution élaborée par la Cour ne se limite pas au litige de l'espèce, mais est applicable à tous les cas similaires, la portée de cette décision ne doit pas être sous-estimée. Une grande partie des litiges régis jusqu'alors par des TBI conclus entre les Etats membres doit ainsi se soumettre à un nouveau régime. Et l'arbitre doit trouver sa position dans ce nouvel ordre **(II)**.

## **I. La relation entre l'UE et l'arbitrage**

Il semble que le grand public se méfie en général de l'arbitrage comme mode de résolution des différends<sup>8</sup>. L'UE par contre n'adopte pas une telle position défavorable envers l'arbitrage en général **(A)**. Pourtant, les particularités de l'arbitrage d'investissement justifient une approche spécifique aux TBI internes à l'Union **(B)**.

### **A. La neutralité de l'UE envers les conventions d'arbitrage en général**

Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne du 1<sup>er</sup> janvier 2009 – ayant opéré un transfert de compétence pour la conclusion des traités sur les investissements étrangers directs des Etats membres envers l'UE – elle construit un réseau de TBI avec des Etats tiers. Ainsi, l'UE devient

---

<sup>7</sup> Point 60 de l'arrêt commenté.

<sup>8</sup> La première chaîne allemande (ARD) a ainsi résumé la perception de l'arbitrage public dans une diffusion du 4 juin 2015: « *Des tribunaux arbitraux internationaux - ils équivalent pour beaucoup de gens au mal ultime : tribunaux secrets, tribunaux obscurs, une véritable justice parallèle* » : <https://daserste.ndr.de/panorama/archiv/2015/TTIP-und-Schiedsgerichte-scheinheilige-Kritik-aus-Deutschland-,schiedsgerichte106.html>.

elle-même partie aux TBI permettant l'arbitrage d'investissement (1). De plus, l'arbitrage commercial – un arbitrage traditionnellement sans partie étatique – profite d'une large acceptation par la Cour de justice (2).

### 1. La construction par l'UE d'un réseau de TBI avec des Etats tiers

Entre 2010 et 2014, l'UE et Singapour ont négocié un accord de libre-échange (EUSFTA<sup>9</sup>)<sup>10</sup> dont un chapitre entier est consacré à la protection de l'investissement, l'arbitrage investisseur-Etat inclus<sup>11</sup>. Cet accord nécessite encore, tout comme l'accord de libre-échange négocié avec le Japon depuis 2013 (JEFTA<sup>12</sup>), l'accord du Conseil et du Parlement Européen. De plus, la CJUE a précisé que ces accords doivent également être ratifiés par les parlements nationaux, et dans certains cas même par des parlements régionaux des Etats membres :<sup>13</sup>

*« L'accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République de Singapour relève de la compétence exclusive de l'Union, à l'exception des dispositions suivantes, qui relèvent d'une compétence partagée entre l'Union et les États membres :*

- les dispositions de la section A (Protection des investissements) du chapitre 9 (Investissements) de cet accord, pour autant que celles-ci se rapportent aux investissements entre l'Union et la République de Singapour autres que directs ;*
- les dispositions de la section B (Règlement des différends entre investisseurs et États) de ce chapitre 9, et*
- les dispositions des chapitres 1<sup>er</sup> (Objectifs et définitions générales), 14 (Transparence), 15 (Règlement des différends entre les parties), 16 (Mécanisme de médiation) et 17 (Dispositions institutionnelles, générales et finales) dudit accord, pour autant que celles-ci se rapportent aux dispositions dudit chapitre 9 et dans la mesure*

---

<sup>9</sup> EU-Singapore free trade agreement.

<sup>10</sup> Communiqué de presse de la Commission Européenne, Conclusion des négociations sur les investissements entre l'UE et Singapour, 17 octobre 2014 ([http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-1172\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1172_fr.htm)).

<sup>11</sup> Chapitre 3, Section 4 du ALE.

<sup>12</sup> Japan EU free trade agreement.

<sup>13</sup> Avis 2/15 de la CJUE, assemblée plénière, du 16 mai 2017.

*où ces dernières relèvent d'une compétence partagée entre l'Union et les États membres*<sup>14</sup> ».

Depuis 2013, l'UE, plus précisément la direction générale commerce (DG commerce), a mené des négociations avec les Etats-Unis pour la conclusion du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) dont un but est l'instauration d'un nouveau mécanisme d'arbitrage d'investissement<sup>15</sup>. L'UE cherchait à instaurer un mécanisme moderne, capable de garantir une résolution efficace des litiges entre investisseur et Etat dans le respect de la transparence et de l'indépendance des arbitres,<sup>16</sup> sans perdre pour autant les avantages du système existant. Dans un document contenant des directives pour les négociations du TTIP, l'UE a demandé à ses négociateurs l'installation d'un réseau de tribunaux arbitraux qui équivaut dans sa diversité à celui qui a été mis en place par les TBI des Etats membres<sup>17</sup>. Pourtant, depuis janvier 2017, les négociations sont interrompues<sup>18</sup> en raison d'un changement politique du côté des Etats-Unis suite à l'entrée en fonctions du nouveau Président, Donald Trump,

---

<sup>14</sup> Point 305 de l'avis 2/15 précité.

