

# L'UNION EUROPÉENNE : QUELLE INFLUENCE SUR LE DEVENIR DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS ?

PAR

Milcar Jeff DORCE

*Doctorant en droit international public, université de Bordeaux*

Il est une tâche complexe de risquer une réflexion sur le devenir du droit de la protection des investissements privés internationaux, et singulièrement sur le rôle de l'Union européenne dans le réaménagement de ce champ disciplinaire critiqué par plus d'un en raison d'un certain manque de légitimité<sup>1</sup>. Mais la question ne cesse de retenir l'attention depuis que les investissements étrangers ont intégré le champ du droit de l'Union européenne, c'est-à-dire depuis les réformes du traité de Lisbonne en 2009 concernant le positionnement de l'Union européenne vis-à-vis des investissements étrangers<sup>2</sup>. En lui transférant une compétence exclusive – en matière de politique commerciale commune en vertu de l'article 3 – pour négocier et conclure les traités internationaux qui couvrent la protection des investissements directs étrangers, le traité de Lisbonne a fait de l'Union européenne un acteur relativement nouveau mais

1 Cf., entre autres, ces récentes publications : S. D. FRANC, « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *Fordham Law Review*, vol. 73, 2005, p. 1521-1625 ; C. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015 ; T. MORTIMER, C. NYOMBI, *Rebalancing International Investment Agreements in Favour of Host States*, Londres, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018 ; V. VADI, *Proportionality, Reasonableness and Standards of Review in International Investment Law and Arbitration*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018 ; S. HINDELANG, M. KRAJEWSKI (dir.), *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, Oxford, Oxford University Press, 2016 ; R. POLANCO, *The Return of the Home State to Investor-State Disputes: Bringing Back Diplomatic Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019 ; D. SCHNEIDERMAN, *Resisting Economic Globalization. Critical Theory and International Investment Law*, Londres, Palgrave Macmillan, 2013 ; K. MILES, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

2 L'article 207 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, issu du traité de Lisbonne, prévoit la compétence de l'Union dans le cadre de « la politique commerciale commune [...] fondée sur des principes uniformes, notamment en ce qui concerne [...] les investissements étrangers directs ». Cf. E. GAILLARD, « L'avenir des traités de protection des investissements », dans C. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, op. cit., p. 1027-1047 ; M. J. DORCE, « Prolégomènes à une lecture critique des relations entre droit de l'Union européenne et régime juridique international des investissements après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne », dans L. LEBON, M. MEZAGUER et O. PEIFFERT (dir.), *Études européennes critiques*, Paris, Pedone, 2020, p. 79-94.

combien central dans le domaine du droit international des investissements<sup>3</sup>. La Commission européenne a établi « dans leurs grandes lignes, le champ d'application et les normes que l'Union devrait fixer par l'intermédiaire des négociations en matière d'investissements internationaux<sup>4</sup> ». Cette dynamique déclenchée par la Commission européenne est d'autant plus intéressante qu'elle peut permettre à l'Union européenne de devenir un important créateur de normes dans un contexte où le champ des investissements internationaux est de plus en plus marqué par une certaine régionalisation<sup>5</sup>. S'agit-il cependant d'une voie fragile ? À l'ère de l'émergence de traités d'investissement de nouvelle génération et de la recherche d'un nouveau paradigme, la pratique de l'Union européenne offre-t-elle une contribution innovante et cohérente capable de changer le visage du droit des investissements ?

Sans vouloir reprendre les motivations qui ont conduit à cette nouvelle forme de normativité au sein de l'Union européenne<sup>6</sup>, cette contribution aborde l'influence de l'Union européenne sur le droit international des investissements. Elle invite donc à réfléchir sur la possibilité d'un standard européen de justice qui entend, d'une part, réaffirmer le pouvoir de réglementer de l'État à travers la clarification des normes substantielles de protection des investissements (I) et, d'autre part, réformer le mécanisme de règlement des différends investisseur-État (RDIE) qui connaît depuis certains temps un signe évident de malaise (II).

## I. L'UNION EUROPÉENNE : REVISITER LES STANDARDS DE TRAITEMENT

Malgré l'incertitude entourant l'exercice de sa nouvelle compétence et les enjeux concernant la définition d'un modèle d'accord unique, on retient que l'Union européenne propose une politique d'investissement qui va au-delà de la pratique traditionnelle de ses États membres. Affirmant qu'il existe une vraie opportunité pour l'Union européenne d'établir un nouvel agenda pour la protection des investissements, Catharine Titi conclut que « *it is probable that we stand*

3 C. TITI, « International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements », *EJIL*, vol. 26, n° 3, 2015, p. 639-661 ; M. BUNGERBERG, J. GRIEBEL, S. HINDELANG (dir.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011 ; S. P. THEODOR, *Responsibility of the EU and the Member States under EU International Investment Protection Agreements: Between Traditional Rules, Proceduralisation and Federalisation*, New York, Springer, 2019.

4 Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux*, 7 juillet 2010, COM(2010) 343 final.

5 A. DE LUCA, « The Legal Framework for Foreign Investments in the EU: The EU Internal Market Freedoms, the Destiny of Member States' BITS, and Future European Agreements on Protection of Foreign Investments », dans L. TRAKMAN, N. RANIERI, *Regionalism in International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 120-161.

6 Cf., à ce sujet, C. TITI, « International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements », *op. cit.*, p. 641 à 647 ; G.-S. SZILÁRD, « Quo Vadis EU Investment Law and Policy? The Shaky Path Towards the International Promotion of EU Rules », *European Foreign Affairs Review*, n° 2, 2018, p. 167-186.

*at the threshold of an even newer generation of international investment treaties, and one set to change the face of international investment law as we know it*<sup>7</sup> ».

L'Union entend exercer une certaine influence sur le droit des investissements à travers l'effort de précision des standards de traitement, bien que l'analyse de la clause d'expropriation (A) et de la clause du traitement juste et équitable (B) formulées dans l'accord économique et commercial global (CETA, en anglais) révèle que la formulation de ces notions qui se rapproche du langage des traités de nouvelle génération, particulièrement la récente pratique nord-américaine, et les propositions de la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED) peuvent parfois souffrir d'un manque de cohérence.

### ***A. L'exemple de l'expropriation***

En ce qui concerne l'expropriation indirecte, l'Union européenne a suivi une démarche similaire aux modèles de traités bilatéraux d'investissement (TBI) américains et canadiens et aux traités récemment conclus par d'autres États (traités dits « de nouvelle génération »), en introduisant des dispositions semblables à celles que l'on trouve dans ces derniers<sup>8</sup>. Le CETA donne un exemple de formulation de la clause d'expropriation, qui pourrait constituer « un modèle pour le futur<sup>9</sup> ». Cette clause stipule qu'aucune expropriation directe ou indirecte ne peut avoir lieu, « si ce n'est a) pour une raison d'intérêt public ; b) en conformité avec l'application régulière de la loi ; c) de manière non discriminatoire ; et d) moyennant le paiement d'une indemnité prompte, adéquate et effective<sup>10</sup> ».

Plus intéressant, l'accord contient une annexe interprétative prévoyant des clarifications supplémentaires mais combien cruciales sur les critères d'identification d'une expropriation. Cette annexe reproduit en grande partie le test de *Penn Central* adopté par la Cour suprême des États-Unis pour déterminer s'il y a eu prise réglementaire en vertu de la constitution américaine<sup>11</sup>. De façon très semblable, l'annexe 8-A du CETA établit ceci :

2. Pour déterminer si une mesure ou une série de mesures d'une Partie, dans une situation de fait spécifique, constituent une expropriation indi-

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 661.

<sup>8</sup> *Ibid.* Cf. aussi M. PAPARINSKIS, « International Investment Law and the European Union: A Reply to Catharine Titi », *EJIL*, vol. 26, n° 3, 2015, p. 663-670 ; M.-F. LABOUZ, « Le règlement des différends investisseur-État (RDIE) : brève revue de doctrine avant réforme », dans J. CRAWFORD, A. G. KOROMA, S. MAHMOUDI, *et al.* (dir.), *The International Legal Order: Currents Needs and Possible Responses*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2017, p. 131-148 ; J. CAZALA, « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *JDI*, n° 1, 2017, p. 81-98.

<sup>9</sup> A. DE NANTEUIL, « Recent Developments in Expropriation Law: Towards a better Protection of States' Sovereign Interests? », dans T. EL GHADBAN, C.-M. MAZUY, A. SENEGACNIK (dir.), *La Protection des investissements étrangers : vers une réaffirmation de l'État ?*, Paris, Pedone, 2018, p. 10-22.

<sup>10</sup> CETA, article 8.12.

<sup>11</sup> Ce test précise que le tribunal qui évalue si une ou plusieurs mesures gouvernementales ont indirectement exproprié l'investissement, devrait examiner « (1) *the economic impact of the government action*, (2) *the extent to which the action interferes with distinct investment-backed expectations*, and (3) *the character of the action* », Cour suprême des États-Unis, *Penn Central Transportation Co v City of New York*, 438 US [104], [124], [1978].

recte, il est nécessaire de procéder à un examen au cas par cas fondé sur les faits, qui tient compte, entre autres, des facteurs suivants :

- a. L'impact économique de la mesure ou de la série de mesures, même si le seul fait qu'une mesure ou série de mesures d'une Partie aient un effet défavorable sur la valeur économique d'un investissement ne suffit pas à établir qu'il y a eu expropriation indirecte ;
- b. La durée de la mesure ou de la série de mesures d'une Partie ;
- c. L'étendue de l'atteinte portée par la mesure ou la série de mesures en cause aux attentes spécifiques et raisonnables sous-tendant l'investissement ;
- d. La nature de la mesure ou de la série de mesures, notamment leur objet, contexte et but<sup>12</sup>.

L'annexe contient également une disposition qui prévoit que

Sauf dans de rares circonstances où l'impact d'une mesure ou d'une série de mesures est si grave au regard de leur but qu'elles semblent manifestement excessives, les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées afin de protéger des objectifs légitimes de bien-être public, notamment en matière de santé, de sécurité et d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte<sup>13</sup>.

L'annexe rejette la doctrine du seul effet<sup>14</sup> qui permet d'interpréter les standards de traitement « à l'aune du seul objectif de protection des investisseurs et à l'exclusion de toute autre considération<sup>15</sup> » et rappelle le défi pour l'Union et ses pays membres de concilier les politiques économiques et les politiques sociales et environnementales. En introduisant un nouveau critère dans l'identification d'une expropriation, à savoir « de rares circonstances où l'impact d'une mesure ou d'une série de mesures est si grave au regard de leur but qu'elles semblent manifestement excessives », cette disposition propose une perspective intéressante pour équilibrer justement la protection des investissements étrangers et la préservation des droits souverains des États<sup>16</sup>.

La doctrine met en évidence les différents apports d'une telle disposition : d'abord, contrairement à certains accords comme l'accord de libre-échange entre l'Amérique centrale, la République dominicaine et les États-Unis d'Amé-

<sup>12</sup> CETA, annexe 8-A, § 2.

<sup>13</sup> *Ibid.*, § 3.

<sup>14</sup> *Ibid.*, Annexe 8-A, § 2 : « [L]e seul fait qu'une mesure ou série de mesures d'une Partie aient un effet défavorable sur la valeur économique d'un investissement ne suffit pas à établir qu'il y a eu expropriation indirecte. » Pour la consécration de la doctrine du seul effet, cf. CIRDI, *Metaclad c/ Mexico*, aff. n° ARB (AF)/97/1, sentence du 30 août 2000, § 111.

<sup>15</sup> S. ROBERT-CUENDET, « Crise ou renouveau du Droit des investissements internationaux ? Réflexions sur l'objet des mécanismes de protection des investisseurs étrangers », *RGD int. publ.*, n° 3, 2016, p. 545-578, spéc. p. 555. Au sujet du traitement juste et équitable, cf. CIRDI, *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. c/ Chili*, aff. n° ARB/01/7, sentence du 25 mai 2004, § 104 ; CIRDI, *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c/ Équateur*, aff. n° ARB/04/19, sentence du 18 août 2008, § 338-339.

<sup>16</sup> A. DE NANTEUIL, « Recent Developments in Expropriation Law: Towards a better Protection of States' Sovereign Interests? », *op. cit.*, p. 20.

rique (« CAFTA-DR » en anglais) qui ne précisent pas quelles « circonstances rares » peuvent conduire à conclure qu'une mesure non discriminatoire adoptée dans un objectif d'intérêt public constitue une expropriation indirecte, la disposition de l'annexe du CETA clarifie les « rares circonstances » dans lesquelles une mesure légitime peut être considérée comme une expropriation, ce qui à la fois facilite la tâche du tribunal et réduit son pouvoir discrétionnaire en matière d'interprétation de l'expropriation indirecte ; ensuite, elle réintroduit le critère de l'atteinte à la propriété dans l'analyse de la demande d'expropriation formulée à l'encontre d'une mesure étatique ; enfin, la disposition prévoit clairement un test de proportionnalité en mentionnant « l'impact de la mesure ou d'une série de mesures », leur « gravité » « au regard de leur but »<sup>17</sup>. En procédant ainsi, la Commission européenne a voulu faire en sorte que les investisseurs ne soient pas indemnisés « *just because their profits have been reduced through the effects of regulations enacted for a public policy objective* »<sup>18</sup>.