<sup>15</sup> Document 11103/13 DCL 1 „*Leitlinien für die Verhandlungen über die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika*“, du 17 juin 2013, adopté par le Conseil le 14 juin 2013, déclassifié et publié à la demande expresse de l'Allemagne le 9 octobre 2014, p. 9.

<sup>16</sup> Document 11103/13 DCL 1 „*Leitlinien für die Verhandlungen über die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika*“, du 17 juin 2013, adopté par le Conseil le 14 juin 2013, déclassifié et publié à la demande expresse de l'Allemagne le 9 octobre 2014, p. 9.

<sup>17</sup> Document 11103/13 DCL 1 „*Leitlinien für die Verhandlungen über die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika*“, du 17 juin 2013, adopté par le Conseil le 14 juin 2013, déclassifié et publié à la demande expresse de l'Allemagne le 9 octobre 2014, p. 9.

<sup>18</sup> Information du ministère fédéral de l'économie allemand sur le stand des négociations : (<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Dossier/ttip.html>), site web accédé le 04 mai 2018.

et sa position sceptique par rapport aux traités internationaux de commerce<sup>19</sup>.

Plus fructueuses ont été les négociations entre l'UE et le Canada pour la conclusion de l'Accord économique commercial et global (CETA), entré en vigueur à titre provisoire depuis le 21 septembre 2017. L'avis précité de la CJUE relatif à l'accord de libre-échange entre l'UE et Singapour<sup>20</sup> est également applicable au CETA, de sorte que les parlements nationaux, et éventuellement régionaux, doivent le valider.

L'UE se sert ainsi des conventions d'arbitrage dans des traités qu'elle conclut elle-même avec des Etats tiers. Cependant, l'arbitrage en matière de protection des investissements, prévu par les TBI auxquels l'UE est partie, n'est pas le seul type d'arbitrage faisant l'objet d'un soutien de l'UE. L'arbitrage commercial profite également d'une large acceptation par la CJUE.

## **2. L'acceptation de l'arbitrage commercial partiellement hors contrôle de la Cour**

Dans des arrêts antérieurs, la Cour avait déjà examiné la compatibilité de l'arbitrage commercial avec le droit de l'Union<sup>21</sup>. Se posait plus précisément la question de la compatibilité de l'impossibilité de poser à la Cour une question à titre préjudiciel dans le cadre d'une procédure arbitrale avec le besoin d'une interprétation uniforme du droit de l'Union si l'arbitre applique et interprète ce droit.

L'une des raisons du recours à l'arbitrage est une vitesse plus élevée des procédures. Les parties espèrent obtenir une solution définitive rapide au lieu d'entreprendre une odyssée juridictionnelle. La Cour étant sensible à ce besoin a jugé qu'un contrôle limité des sentences arbitrales exercé par

---

<sup>19</sup> Handelsblatt, EU legt TTIP auf Eis, 12 novembre 2016 (<http://www.handelsblatt.com/politik/international/handelskommissarin-eu-legt-ttip-auf-eis/14834592.html>).

<sup>20</sup> Avis 2/15 de la CJUE, assemblée plénière, du 16 mai 2017.

<sup>21</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> juin 1999, n° C-126/97, Eco-Swiss, EU:C:1999:296 ; CJCE, 26 octobre 2006, n° C-168/05, Mostaza Claro, EU :C :2006 :675.



les juridictions des Etats membres est justifié par le besoin d'efficacité de la procédure arbitrale :<sup>22</sup>

*« Il convient ensuite d'observer que les exigences tenant à l'efficacité de la procédure arbitrale justifient que le contrôle des sentences arbitrales revête un caractère limité et que l'annulation d'une sentence ne puisse être obtenue, ou la reconnaissance refusée, que dans des cas exceptionnels<sup>23</sup>».*

Ce contrôle limité dessiné par la Cour permet de préserver les dispositions fondamentales du droit de l'Union<sup>24</sup> et le mécanisme du renvoi préjudiciel devant la Cour<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> juin 1999, n° C-126/97, Eco-Swiss, EU:C:1999:296, points 35; CJCE, 26 octobre 2006, n° C-168/05, Mostaza Claro, EU :C :2006 :675, points 34 à 39.

<sup>23</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> juin 1999, n° C-126/97, Eco-Swiss, point 35.

<sup>24</sup> CJCE, 26 octobre 2006, n° C-168/05, Mostaza Claro, EU :C :2006 :675, points 38 et 40. *« La nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive [93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993] assure aux consommateurs justifient, en outre, que le juge national soit tenu d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle et, ce faisant, de suppléer au déséquilibre qui existe entre le consommateur et le professionnel. (...) Par ces motifs, la Cour (première chambre) dit pour droit: La directive (...) concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle implique qu'une juridiction nationale saisie d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale apprécie la nullité de la convention d'arbitrage et annule cette sentence au motif que ladite convention contient une clause abusive, alors même que le consommateur a invoqué cette nullité non pas dans le cadre de la procédure arbitrale, mais uniquement dans celui du recours en annulation. ».*