Une telle disposition pourrait avoir une implication importante sur l'avenir du droit international des investissements, d'autant plus qu'elle est généra-

17 *Ibid.*, p. 20. Cf. aussi C. TITI, « International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements », *op. cit.*, p. 655-656. La technique de proportionnalité, connue également sous l'étiquette « *moderate police powers doctrine* », a été reprise dans l'arbitrage des investissements en 2003 par le tribunal *Tecmed*, qui s'est explicitement référé à la jurisprudence de la CEDH dans son interprétation de la clause d'expropriation : « *After establishing that regulatory actions and measures will not be initially excluded from the definition of expropriatory acts, in addition to the negative financial impact of such actions or measures, the Arbitral Tribunal will consider, in order to determine if they are to be characterized as expropriatory, whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and to the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact has a key role upon deciding the proportionality. Although the analysis starts at the due deference owing to the State when defining the issues that affect its public policy or the interests of society as a whole, as well as the actions that will be implemented to protect such values, such situation does not prevent the Arbitral Tribunal, without thereby questioning such due deference, from examining the actions of the State in light of Article 5(1) of the Agreement to determine whether such measures are reasonable with respect to their goals, the deprivation of economic rights and the legitimate expectations of who suffered such deprivation. There must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure. To value such charge or weight, it is very important to measure the size of the ownership deprivation caused by the actions of the state and whether such deprivation was compensated or not. On the basis of a number of legal and practical factors, it should be also considered that the foreign investor has a reduced or nil participation in the taking of the decisions that affect it, partly because the investors are not entitled to exercise political rights reserved to the nationals of the State, such as voting for the authorities that will issue the decisions that affect such investors.*

*The European Court of Human Rights has defined such circumstances as follows:*

*Not only must a measure depriving a person of his property pursue, on the facts as well as in principle, a legitimate aim "in the public interest", but there must also be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised...[...]. The requisite balance will not be found if the person concerned has had to bear "an individual and excessive burden" [...].*

*The Court considers that a measure must be both appropriate for achieving its aim and not disproportionate there to. [...] non-nationals are more vulnerable to domestic legislation: unlike nationals, they will generally have played no part in the election or designation of its authors nor have been consulted on its adoption. Secondly, although a taking of property must always be effected in the public interest, different considerations may apply to nationals and non-nationals and there may well be legitimate reason for requiring nationals to bear a greater burden in the public interest than non-nationals. The Arbitral Tribunal understands that such statements of the Strasbourg Court apply to the actions of the State in its capacity as administrator, not only to its capacity as law-making body » : CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA c/ États-Unis du Mexique*, aff. n° ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, § 122-123.*

18 Commission européenne, *Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU Agreements*, Fact Sheet, novembre 2013, p. 8.

lement absente dans la pratique des États membres de l'Union européenne. Néanmoins, on peut se demander pourquoi l'Union cherche-t-elle à s'inspirer de l'approche nord-américaniste (qui elle-même tient ses racines dans le test *Penn Central* de la Cour suprême des États-Unis)<sup>19</sup>, alors que plus près d'elle il y a le modèle de TBI norvégien<sup>20</sup> qui offre des pistes intéressantes et le droit européen des droits de l'homme qui pourrait également inspirer la définition des standards d'investissement<sup>21</sup>.

Il a été démontré que, malgré une certaine tentative de mise en cohérence des intérêts des investisseurs et des droits de l'homme, « la technique de proportionnalité suivie notamment par la CEDH en ce domaine reste passablement éloignée de celle que semble consacrer l'annexe interprétative de l'accord éco-

19 Cour suprême des États-Unis, *Penn Central*, préc. ; M. PAPARINSKIS, « International Investment Law and the European Union: A Reply to Catharine Titi », *op. cit.*, p. 668.

20 Modèle de TBI Norvège, article 6, 2007.

21 La CEDH a réglementé les droits de propriété dans son premier protocole additionnel, dont l'article 1<sup>er</sup> se lit comme suit : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. » Cet article cherche un juste équilibre en l'intérêt public et les droits de propriété individuels. Dans l'arrêt *Mellacher*, la CEDH a estimé que : « Comme la Cour l'a souligné dans l'arrêt *James et autres* (série A no 98, p. 30, § 37), le second alinéa de l'article 1 du Protocole no 1 (P1-1) doit se lire à la lumière du principe consacré par la première phrase de l'article. Par conséquent, une mesure d'ingérence doit ménager un "juste équilibre" entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu (voir, entre autres, l'arrêt *Sporrong et Lönnroth* précité, série A no 52, p. 26, § 69). La recherche de pareil équilibre se reflète dans la structure de l'article 1 (P1-1) tout entier (ibidem), donc aussi dans le second alinéa. Il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (arrêt *James et autres* précité, série A no 98, p. 34, § 50) », CEDH, Cour plénière, 19 décembre 1989, *Mellacher e. a. c/ Autriche*, n° 10522/83, 11011/84, 11070/84, § 48.

nomique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada relative à l'expropriation indirecte<sup>22</sup> ».

Il semble que le défi d'une clause régionale d'expropriation européenne résiderait dans une réelle mise en articulation entre les « intérêts supérieurs de l'État et de la marge d'appréciation dont les autorités publiques bénéficient pour les faire prévaloir<sup>23</sup> » et les droits des investisseurs privés internationaux. Dit autrement, le défi d'un changement paradigmatique consisterait donc à mieux équilibrer la protection des investisseurs privés internationaux et la sensibilité vis-à-vis de la santé publique, la vulnérabilité environnementale ou la question de la sécurité.

### ***B. L'exemple du traitement juste et équitable***

En analysant l'approche adoptée par l'Union européenne pour rédiger le standard du traitement juste et équitable, on peut déterminer s'il s'agit d'une approche innovatrice capable de changer le visage du droit international des investissements. Il faut tout d'abord souligner que le langage de ce standard dans les accords internationaux d'investissement conclus par les États membres

22 I. PREZAS, « Équation insoluble ? L'annexe interprétative du CETA relative à l'expropriation indirecte à l'épreuve de la technique européenne de proportionnalité », dans C. TITI (dir.), *Droits de l'homme et Droit international économique*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 143-172, spéc. p. 145. Ioannis Prezas a conclu que l'approche de l'annexe interprétative « risque de créer plus d'incertitudes qu'il n'est censé être venu dissiper. En définitive, sa seule utilité est probablement de dissuader les investisseurs avisés de brandir à la légère la menace de l'expropriation indirecte contre un État hôte agissant de bonne foi dans l'exercice de sa souveraineté normative... Ainsi, l'introduction de l'idée de proportionnalité, discrètement mais clairement, dans le CETA et les autres accords de la nouvelle génération, au lieu de remédier à la fragmentation chronique du droit international, contribue peut-être à l'accentuer, d'autant plus que cette nouvelle proportionnalité ne correspond à aucun modèle connu de proportionnalité, et surtout pas à celui découlant de la jurisprudence de la CEDH en matière de privation de propriété », *ibid.*, p. 172. (Cf., entre autres, P. BEHRENS, « Towards the Constitutionalization of International Investment Protection », *Archiv Des Völkerrechts*, vol. 45, n° 2, 2007, p. 153-179, spéc. p. 165-166, disponible en ligne (uniquement en anglais) : [www.jstor.org/stable/40800177](http://www.jstor.org/stable/40800177) (consulté le 28 janvier 2021) ; B. KINGSBURY, S. W. SCHILL, « Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law », *NYU School of Law*, Public Law Research Paper n° 09-46, 2009, disponible en ligne (uniquement en anglais) : <https://ssrn.com/abstract=1466980> (consulté le 28 janvier 2021) ; J. KROMMENDIJK, J. MORIJN, « "Proportional" by What Measure(s)? Balancing Investor Interests and Human Rights by Way of Applying the Proportionality Principle in Investor-State Arbitration », dans P.-M. DUPUY, E.-U. PETERSMANN, F. FRANCONI (dir.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 421-455, spéc. p. 445-446, et suivie par plusieurs tribunaux arbitraux d'investissement (la décision *LG&E* sur la responsabilité contient un passage qui illustre parfaitement l'introduction de l'équilibre de proportionnalité dans le processus d'identification d'une expropriation indirecte : « *With respect to the power of the State to adopt its policies, it can generally be said that the State has the right to adopt measures having a social or general welfare purpose. In such a case, the measure must be accepted without any imposition of liability, except in cases where the State's action is obviously disproportionate to the need being addressed. The proportionality to be used when making use of this right was recognized in Tecmed, which observed that "whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact, has a key role upon deciding the proportionality"* », CIRDI, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. c/ République d'Argentine*, aff. n° ARB/02/1, décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006, § 195 (cf. aussi *Tecmed*, sentence, § 122).

23 A. PELLET, « Notes sur la "fragmentation" du droit international : droit des investissements internationaux et droits de l'homme », dans D. ALLAND, V. CHETAIL, O. DE FROUVILLE, *et al.* (dir.), *Unité et diversité du droit international*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2014, p. 757-784, spéc. p. 777.

demeure généralement hétérogène<sup>24</sup>. En prévoyant une liste quasi exhaustive des cas de violation possibles du traitement juste et équitable, à l'instar de la CNUCED<sup>25</sup>, l'approche de l'Union européenne se distingue de la pratique traditionnelle de ses États membres<sup>26</sup>. Il s'agit d'une option intéressante pour limiter la portée du traitement juste et équitable, mais pas suffisante.

Le CETA énonce ainsi qu'

[U]ne Partie viole l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable prévue au paragraphe 1 lorsqu'une mesure ou une série de mesures constitue, selon le cas : a) un déni de justice dans les procédures pénales, civiles ou administratives ; b) une violation fondamentale du principe de l'application régulière de la loi, y compris une violation fondamentale de la transparence, dans les procédures judiciaires et administratives ; c) un cas d'arbitraire manifeste ; d) une discrimination ciblée basée sur des motifs manifestement illicites, comme le sexe, la race ou les croyances religieuses ; e) un traitement abusif des investisseurs, tel que la coercition, la contrainte et le harcèlement, et f) un manquement à tout autre élément de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable que les États auront précisément identifié<sup>27</sup>.

Plusieurs remarques sont à formuler à propos de cette disposition.

On retient tout d'abord qu'elle est limitative, c'est-à-dire qu'elle propose une liste détaillée quasi exhaustive<sup>28</sup>, contrairement à la disposition de l'article 9.6, paragraphe 2, sous a), de l'accord de partenariat transpacifique (« TPP » en anglais) qui énonce simplement les situations de violation de *due process*<sup>29</sup> et à la plupart des dispositions contenues dans les accords conclus par les États membres<sup>30</sup>.

Ensuite, on peut noter que l'article 8.10 CETA prévoit une clause d'« arbitraire manifeste » sans proposer une définition de ce qui constituerait un acte d'« arbitraire manifeste ». Dès lors, une telle clause soulève un certain nombre

24 CNUCED, *Fair and Equitable Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, New York et Genève, 2012, p. 7-8.

25 UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, 2015, p. 94.

26 Cette approche se distingue également de celle adoptée par le Canada au cours des quinze dernières années, en ce qu'elle évite toute référence au droit international coutumier.

27 CETA, article 8.10, § 2.

28 L'article 8.10, § 3, CETA permet aux États d'étendre cette liste en prévoyant que ceux-ci peuvent selon le cas « examiner, sur une base régulière ou à la demande d'une Partie, la teneur de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable ».

29 TPP, article 9.6, § 2, sous a).

30 J. A. VANDUZER, P. SIMMONS, G. MAYEDA, *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Countries*, Commonwealth Secretariat, 2012. Les comportements énumérés dans la liste exhaustive qui constitueront une violation du CETA sont quasiment similaires aux types de comportements mentionnés dans le modèle de TBI de l'Inde comme constituant le droit international coutumier. Cf. India Model BIT 2015, article 3.1 : « *No Party shall subject investments made by investors of the other Party to measures which constitute a violation of customary international law through:*

(i) *Denial of justice in any judicial or administrative proceedings; or*

(ii) *fundamental breach of due process; or*

(iii) *targeted discrimination on manifestly unjustified grounds, such as gender, race or religious belief; or*

(iv) *manifestly abusive treatment, such as coercion, duress and harassment. »*



de questions complexes concernant les types de conduite qui sont interdits ou qui sont susceptibles de conduire à une violation, et la déférence qu'un tribunal devrait accorder à l'État. La notion d'« arbitraire » a été traitée de différentes manières :

*[a]t one end of the spectrum, the State's regulatory prerogatives provide the starting point, and reasonableness is accepted without scrutinizing the alternatives. An intermediate position accepts a high degree of deference in principle, even if the availability of less restrictive measures and excessive individual burden might lead to a finding of a breach [...]. At the other end of the spectrum, an intrusive approach is adopted, rejecting the legitimacy of purpose and reviewing the appropriateness and necessity of particular measures<sup>31</sup>.*

Puisqu'il n'existe pas de consignes dans l'instrument interprétatif du CETA, les tribunaux disposeraient d'une certaine latitude pour déterminer si un comportement contesté est effectivement « manifestement arbitraire »<sup>32</sup>.