<sup>25</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> juin 1999, n° C-126/97, Eco-Swiss, point 40 : *« Enfin, il importe de rappeler que, (...) les arbitres, à la différence d'une juridiction nationale, ne sont pas en mesure de demander à la Cour de statuer à titre préjudiciel sur des questions tenant à l'interprétation du droit communautaire. Or, il existe pour l'ordre juridique communautaire un intérêt manifeste à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, toute disposition de droit communautaire reçoive une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elle a été appelée à s'appliquer (arrêt du 25 juin 1992, Federconsorzi, C-88/91, Rec. p. I-4035, point 7). Il s'ensuit que, dans la situation qui fait l'objet de la présente affaire (...), le droit communautaire exige que des questions tenant à l'interprétation de l'interdiction édictée à l'article 85, paragraphe 1, du traité puissent être examinées par les juridictions nationales appelées à se prononcer sur la validité d'une sentence arbitrale et puissent faire l'objet, le cas échéant, d'un renvoi préjudiciel devant la Cour. »*

V. aussi CJCE, 26 octobre 2006, n° C-168/05, Mostaza Claro, EU :C :2006 :675, points 34 à 39.

La Cour accepte ainsi que l'arbitrage commercial se situe partiellement en dehors du système juridictionnel étatique soumis à la Cour.

Pourtant, la Cour souligne que l'arbitrage commercial se distingue considérablement de l'arbitrage d'investissement<sup>26</sup>. Pour cette raison, la solution adoptée pour le premier type d'arbitrage n'est pas transposable au second. La différence se situe selon la Cour dans l'origine de la soumission à l'arbitrage. Tandis que l'arbitrage commercial trouve la sienne dans l'autonomie de la volonté des parties individuelles, pour l'arbitrage d'investissement, ce sont les Etats membres qui consentent à ouvrir la compétence de l'arbitre<sup>27</sup>.

Même si l'UE fait elle-même usage des TBI et bien que les conventions d'arbitrage en matière commerciale soient acceptées par la CJUE au sein de l'UE, une approche différente quant aux TBI internes se justifie.

## **B. L'incompatibilité des liens entre les Etats membres de l'UE avec les caractéristiques des conventions d'arbitrage d'investissement**

Il y a longtemps que l'UE a dépassé le cadre d'une simple communauté d'intérêts économiques. Elle se présente désormais comme une communauté de valeurs et de confiance mutuelle (2) qui se heurte aux raisons ayant conduit les Etats à signer des TBI (1).

### **1. Un TBI - une convention d'arbitrage conclue entre Etats à la recherche de la sécurité pour leurs investisseurs/ une expression de méfiance entre les Etats signataires**

Suite à la révolution russe de 1917, l'URSS expropriait tant les entreprises nationales qu'étrangers<sup>28</sup>. En 1938, le Mexique nationalisait des intérêts

---

<sup>26</sup> Point 55 de l'arrêt commenté.

<sup>27</sup> Point 55 de l'arrêt commenté.

<sup>28</sup> Dolzer R., Scheuer C., Principles of international investment law, 2012, Oxford University Press, p. 2.

américains dans les domaines de l'agriculture et du pétrole<sup>29</sup>. Après la Seconde guerre mondiale a émergé une série de conflits entre des pays en voie de développement d'un côté et les pays exportant de capitaux de l'autre côté, basés sur un appel à la décolonisation économique<sup>30</sup>.

Suite à ces développements, l'Allemagne cherchait dans les années 50 à protéger les investissements directs des entreprises allemandes créées conformément au droit de l'Etat d'accueil<sup>31</sup>. L'avantage qu'offre un TBI pour ce dernier est le flux renforcé de nouveaux capitaux soutenant l'économie nationale. Ainsi, en 1959, le premier TBI a été conclu entre l'Allemagne et le Pakistan et est entré en vigueur en 1962<sup>32</sup>. La Suisse suivait l'exemple allemand en 1961<sup>33</sup>, la France en 1972<sup>34</sup> et d'autres pays peu après<sup>35</sup>.

Un TBI s'applique aux deux parties, de sorte que les ressortissants de chaque Etat signataire jouissent des droits garantis par l'autre Etat signataire. Pourtant, on peut dire que le but d'un TBI était surtout le rétablissement de la confiance des investisseurs envers le pays en voie de développement grâce à la garantie de certains droits. Revers de la médaille, la raison pour la conclusion d'un TBI était justement l'absence de cette confiance. Les Etats signataires ont conclu les TBI en raison de la méfiance régnant entre eux.

Toutefois, la méfiance entre les Etats membres est un concept qui se coordonne mal selon la CJUE avec les principes de l'UE.

---

<sup>29</sup> Dolzer R., Scheuer C., *Principles of international investment law*, 2012, Oxford University Press, p. 2.

<sup>30</sup> Dolzer R., Scheuer C., *Principles of international investment law*, 2012, Oxford University Press, p. 4.

<sup>31</sup> Dolzer R., Scheuer C., *Principles of international investment law*, 2012, Oxford University Press, p. 6.

<sup>32</sup> Dolzer R., Scheuer C., *Principles of international investment law*, 2012, Oxford University Press, p. 6.

<sup>33</sup> *Traité entre la Suisse et la Tunisie du 2 décembre 1961.*

<sup>34</sup> *Traité entre la France et la Tunisie du 30 juin 1972.*

<sup>35</sup> Dolzer R., Scheuer C., *Principles of international investment law*, 2012, Oxford University Press, p. 7.