Une autre remarque importante est que l'approche définitionnelle adoptée par l'Union européenne dans le CETA ne prend pas en compte la discrimination fondée sur la nationalité. Cela peut laisser croire que

les négociateurs du CETA n'ont pas considéré qu'il s'agissait d'un motif manifestement illicite de discrimination et ne lui ont donc pas accordé un caractère absolu [...] [en cherchant notamment] à préserver l'idée d'une préférence nationale ou européenne dans certains secteurs spécifiquement listés dans les réserves<sup>33</sup>.

Par ailleurs, l'article 8.10 paraît novateur en ce qu'il limite le recours aux attentes légitimes, garantissant ainsi que le traitement juste et équitable n'équivaut pas à une « obligation de stabilisation »<sup>34</sup>. Les tribunaux arbitraux pourront prendre en compte les attentes légitimes des investisseurs, à condition que « ces attentes soient matérialisées dans des déclarations spécifiques<sup>35</sup> ». Notons cependant qu'un important flou demeure autour de la notion de « déclarations spécifiques ».

Néanmoins, la seule volonté de limiter le recours aux attentes légitimes a une très grande importance, sachant que ce concept qui est l'œuvre des tribunaux arbitraux peut garantir à l'investisseur privé étranger le droit à la stabilité de l'environnement juridique dans lequel il intervient en obligeant l'État à pro-

31 M. PAPANISKIS, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 241.

32 *Ibid.*

33 I. MICHOU, « Drogations à la protection et droit de réglementer », dans *La Protection des investissements étrangers : vers une réaffirmation de l'État ?*, *op. cit.*, p. 58-68, spéc. p. 62.

34 C. TITI, « International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements », *op. cit.*, p. 656 ; cf. aussi C. TITI, « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement : une entrave au pouvoir normatif de l'État d'accueil ? », *JDI*, vol. 141, n° 2, 2014, p. 541.

35 I. MICHOU, « Drogations à la protection et droit de réglementer », *op. cit.*, p. 63.

téger non seulement ses biens mais également les attentes générées par son comportement<sup>36</sup>.

Si les attentes légitimes sont reconnues dans l'arbitrage international des investissements, elles peuvent être sujettes à controverse au niveau régional<sup>37</sup>. Or, le fait pour un tribunal arbitral de protéger une attente qui fait l'objet d'un déficit de légitimité régionale pourrait indigner les États ainsi que la société civile. La volonté de restreindre l'usage d'un tel concept qui est susceptible d'élever le degré de responsabilité de l'État peut être perçue comme un effort d'éviter tout abus d'autorité.

Au regard de ce qui vient d'être avancé, il est indéniable que l'Union européenne a entrepris des efforts visant à assurer une plus grande prévisibilité dans le domaine des investissements étrangers. Mais cet effort peut être compromis par l'absence d'homogénéité de la pratique de l'Union européenne<sup>38</sup>. Par exemple, si l'expression « discrimination ciblée » a été observée dans le CETA, elle est complètement absente dans l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et Singapour<sup>39</sup>. S'agissant des « attentes légitimes », elles sont clairement exprimées dans le texte de l'accord de libre-échange conclu avec Singapour alors qu'elles font l'objet de quelques réserves dans le cadre du CETA. Le langage utilisé dans l'accord de partenariat transpacifique global et progressiste est encore plus restrictif, excluant complètement les attentes légitimes à cet égard<sup>40</sup>.

La pratique de l'Union européenne est innovante sur bien des aspects, mais, sans une structuration globalement cohérente des dispositions des traités d'investissement, plusieurs approches définitionnelles de celles-ci peuvent exister parallèlement, ce qui peut créer une situation de fragmentation lors de l'application de ces dispositions. Pour éviter ces éventuelles contradictions, il faut une harmonisation de la compréhension des standards de traitement de protection des investissements. Une telle perspective renforçant l'hypothèse d'un régiona-

36 Le premier tribunal à avoir utilisé le concept est celui du CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed SA c/ États-Unis du Mexique*, aff. n° ARB (AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, § 154. Le principe est clairement affirmé ici : « [A]mbiguity and uncertainty [...] are prejudicial to the investor in terms of its advance assessment of the legal situation surrounding its investment and the planning of its business activity and its adjustment to preserve its rights » (§ 172). Cf. aussi *Saluka*, sentence partielle, § 301-302 : « An investor's decision to make an investment is based on an assessment of the state of the law and the totality of the business environment at the time of the investment as well as on the investor's expectation that the conduct of the host State subsequent to the investment will be fair and equitable. [...] The standard of "fair and equitable treatment" is therefore closely tied to the notion of legitimate expectations which is the dominant element of that standard. »

37 Le concept reçoit un accueil mitigé dans la région latino-américaine, M. POTESTA, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept », *ICSID Review*, vol. 28, n° 1, 2013, p. 97.

38 M. PAPARINSKIS, *op. cit.*

39 European Union (EU)-Singapore Free Trade Agreement (FTA), 2008.

40 Traité de libre-échange transpacifique, article 9.6, § 4 : « For greater certainty, the mere fact that a Party takes or fails to take an action that may be inconsistent with an investor's expectations does not constitute a breach of this Article, even if there is loss or damage to the covered investment as a result. »

lisme consolidé permettrait d'aller au-delà du bilatéralisme, structurellement marqué par des incohérences et des contradictions profondes<sup>41</sup>.

En conclusion, s'inscrivant dans la récente génération des accords régionaux d'investissement, la nouvelle dynamique de l'Union européenne offre probablement un paradigme de protection des investissements qui serait plus équilibré et qui semble aller au-delà de la protection *stricto sensu* des investissements pour également prendre en considération les nouveaux défis sociaux, sanitaires, climatiques ou environnementaux et économiques. L'accord de partenariat économique CARIFORUM-EU comprend ainsi des dispositions relatives à la responsabilité sociale des investisseurs<sup>42</sup>.

Par ailleurs, l'influence de l'Union européenne va au-delà de la reformulation des clauses substantielles de protection des investissements. Il y a une volonté politique européenne de transcender le mécanisme arbitral transnational qui a été « à la fois accablé d'honneur pour les uns et d'indignité pour les autres<sup>43</sup> ». La question de savoir quel mécanisme de règlement des différends à inclure dans les futurs accords de l'Union européenne et si ce mécanisme est compatible au droit de l'Union européenne permettra de voir jusqu'où elle peut influencer le droit des investissements internationaux.

## II. L'UNION EUROPÉENNE ET LE DEVENIR DE L'ARBITRAGE DES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT

Si les attaques virulentes au sein de l'Union européenne contre le mécanisme de règlement des différends investisseur-État (RDIE) et la foudre passagère de l'arrêt *Achmea* ont révélé la relation fragile entre l'Union européenne et le

41 Sur la question d'un nouveau régionalisme consolidé en droit international des investissements, cf. J. N. CALAMITA, M. SATTOROVA (dir.), *The Regionalization of International Investment Treaty Arrangements: Investment Treaty Law Current Issues V*, British Institute of International and Comparative Law, 2015.

42 Accord de partenariat économique entre les États du CARIFORUM, d'une part, et la Communauté Européenne et ses États membres, d'autre part, 30 octobre 2008, article 72 : « La partie CE et les États signataires du CARIFORUM coopèrent et prennent, sur leur territoire respectif, les mesures nécessaires pour assurer, notamment par leur législation nationale :

a. qu'il soit interdit aux investisseurs d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à tout agent public, membre de sa famille ou associé ou à toute autre personne en étroite relation avec cet agent, au profit de cet individu ou d'un tiers, afin que cet agent ou un tiers agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles ou afin d'obtenir une faveur en rapport avec un investissement envisagé ou des licences, permis, contrats ou autres droits liés à un investissement, et que les investisseurs assument la responsabilité pénale de ces actes ;

b. que les investisseurs agissent conformément aux normes fondamentales du travail, comme le requiert la déclaration de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) relative aux principes et droits fondamentaux au travail de 1998, à laquelle la partie CE et les États signataires du CARIFORUM sont parties ;

c. que les investisseurs ne gèrent pas ou n'effectuent pas leurs investissements de manière à contourner les obligations internationales en matière d'environnement et de travail découlant d'accords auxquels la partie CE et les États signataires du CARIFORUM sont parties ;

d. que les investisseurs établissent et maintiennent, le cas échéant, des processus de liaison avec les communautés locales, en particulier dans les projets impliquant des activités à forte utilisation de ressources naturelles, de manière à ce qu'ils n'annulent ou ne compromettent pas les avantages découlant, pour l'autre partie, des dispositions d'un engagement spécifique. »

43 M.-F. LABOUZ, « Le règlement des différends investisseur-État (RDIE) : brève revue de doctrine avant réforme », *op. cit.*, p. 131.

mécanisme RDIE et exprimé la nécessité de revisiter celui-ci (A), l'avis 1/17 de la Cour de justice a clarifié le statut actuel du mécanisme de règlement des différends par rapport à l'ordre juridique de l'Union et a ouvert la voie à la promotion d'un tribunal multilatéral permanent pour résoudre les différends liés aux investissements (B).

### ***A. Au-delà du mécanisme de règlement des différends investisseur-État***

L'Union européenne est un système complexe constitué de différents niveaux d'acteurs. Pour qu'une initiative européenne soit perçue comme légitime, elle ne doit pas être contraire aux attentes des différents acteurs institutionnels de l'Union, des États membres et de la société civile européenne.

Le débat suscité par le traité de libre-échange transatlantique entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique (partenariat transatlantique de commerce et d'investissement, TTIP en anglais), et en particulier l'inclusion du mécanisme RDIE, a révélé très clairement la relation controversée entre la société civile européenne et l'arbitrage investisseur-État<sup>44</sup>. Pour donner une idée de l'ampleur de cette controverse, il suffit de rappeler les manifestations anti-TTIP de 2015 à Berlin<sup>45</sup> ou la publication d'une lettre ouverte de plus d'une centaine de professeurs de droit contre le mécanisme RDIE dans le cadre du TTIP contesté<sup>46</sup>. Les lignes de force dégagées de la société civile lors de la consultation publique de 2015<sup>47</sup>, la contestation relayée par la France, l'Allemagne et le Luxembourg<sup>48</sup> ou encore la tentative de « sabotage » de la signature du CETA par le parlement régional de Wallonie ont conduit l'Union européenne à proposer des améliorations nécessaires du système RDIE contesté.

À cet effet, l'Union européenne entend ouvrir un dialogue avec des pays tiers sur la création à long terme d'une juridiction internationale permanente des investissements. Cette proposition a été inscrite dans le CETA<sup>49</sup>. L'idée de la Commission européenne serait donc de substituer à une « justice transnationale privée » un système public de règlement des différends, capable de corriger « les interprétations erratiques par les arbitres des principes généraux du droit<sup>50</sup> ».

44 European Commission, *Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP), Preliminary report (statistical overview)*, juillet 2014.

45 C. JOHNSTON, « Berlin Anti-TTIP Trade Deal Protest Attracts Hundreds of Thousands », *The Guardian*, 10 octobre 2015, disponible en ligne (uniquement en anglais) : <https://www.theguardian.com/world/2015/oct/10/berlin-anti-ttip-trade-deal-rally-hundreds-thousands-protesters> (consulté le 25 mai 2021).

46 *Legal Statement on Investment Protection and Investor-State Dispute Settlement Mechanisms in TTIP and CETA*, octobre 2016.

47 Commission européenne, *Online Public Consultation on Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, 13 janvier 2015, SWD(2015) 3 final, disponible en ligne : [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc\\_153044.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf) (consulté le 21 mai 2021).

48 Par ex., cf. la déclaration commune (TTIP et TTIP) du 21 janvier 2015.

49 CETA, article 8.29.

50 M.-F. LABOUZ, « Le règlement des différends investisseur-État (RDIE) : brève revue de doctrine avant réforme », *op. cit.*, p. 145.

Par ailleurs, il semble que la politique d'investissement de l'Union européenne vis-à-vis des mécanismes RDIE ne peut se définir sans le dernier mot de la Cour de justice, qui est le juge de la compatibilité du mécanisme RDIE avec le droit de l'Union européenne.

En mars 2018, dans l'effervescence médiatique engendrée par le mécanisme RDIE, la grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a rendu son arrêt *Achmea*<sup>51</sup> dans lequel elle a estimé que les articles 344 et 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) s'opposaient à l'arbitrage investisseur-État, tel que prévu dans le TBI intra-UE entre les Pays-Bas et la Slovaquie<sup>52</sup>. Cet arrêt qui a jeté des doutes sur la compatibilité du mécanisme RDIE avec le droit de l'Union européenne a été éclairé par l'avis 1/17 de la Cour de justice qui a précisé que l'élément décisif pour la négociation des futurs traités d'investissement est le droit applicable aux différends investisseur-État<sup>53</sup>.