## 2. L'UE – une promesse de confiance mutuelle des Etats membres

Les deux Etats en cause, la République slovaque et le Royaume des Pays-Bas, sont des Etats membres de l'UE, respectivement depuis 2004 et 1957.

La Cour rappelle dans son arrêt en référence à son avis sur l'adhésion de l'Union à la CEDH<sup>36</sup> que le droit de l'Union a créé un réseau structuré de principes, de règles et de relations juridiques mutuellement interdépendantes liant réciproquement l'Union et ses Etats membres, ainsi que ceux-ci entre eux<sup>37</sup>.

Les juges en concluent que, comme il est précisé à l'article 2 TUE, l'Union repose sur la prémisse fondamentale que chaque Etat membre partage avec les autres, et reconnaît qu'ils partagent avec lui, une série de valeurs communes<sup>38</sup>. Cela implique une confiance mutuelle entre les Etats membres dans la reconnaissance de ces valeurs et dans le respect du droit de l'Union les mettant en œuvre<sup>39</sup>.

Prenant en compte les raisons primordiales de la conclusion d'un TBI, on peut à juste titre se poser la question de savoir si l'époque où des

---

<sup>36</sup> Avis 2/13, 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454 : Avis 2/13, 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454, points 166-168 : « (...) le droit de l'Union se caractérise par le fait d'être issu d'une source autonome, constituée par les traités, par sa primauté par rapport aux droits des États membres (...) ainsi que par l'effet direct de toute une série de dispositions applicables à leurs ressortissants et à eux-mêmes (...).

*Ces caractéristiques essentielles du droit de l'Union ont donné lieu à un réseau structuré de principes, de règles et de relations juridiques mutuellement interdépendantes liant, réciproquement, l'Union elle-même et ses États membres, ainsi que ceux-ci entre eux, lesquels sont désormais engagés, comme il est rappelé à l'article 1<sup>er</sup>, deuxième alinéa, TUE, dans un « processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe ». Une telle construction juridique repose sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée, comme il est précisé à l'article 2 TUE. Cette prémisse implique et justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres dans la reconnaissance de ces valeurs et, donc, dans le respect du droit de l'Union qui les met en œuvre. ».*

<sup>37</sup> Point 34 de l'arrêt commenté.

<sup>38</sup> Point 34 de l'arrêt commenté.

<sup>39</sup> Point 34 de l'arrêt commenté.

Etats (aujourd'hui membres de l'UE) avaient besoin des TBI pour assurer la protection de leurs ressortissants dans d'autres Etats (membres) est finie avec la naissance de l'UE en tant que communauté de valeur basée sur une confiance mutuelle entre les Etats.

La réponse est clairement positive. La relation entre les Etats signataires – en l'occurrence entre la République slovaque et le Royaume des Pays-Bas – a changé avec l'adhésion à l'UE. C'est la raison politique derrière le rejet juridique. La conclusion d'un TBI entre Etats membres ne se justifierait plus aujourd'hui. Pourtant, ce qui n'a pas été influencé par l'UE est d'un côté le risque d'une loyauté du juge national envers son Etat ou envers des ressortissants de son Etat, et de l'autre côté le besoin d'impartialité dans la résolution des litiges opposant un investisseur ressortissant d'un Etat membre à un autre Etat.

On aurait pu reconnaître l'utilité de l'arbitrage comme mode de résolution des conflits sans se laisser guider par la raison initiale de la conclusion des TBI – la méfiance. Or, la Cour a décidé de ne pas faire la distinction et énonce que, bien qu'un accord international créant une juridiction chargée de l'interprétation de ses dispositions ne soit pas incompatible avec le droit de l'Union,<sup>40</sup> « *la possibilité de soumettre ces litiges à un organisme qui ne constitue pas un élément du système juridictionnel de l'Union (...) prévue par un accord qui a été conclu non pas par l'Union, mais des Etats membres (...) est de nature à remettre en cause (...) le principe de confiance mutuelle des Etats membres (...).*<sup>41</sup> ».

On peut voir cette constatation comme une nouvelle étape dans l'intégration européenne. La confiance entre les Etats membres doit être d'une telle sorte qu'il n'y a plus besoin des TBI pour la protection des investisseurs européens au sein de l'UE.

Cependant, comme ces deux systèmes existent jusqu'alors en parallèle, il faut trouver un moyen de les coordonner.

---

<sup>40</sup> Point 57 de l'arrêt commenté, en référence aux avis 1/91, 14 décembre 1991, EU :C :1991 :490, points 40 et 70 ; avis 1/09, 8 mars 2011, EU :C :2011 :123, points 74 et 76 ; avis 2/13, 18 décembre 2014, EU :C :2014 :2545, points 182 et 183.

<sup>41</sup> Point 58 de l'arrêt commenté.

## II. Les nouvelles positions de la CJUE et de l'arbitre en matière d'investissement pour des litiges internes à l'UE

La fonction d'arbitre n'est pas étrangère à la CJUE. Elle lui a déjà été attribuée par les articles 181<sup>42</sup> et 182<sup>43</sup> du Traité de Rome de 1957<sup>44</sup>, presque identiques aux actuels articles 272<sup>45</sup> et 273<sup>46</sup> du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE).

Cependant, les procédures prévues par les articles 272 et 273 TFUE ont un champ d'application précis.

En vertu de l'article 272 TFUE, la CJUE est compétente pour la résolution de litiges nés d'une clause compromissoire conclues par l'UE ou pour son compte. Le champ d'application de cet article est assez large, une fois l'UE impliquée car ni la nature du contrat véhicule de la clause, ni l'identité du contractant (Etat membre, Etat tiers, personne publique, personne privée) importent<sup>47</sup>. De plus, la Cour de justice est assez généreuse dans l'appréciation de la validité d'une telle clause, par exemple dans son arrêt CJCE, 11 février 1993, n° C-142/91, CEBAG c/Commission, où la CJCE base sa compétence sur une clause contenue

---

<sup>42</sup> Art. 181 du Traité de Rome : « 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. ».

<sup>43</sup> Art. 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. ».

<sup>44</sup> Le traité créant la Communauté européenne du 25 mars 1957.

<sup>45</sup> Art. 272 du TFUE : « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer en vertu d'une clause compromissoire contenue dans un contrat de droit public ou de droit privé passé par l'Union ou pour son compte. ».

<sup>46</sup> Art. 273 du TFUE : « La Cour de justice est compétente pour statuer sur tout différend entre États membres en connexité avec l'objet des traités, si ce différend lui est soumis en vertu d'un compromis. ».

<sup>47</sup> Calliess C., Ruffert M., Kommentar EUV / AEUV, 2016, C.H. Beck, n° 3 sur l'art. 272 TFUE.

dans un acte juridique intégré dans la relation contractuelle autrement établie<sup>48</sup>.

Sa compétence s'étend à la résolution de tout litige sur les droits et obligations contractuelles ou en rapport avec la conclusion du contrat<sup>49</sup>. En conséquence, la formulation de la clause déterminera pour quelle sorte de litige la compétence de la CJUE est ouverte<sup>50</sup>.

Pourtant, malgré la mission d'un arbitre, il convient de noter que la CJUE intervient en tant qu'organe de l'UE, le droit procédural ordinaire de la CJUE restant applicable ce qui a entre autres conséquences que les parties ne peuvent déterminer les membres de la CJUE, comme c'est le cas en principe en matière d'arbitrage<sup>51</sup>. L'aspect matériel est en revanche classique, la CJUE appliquera le droit choisi expressément ou tacitement par les parties<sup>52</sup>.

La compétence de la CJUE basée sur l'art. 272 étant exclusive, un juge national appelé devra se déclarer incompétent<sup>53</sup>.

La procédure prévue par l'art. 273 TFUE concerne un autre champ d'application, celui d'un litige entre Etats membres en relation avec l'objet des traités. Cette « *relation avec l'objet des traités* » est déjà donnée dans le cas d'un rapport objectivement déterminable entre d'un côté le litige et de l'autre côté l'action ou les buts de l'Union<sup>54</sup>. Il s'agit alors d'un vaste champ d'application déclenché dès lors qu'il y a un litige entre des

---

<sup>48</sup> CJCE, 11 février 1993, n° C-142/91, CEBAG c/Commission, points 10 à 14.

<sup>49</sup> CJCE, 20 février 1997, n° C-114/94, Commission c/Feilhuber, point 82.

<sup>50</sup> Calliess C., Ruffert M., Kommentar EUV / AEUV, 2016, C.H. Beck, n° 6 sur l'art. 272 TFUE.

<sup>51</sup> Calliess C., Ruffert M., Kommentar EUV / AEUV, 2016, C.H. Beck, n° 8 sur l'art. 272 TFUE.

<sup>52</sup> CJCE, 7 décembre 1976, n° 23/76, Pellegrini c/Commission, point 11 ; CJCE 26 novembre 1985, n° 318/81, CO.DE.MI c/Commission, point 14 ; CJUE 26 février 2015, n° C-564/13 P, Planet c/Commission, ECLI:EU:C:2015:124, point 21.

<sup>53</sup> Calliess C., Ruffert M., Kommentar EUV / AEUV, 2016, C.H. Beck, n° 2 sur l'art. 272 TFUE.

<sup>54</sup> Calliess C., Ruffert M., Kommentar EUV / AEUV, 2016, C.H. Beck, n° 2 sur l'art. 273 TFUE.

Etats membres qui touche à la matière européenne. Et quelle matière n'y touche pas d'une manière ou d'une autre? Par contre, il n'y pas d'obligation des Etats de soumettre leur litige à la CJUE en vertu de l'article 273<sup>55</sup>.

Il s'agit ici de procédures où le juge européen devient – dans une certaine mesure - arbitre. Avec sa décision *Achmea*, la CJUE a exclu de la compétence des arbitres une partie des litiges qui leur est traditionnellement soumise. Cette décision se justifie sous un angle double, matériel et procédural (**A**). Pourtant se pose la question de savoir qui prendra la place de l'arbitre et quelle nouvelle position lui incombe (**B**).

### **A. L'inutilité de l'arbitrage d'investissement interne à côté du système juridique de l'Union en cas d'application du droit de l'Union**

En comparant le droit matériel prévu par les TBI internes avec le droit matériel de l'Union, on s'aperçoit que le premier n'est pas en mesure d'apporter un vrai gain par rapport au second. Ainsi, l'apport matériel des TBI internes est devenu pour une grande partie superflu (1).