Invitée à donner son avis sur la compatibilité du mécanisme RDIE prévu dans le CETA avec le droit de l'Union européenne, la Cour de justice a suivi une approche différente de l'arrêt *Achmea*, précisant que le simple fait que le mécanisme RDIE établi dans le cadre du CETA échapperait à l'ordre juridique de l'Union européenne ne signifiait pas nécessairement que l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne serait violée<sup>54</sup>. Elle a noté que l'Union européenne devrait être en mesure de conclure de tels accords compte tenu de la nature réciproque des accords internationaux et de la nécessité pour l'Union européenne de maintenir son pouvoir dans les relations internationales. En revanche, selon la Cour, il y aurait violation de l'autonomie du droit de l'Union européenne si le mécanisme RDIE s'autorisait soit à interpréter et appliquer le droit de l'Union européenne, soit à rendre des sentences ou décisions affectant le fonctionnement des institutions de l'Union européenne<sup>55</sup>. L'analyse du CETA n'a pas révélé ce cas de figure. Selon la Cour de justice, le CETA fournirait plutôt des pistes pour la protection de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne<sup>56</sup>.

Tandis que l'arrêt *Achmea* laissait place au doute, les récents développements de la Cour de justice ouvrent librement la voie à la politique d'investissement de la Commission européenne, notamment dans sa quête de réformer le mécanisme RDIE.

51 CJUE, Gde Chbr., 6 mars 2018, *Achmea*, aff. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158.

52 Dit autrement, l'arbitrage investisseur-État dans le cadre des TBI intra-EU est incompatible avec le droit de l'UE. La Cour s'est notamment appuyée sur l'avis 2/13 pour faire valoir que ces tribunaux d'arbitrage affectent l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne, les principes de confiance mutuelle et de coopération sincère, ainsi que la nécessité d'assurer une interprétation uniforme et efficace du droit de l'Union européenne.

53 CJUE, ass. plén., 30 avril 2019, *Accord ECG UE-Canada*, avis 1/17, ECLI:EU:C:2019:72.

54 *Ibid.*, pt 115.

55 *Ibid.*, pt 117.

56 *Ibid.*, pt 74.

### ***B. Autour de l'approche européenne de règlement des différends investisseur-État/Union européenne***

L'approche européenne de règlement des différends investisseur-État/Union européenne a été présentée depuis 2015 par la Commission européenne, qui a proposé l'idée de créer un tribunal multilatéral des investissements dans le cadre des négociations sur le TTIP entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique. Dans le cadre de ces négociations, la Commission européenne a publié un document concernant la réforme du mécanisme RDIE qui faisait notamment référence à l'introduction d'une cour internationale des investissements et d'un mécanisme d'appel avec des juges titulaires qui devraient remplacer le mécanisme bilatéral établi dans les TBI et autres accords internationaux d'investissement<sup>57</sup>. Une telle proposition a été approuvée par le Parlement européen, qui a ajouté entre autres des recommandations relatives à la transparence, au respect de la compétence des tribunaux de l'Union européenne et des États membres<sup>58</sup>. Ayant pris en considération ces recommandations, la Commission a présenté une nouvelle proposition de système juridictionnel des investissements<sup>59</sup>. Bien que les négociations dans le cadre du TTIP n'aient pas progressé, la Commission européenne s'est montrée fidèle à sa proposition en l'utilisant comme une référence clé dans le cadre des accords de libre-échange (ALE) conclus avec le Vietnam, le Mexique et dans la révision du CETA<sup>60</sup>.

Consacrée dans l'ALE conclu avec le Vietnam à la fin de l'année 2015, l'approche européenne de règlement des différends relatifs aux investissements privés internationaux est celle de l'instauration d'un système à mi-chemin entre un système judiciaire et un tribunal arbitral<sup>61</sup>. Ce système hybride est constitué d'un tribunal de première instance composé de six membres (deux Vietnamiens, deux Européens, deux tiers) nommés pour un mandat de huit ans renouvelable, qui entendra les requêtes par sections de trois membres (un Vietnamien, un Européen, un tiers exerçant la fonction de président) et d'un tribunal d'appel composé de six membres (deux Vietnamiens, deux Européens, deux tiers)<sup>62</sup> nommés également pour un mandat de huit ans, le mandat d'un membre pouvant être renouvelé.

<sup>57</sup> Commission européenne, *Concept Paper, Investment in TTIP and beyond – the path for reform, Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court*, 2015, p. 4.

<sup>58</sup> 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) (2014/2228(INI)), P8\_TA(2015)0252.

<sup>59</sup> Legislative train schedule, European Parliament, 2018, disponible en ligne : [https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-international-trade-inta/file-TTIP-investment-protection-investor-state-dispute-settlement-\(isds\)](https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-international-trade-inta/file-TTIP-investment-protection-investor-state-dispute-settlement-(isds)) (consulté le 25 mai 2021).

<sup>60</sup> V. ARGYROPOULOU, « ISDS reform in the EU: Are we there yet? », dans A. M. ANDERSON, B. BEAUMONT (dir.), *The Investor-State Dispute Settlement System: Reform, Replace or Status Quo?*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2021, p. 33-53, spéc. p. 51.

<sup>61</sup> A. REINISCH, « The European Union and Investor-State Dispute Settlement: From Investor-State Arbitration to a Permanent Investment Court: CIGI Investor-State Arbitration », *CIGI, Investor-state arbitration series*, Paper n° 2, mars 2016, p. 25.

<sup>62</sup> ALE EU-Singapour, articles 3.9 et 3.10.

On trouve un autre exemple de l'approche européenne dans le CETA, qui prévoit l'institution d'un tribunal permanent composé de quinze membres (cinq Européens, cinq Canadiens et cinq tiers)<sup>63</sup> nommés pour un mandat de cinq ans, renouvelable une fois. Le tribunal entendra les requêtes par sections de trois membres (un Européen, un Canadien et un tiers exerçant la fonction de président). Le CETA souligne également qu'il serait souhaitable que les membres du tribunal qui devront posséder une spécialisation en droit public international soient familiers des domaines du droit de l'investissement international, du droit commercial international et du règlement des différends découlant des accords internationaux de commerce ou d'investissement<sup>64</sup>. Le fait de ne pas mentionner expressément d'autres champs de compétence pourrait laisser croire que l'approche européenne souffre d'un manque d'équilibre dans sa compréhension des droits et responsabilités des investisseurs étrangers et dans sa représentation des champs d'expertise en droit public et droits humains<sup>65</sup>.