De plus, l'arbitre est en mesure de déranger le système juridictionnel de l'Union au cas où il applique le droit de l'Union de sorte que l'élément procédural des TBI internes est incompatible avec le droit de l'Union (2).

#### **1. L'apport limité du droit matériel prévu par le TBI interne comparé au droit de l'Union**

Les TBI modernes ne prévoient pas seulement un mode de résolution des conflits, l'arbitrage, mais plus important, munissent également l'investisseur d'une diversité de droits dont il peut jouir dans l'Etat d'accueil.

---

<sup>55</sup> Voir Calliess C., Ruffert M., *Kommentar EUV / AEUV*, 2016, C.H. Beck, n° 1 sur l'art. 273 TFUE.



Même si chaque TBI peut être différent des autres car il est le résultat de négociations entre les deux Etats signataires, certains de ces droits de l'investisseur apparaissent régulièrement. Ce sont entre autres un traitement juste et équitable ; la promesse de l'Etat d'accueil de ne pas entraver par des mesures injustes ou discriminatoires la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou la liquidation des investissements ; la garantie du libre transfert des paiements relatifs à l'investissement, comme des bénéfices. Les articles 3 et 4 du TBI en cause contenaient justement ces droits. Ce sont eux qu'Achmea estimait violés par la loi slovaque.

La création de droits subjectifs au profit des investisseurs s'explique facilement par l'objectif dans lequel les TBI ont été créés. Ils servaient *a priori* à la mise en place d'un environnement plus sûr pour des investisseurs des Etats développés dans des Etats en voie de développement.

Cependant, le niveau de protection offert par le droit de l'Union est également très haut.

Ainsi l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité se retrouve à l'article 18 TFUE.

La garantie du libre transfert des paiements relatifs à l'investissement prévu par l'article 4 du TBI ne va pas plus loin que la libre circulation des capitaux prévue par l'article 63 paragraphe 1<sup>er</sup> TFUE.

Ce qui nécessite un peu plus d'attention dans la comparaison des droits subjectifs du TBI avec ceux de l'Union est le « traitement juste et équitable », en raison de son caractère flou et de la jurisprudence arbitrale fragmentée. Tandis que Muchlinski le décrit ainsi : « *Le concept de traitement juste et équitable n'est pas défini avec précision. Il constitue un fondement général permettant de formuler un argument selon lequel l'investisseur étranger n'a pas été bien traité en raison de mesures discriminatoires ou inéquitables prises à l'encontre de ses intérêts. Son contenu dépend donc de l'interprétation de faits particuliers. On peut tout au plus affirmer qu'il renvoie au principe de non-discrimination et de proportionnalité*

*dans le traitement réservé aux investisseurs étrangers.* »<sup>56</sup>, on peut dégager un contenu plus tangible de l'application par les tribunaux arbitraux : l'obligation de vigilance et de protection, la diligence, la transparence, et la bonne foi<sup>57</sup>.

On peut retrouver certains de ces éléments dans le droit de l'Union ou le droit international coutumier. Ainsi l'obligation de vigilance et de protection est considérée comme une norme dérivée du droit international coutumier,<sup>58</sup> un droit qui ne nécessiterait alors pas un TBI pour son application. Et la diligence se présente surtout comme la garantie d'une procédure régulière ainsi que l'absence de déni de justice et d'arbitraire<sup>59</sup>. Considérée comme faisant partie du droit international coutumier,<sup>60</sup> la diligence pourrait également être couverte au niveau européen par l'article 19 paragraphe 1, alinéa 2 TUE et l'article 47 de la Charte européenne des droits fondamentaux.

Pourtant, une définition générale du traitement juste et équitable n'est pas possible<sup>61</sup>. Chaque clause contenue dans chaque TBI devra être interprétée conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, prenant en compte le contexte et l'histoire<sup>62</sup>. L'objectif de ce standard étant d'être une clause générale remplissant les

---

<sup>56</sup> Peter Muchlinski, « Multinational Enterprises and the Law », 1995, p. 625, la traduction de l'anglais émane de : OCDE (2004), « La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements », Éditions OCDE, p. 28.

<sup>57</sup> OCDE (2004), « La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements », Éditions OCDE, p. 28.

<sup>58</sup> OCDE (2004), « La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements », Éditions OCDE, p. 29.

<sup>59</sup> OCDE (2004), « La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements », Éditions OCDE, p. 31.

<sup>60</sup> OCDE (2004), « La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements », Éditions OCDE, p. 31.

<sup>61</sup> Dolzer R., Scheuer C., Principles of international investment law, 2012, Oxford University Press, p. 132.

<sup>62</sup> Dolzer R., Scheuer C., Principles of international investment law, 2012, Oxford University Press, p. 132.

lacunes laissées par les standards plus précis,<sup>63</sup> il n'est pas possible de trouver un équivalent exact au niveau de l'Union. Toutefois, il ne paraît pas interdit d'en trouver des éléments dans le droit à la sûreté de l'article 6, la liberté professionnelle et le droit de travailler de l'article 15, la liberté d'entreprise de l'article 16 et le droit de propriété de l'article 17 de la charte des droits fondamentaux de l'UE.

On peut constater qu'on aurait pu trouver les « droits concrets » que l'investisseur a fait prévaloir et qui étaient prévus par le TBI en l'espèce, à savoir l'interdiction de discriminer et la liberté de la circulation des capitaux, également au niveau du droit de l'Union. La protection par le TBI n'était sous cet angle pas forcément nécessaire en raison d'un niveau de protection comparable offert par le droit de l'UE. Cependant, ce droit uniforme se coordonne mal avec un organisme étranger susceptible de l'appliquer et interpréter.

## **2. L'incompatibilité entre d'un côté le droit de l'Union et de l'autre côté l'application du droit de l'Union matériel par l'arbitre**

Les traités ont instauré un système juridictionnel destiné à assurer la cohérence et l'unité de l'interprétation du droit de l'Union pour préserver ses caractéristiques et l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union<sup>64</sup>.

En l'espèce, l'article 8 paragraphe 6 du TBI prévoit que « *le tribunal arbitral statue en droit, en tenant compte notamment, mais non exclusivement du droit en vigueur de la partie contractante concernée (...) et des dispositions du présent accord et de tout autre accord pertinent entre les parties contractantes (...)* ». Comme le dit la CJUE<sup>65</sup>, le droit de l'Union fait à la fois partie du droit en vigueur de la République slovaque et émane d'un accord entre la République slovaque et le Royaume des Pays-Bas. Le droit de l'Union est alors en l'espèce en tout cas susceptible d'être appliqué par l'arbitre.

---

<sup>63</sup> Dolzer R., Scheuer C., *Principles of international investment law*, 2012, Oxford University Press, p. 132.

<sup>64</sup> Point 35 de l'arrêt commenté.

<sup>65</sup> Point 41 de l'arrêt commenté.

Ainsi, la CJUE en déduit que la mission de l'arbitre touchait en l'espèce à l'interprétation ou l'application du droit de l'Union, plus précisément aux libertés fondamentales d'établissement et de la libre circulation des capitaux<sup>66</sup>.

En concluant des TBI entre eux, les Etats membres soustraient des litiges à la compétence de leurs propres juridictions<sup>67</sup>. Si ces litiges sont susceptibles de concerner l'application et l'interprétation du droit de l'Union, les Etats les excluent par conséquent du système de recours juridictionnel que les Etats sont obligés d'établir selon l'article 19 paragraphe 1, alinéa 2 TUE pour les domaines couverts par le droit de l'Union<sup>68</sup>. C'est ainsi qu'un TBI, s'il contient une convention d'arbitrage où l'arbitre est susceptible d'appliquer ou interpréter le droit de l'Union, est contraire à l'article 19 paragraphe 1, alinéa 2 TUE.

De plus, la convention d'arbitrage contenue dans le TBI viole l'article 267 TFUE, constituant une clef de voûte du système juridictionnel<sup>69</sup>, puisqu'il est impossible à l'arbitre de saisir la Cour dans le cadre d'une procédure du renvoi préjudiciel de l'article 267 TFUE, n'étant précisément pas une juridiction d'un des Etats membres au sens de cette disposition<sup>70</sup>.

De plus, selon l'article 344 TFUE, les Etats ne doivent pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci. La création d'un organisme qui se situe hors ce système par le TBI y déroge<sup>71</sup>.

En conséquence, la Cour a déclaré l'incompatibilité de la convention d'arbitrage avec les articles 19 paragraphe 1, alinéa 2 TUE, 267 TFUE, 344 TFUE. Il s'ensuit que des conventions d'arbitrage de ce type seront nulles ce qui nous mène à la question de savoir quel sera le sort de l'arbitre au sein de l'Union européenne.

---

<sup>66</sup> Point 42 de l'arrêt commenté.

<sup>67</sup> Point 55 de l'arrêt commenté.

<sup>68</sup> Point 55 de l'arrêt commenté.

<sup>69</sup> Point 37 de l'arrêt commenté.

<sup>70</sup> Point 43 de l'arrêt commenté.

<sup>71</sup> Points 32 et 60 de l'arrêt commenté.

## **B. La nouvelle répartition des tâches entre la CJUE et l'arbitre**

Il reste à voir qui prendra les fonctions de l'arbitre (1) et ce qui reste dans le champ d'action de ce dernier (2).

### **1. L'éventuelle prise en charge d'une fonction essentielle de l'arbitre par la CJUE**

Comme énoncé antérieurement, le besoin d'un organisme impartial pour la résolution de conflits opposant un investisseur ressortissant d'un Etat membre à un autre Etat membre persiste.

Il reste à voir comment ce vide sera comblé. La Cour n'a pas fourni de réponse avec sa décision. Elle a cassé le château de sable et attend de voir comment les enfants se débrouilleront. Trois possibilités semblent ouvertes.

Premièrement, la CJUE pourrait se substituer à l'arbitre et exercer elle-même – de nouveau certainement de façon limitée – la fonction de l'arbitre comme elle le fait conformément aux articles 272, 273 TFUE.