Comme l'accord conclu avec le Vietnam, le CETA a répondu « aux craintes de jurisprudence imprévisible ou incohérente<sup>66</sup> » en instituant un tribunal d'appel contre les sentences rendues en matière d'investissements<sup>67</sup> qui sanctionnera d'éventuelles erreurs dans l'application ou l'interprétation du droit applicable et d'éventuelles erreurs manifestes dans l'appréciation des faits, y compris l'appréciation du droit interne pertinent. Le mécanisme d'appel assurerait plus de prévisibilité et plus de cohérence dans l'application des principes juridiques, bien qu'on puisse toujours avancer que ce mécanisme d'appel « directement inspiré des dispositions conditionnelles insérées dans le nouveau modèle de TBI des États-Unis (2012)<sup>68</sup> » n'est en aucun cas une particularité européenne. On retient cependant l'originalité de ce système juridictionnel qui entend supprimer la justice transnationale unilatérale, en privant l'investisseur de sa capacité à désigner l'un des membres du tribunal, et en assurant « l'anonymat de l'opinion des membres du tribunal d'appel<sup>69</sup> ».

Plus intéressant encore, le CETA aspire à la formation d'un tribunal multilatéral permanent, soulignant que le Canada et l'Union européenne « s'emploient à créer, de concert avec d'autres partenaires commerciaux, un tribunal multilatéral des investissements et un mécanisme d'appel connexe aux fins du règlement des différends relatifs aux investissements<sup>70</sup> ». Cette « étape vers l'instauration d'un système multilatéral permanent de règlement des différends en

63 CETA, article 8.27.

64 CETA, article 8.27, § 4 ; cf. aussi ALE EU-Singapore, article 3.9, § 4.

65 G. VAN HARTEN, « A parade of reforms: The European Commission's proposal for ISDS », *Osgoode Hall Law School, Legal Studies research paper series*, Paper n° 21, vol. 11, n° 5, 2015, p. 10.

66 J. CAZALA, « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *op. cit.*, p. 12.

67 CETA, article 8.28.

68 United States of America Model Bilateral Investment Treaty 2012, article 28.10. J. CAZALA, « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *op. cit.*, p. 12.

69 *Ibid.*

70 CETA, article 8.29.

matière d'investissement<sup>71</sup> » est cruciale dans le remplacement du mécanisme bilatéral du RDIE.

Si autrefois l'on pouvait être perplexe au sujet de la compatibilité du tribunal multilatéral permanent avec le droit de l'Union européenne, la Cour de justice a noté dans son avis 1/17 que l'ordre juridique de l'Union européenne n'exclut pas l'initiative de la création d'un tribunal multilatéral pour régler les différends liés aux investissements. La nuance importante à retenir est qu'un tel tribunal devrait se limiter à interpréter et appliquer les dispositions de l'accord d'investissement conformément aux règles et principes du droit international. La Cour de justice a ainsi écarté de la compétence du juge des accords d'investissement l'interprétation et l'application des dispositions du droit de l'Union européenne.

Dans un contexte où l'arbitrage international des investissements est critiqué pour son manque de légitimité, l'avis 1/17 vient ouvrir la voie à un paradigme nouveau en présentant le mécanisme de règlement des différends du CETA comme un modèle à suivre dans les futurs traités d'investissement qui seront négociés entre l'Union européenne et des États tiers. Plus important encore, l'avis 1/17 est venu approuver les efforts consentis par la Commission européenne pour instaurer un tribunal multilatéral permanent.

Tandis qu'à la suite de l'arrêt *Achmea*, l'on pensait que la Cour de justice pourrait entraver la dynamique de réforme engagée par la Commission européenne<sup>72</sup>, les conclusions récentes de la cour soutiennent clairement la proposition européenne d'un tribunal multilatéral des investissements. Encouragée sur la scène mondiale et identifiée comme une « option de réforme » par la CNUDCI, elle semble être une réponse adaptée aux critiques du mécanisme bilatéral du RDIE<sup>73</sup>.

Si l'Union européenne parvenait à généraliser le projet de tribunal permanent à la négociation de tous ses instruments conventionnels relatifs aux investissements internationaux, cela ferait d'elle un acteur incontournable et aurait des effets considérables sur le devenir du droit international des investissements<sup>74</sup>.

71 *Ibid.* Cf. également *Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres au Groupe de travail III de la CNUDCI – 18 janvier 2019. Mettre en place un mécanisme permanent de règlement des différends internationaux en matière d'investissements.*

72 M. J. DORCE, « Prolégomènes à une lecture critique des relations entre droit de l'Union européenne et régime juridique international des investissements après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne », *op. cit.*, p. 79.

73 United Nations Commission on International Trade Law, Working Group III, Possible Reform of Investor-State dispute settlement (ISDS) (Investor-State Dispute Settlement Reform, 2018). Début janvier 2019, l'Union européenne et les États membres ont présenté deux documents au Groupe de travail III de la CNUDCI concernant la proposition de créer un tribunal multilatéral des investissements. À l'issue de la 38<sup>e</sup> session du Groupe de travail III à la fin du mois de janvier 2020, une telle proposition a été clairement considérée comme un aspect central de la réforme structurelle. Cf. United Nations Commission on International Trade Law Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform), Thirty-eighth session Vienna, 20-24 January 2020, Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its resumed thirty-eighth session (24 January 2020).

74 J. CAZALA, « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *op. cit.*, p. 11.



En conclusion, l'opportunité pour l'Union européenne d'influencer et de transformer le visage du droit international des investissements est loin d'être une illusion. En s'alignant sur la voie de la rédaction des traités de nouvelle génération, l'Union dépasse certainement les modèles de ses pays membres. Il peut néanmoins paraître difficile d'affirmer que l'ordre constitutionnel et politique européen *sui generis* apporte déjà de nouvelles contributions concernant la reformulation des standards de traitement des investissements. Un commentateur a remarqué que la pratique européenne s'apparenterait à une « *update of the us practice of the last decade, better on some points than others*<sup>75</sup> ». Aujourd'hui, si l'Union européenne veut se distinguer en tant qu'acteur nouvellement important du droit international des investissements, elle devrait, entre autres, pouvoir mettre en cohérence sa politique économique et ses politiques de protection de l'environnement, des droits de l'homme, de la sécurité et de la santé publique. En ces temps de vulnérabilité environnementale ou climatique, le rééquilibrage du droit des investissements est un enjeu central.

S'agissant de la réforme du mécanisme de règlement des différends investisseur-État, l'empreinte de l'Union européenne a été rendue plus visible par l'avis 1/17 de la Cour de justice. Il faudra cependant attendre le fonctionnement du tribunal multilatéral d'investissement proposé pour mieux appréhender ses apports dans la redéfinition de l'arbitrage international des investissements. Enfin, on verra si ce tribunal suivra l'avis 1/17 de la cour, voulant que le mécanisme RDIE soit limité à interpréter et appliquer uniquement l'accord d'investissement conformément au droit international.

75 M. PAPANINSKIS, « International Investment Law and the European Union: A Reply to Catharine Titi », *op. cit.*, p. 670.