Deuxièmement, un nouvel organisme pourrait être créé et intégré dans le système juridictionnel de l'UE. Considérant que l'« *organisme qui ne constitue pas un élément du système juridictionnel de l'Union* » est un élément clé de la décision de la CJUE, il serait évident d'en conclure comme *argumentum e contrario* que la décision de la Cour aurait été différent si le tribunal arbitral avait fait partie du système juridictionnel de l'Union. Une intégration dans le système juridictionnel pourrait avoir lieu à deux échelles, celle des Etats membres et celle de l'Union. Dans l'arrêt C-377/13 mentionné par la Cour, celle-ci a accepté la compétence d'un tribunal arbitral reconnu comme une « *juridiction d'un des Etats membres* » car celui-ci était prévu par la constitution portugaise elle-même :

*« Dans l'affaire au principal, il ressort des indications fournies dans la décision de renvoi que les tribunaux arbitraux en matière fiscale ont une origine légale. Les tribunaux arbitraux figurent, en effet, sur la liste des juridictions nationales, à l'article 209 de la Constitution de la République portugaise. (...) Il ressort de l'ensemble des considérations qui précèdent que l'organisme de renvoi présente tous les*

*éléments nécessaires pour être qualifié de juridiction d'un État membre, au sens de l'article 267 TFUE.<sup>72</sup>».*

Il resterait pourtant le souci de l'impartialité du tribunal arbitral s'il était intégré dans le système juridictionnel étatique.

Troisièmement, et cela paraît être la solution la plus simple, la CJUE assurera à travers son contrôle sur les tribunaux nationaux leur impartialité.

Pourtant, l'impartialité n'est qu'un des nombreux avantages qu'offre l'arbitrage par rapport à la justice étatique. Un autre est la plus grande rapidité des procédures, tant en arbitrage *ad hoc* qu'en arbitrage institutionnel. S'agissant souvent des sommes considérables en jeu, la patience peut coûter cher dans ce domaine. Devoir recourir à la justice étatique ou supra-étatique met en péril cet intérêt d'une procédure rapide. Le système juridictionnel tel qu'il est en place en ce moment dans l'UE n'est pas apte à remplacer entièrement le système d'arbitrage d'investissement instauré par les TBI. Une combinaison des deux dernières propositions exposées ci-dessus, avec un tribunal arbitral intégré dans le système étatique d'un Etat membre sous le contrôle de la CJUE, pourrait être une solution compatible avec le droit de l'Union qui offre la rapidité et l'impartialité adéquates.

L'arbitre chassé de son trône par la CJUE, se pose la question de savoir quels domaines lui restent encore.

## **2. Les derniers bastions de l'arbitre**

La CJUE a nommé plusieurs raisons à l'incompatibilité de la convention d'arbitrage contenue dans le TBI en question avec le droit de l'Union.

Il y a violation de l'article 344 TFUE car les Etats créent un autre mode de règlement que ceux prévus par les traités ; de l'article 267 TFUE car l'arbitre ne peut faire de renvoi préjudiciel à la CJUE ; et en conséquence de l'article 19, paragraphe 1, alinéa 2 TUE, parce que les Etats ne

---

<sup>72</sup> CJUE, 12 juin 2014, n° C-377/13, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, EU :C :2014 :1745, Points 24 et 34.

satisfont pas à leur obligation d'ériger un système de recours juridictionnels dans les domaines couverts par le droit de l'Union.

On pourrait en déduire qu'un problème essentiel est l'application du droit de l'Union par l'arbitre et en conclure qu'en dehors de ce champ, l'arbitrage d'investissement interne est compatible avec le droit de l'Union. Une modification de la mission de l'arbitre pourrait au premier regard donner l'espoir de sauver l'arbitrage d'investissement interne. La solution la plus forte serait de donner à l'arbitre la mission de statuer en amiable composition ce qui veut dire qu'il n'applique pas forcément des règles de droit, mais arrive uniquement à une solution qui lui semble juste. L'article 21 alinéa 3 du Règlement d'arbitrage de la CCI prévoit par exemple cette possibilité. Pourtant, la CJUE a déclaré l'arbitre en tant qu'« organisme » contraire au principe de confiance mutuelle entre les Etats membres<sup>73</sup>. Cette contradiction organique persiste, même si l'arbitre n'applique pas le droit de l'Union. Il semble alors que l'arbitrage d'investissement interne reste inconciliable avec les fondements de l'UE.

C'est pour cette même raison que l'arbitre – qui tient sa compétence d'une convention d'arbitrage contenue dans un TBI – ne serait pas accepté par la CJUE même si on lui ouvrait la possibilité de poser une question préjudicielle à la CJUE.

De plus, la possibilité pour les ressortissants des Etats signataires de profiter des droits et d'un mode de résolution des conflits particulier prévus par le TBI violerait probablement l'interdiction de discriminations de l'article 18 TFUE. Ce moyen a été soulevé par la République slovaque, écarté par la Cour fédérale de justice allemande au motif faible que c'est inhérent aux TBI<sup>74</sup>, et pas traité par la Cour, parce que les violations des autres dispositions lui suffisaient déjà pour déclarer l'incompatibilité au droit de l'Union.

Si on n'intègre pas l'arbitre dans le système juridictionnel européen, les seuls domaines qui lui restent dans l'UE seront l'arbitrage commercial –

---

<sup>73</sup> Point 58 de l'arrêt commenté.

<sup>74</sup> Point 22 de l'arrêt commenté.

aussi interne – comme l’a dit la Cour elle-même<sup>75</sup>, l’arbitrage d’investissement non-interne à l’UE et l’arbitrage d’investissement impliquant l’UE comme partie.

---

<sup>75</sup> Point 54 de l’arrêt commenté.