



HAL
open science

L'arbitrage investissement, miroir du pouvoir de l'Union ?

Etienne Pataut

► **To cite this version:**

Etienne Pataut. L'arbitrage investissement, miroir du pouvoir de l'Union?. RTDEur. Revue trimestrielle de droit européen, 2024, 03, pp.269. halshs-04838224

HAL Id: halshs-04838224

<https://shs.hal.science/halshs-04838224v1>

Submitted on 24 Jan 2025

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'arbitrage investissement, miroir du pouvoir de l'Union ?

Etienne Pataut

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1) - IRJS

La Cour de justice, par une décision du 14 mars 2024¹, a récemment ajouté une péripétie institutionnelle inattendue à la situation déjà fort confuse née de la jurisprudence *Achmea*².

On sait que cet arrêt et ceux qui l'ont suivi ont interdit les procédures arbitrales naissant non seulement des traités bilatéraux d'investissements mais encore de certains traités multilatéraux, en particulier le Traité sur la charte de l'énergie. Risquant de porter atteinte à l'unité d'interprétation du droit de l'Union, les procédures d'arbitrage mises en œuvre dans ces traités sont considérées comme contraire au droit de l'Union. Obligation est donc faite aux États de se retirer de ces traités et de refuser de donner effet aux sentences qui sont rendues en application de ceux-ci.

Ces décisions ont fait l'objet de commentaires innombrables, y compris dans les colonnes de la *Revue trimestrielle de droit européen*³, et de critiques souvent virulentes, notamment dans la communauté des spécialistes d'arbitrage. Ont été ainsi critiqués, pêle-mêle : la faiblesse théorique du raisonnement juridique de la Cour, qui prouverait trop et risquerait de remettre en cause l'arbitrage commercial ; la violation du droit international public, qui résulterait de l'obligation faite aux États de ne pas respecter un traité qu'ils ont pourtant régulièrement ratifié ; ou encore l'amer paradoxe qui consiste à obliger les investisseurs à passer devant des tribunaux étatiques dans des litiges politiquement très sensibles, alors même que simultanément le système judiciaire de certains États de l'Union fait l'objet de recours en violation de l'État de droit...

Ces décisions s'imposent, bien entendu dans tous les États membres. Aussi ceux-ci ont-ils pris acte de la nouvelle solution, en annulant ou refusant l'exequatur aux sentences issues de ces procédures⁴. L'Union européenne, par ailleurs, est en train de sortir du Traité sur la charte de l'énergie. Le 27 juin dernier, en effet, le président du Conseil, représenté par la présidence belge et agissant au nom de l'Union, a notifié par écrit au dépositaire du traité le retrait de l'Union du traité sur la Charte de l'énergie⁵.

En revanche, cette solution n'impressionne guère ni les tribunaux arbitraux, valablement saisis en application de ces traités internationaux, ni les systèmes judiciaires des pays tiers, qui ne sont évidemment pas tenus par les décisions de l'Union. Comme le montre le recensement récent de Laurence Idot, les premiers rejettent de façon quasi-systématique les objections à leur compétence soulevées par les parties ou, parfois, par la Commission intervenant à titre d'*amicus curiae*, et les seconds ne voient aucune objection à rendre

¹ CJUE, 14 mars 2024, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-516/22

² CJUE, Gde Ch., 6 mars 2018, *Achmea*, aff. C-284/16.

³ V. en part. S. Ménétreay et M. Happold, « L'investissement et l'arbitrage au sens du Traité sur la Charte de l'énergie vu par la Cour de justice : la dimension stratégique de l'arrêt *Komstroy* à l'aune de l'Avis 1/20 », *RTDE*. 2022. 693.

⁴ Sur ces décisions, v. L. Idot, « A propos de la réception de la jurisprudence *Achmea* en dehors de l'Union », *Europe* 2024. Focus, n° 45.

⁵ Communiqué de presse du Conseil du 27 juin 2024 : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2024/06/27/energy-charter-treaty-eu-notifies-its-withdrawal/>.

exécutoire sur leur territoire les sentences qui ont été rendues en dépit des obstacles soulevés par la Cour⁶. Cette indifférence des tribunaux arbitraux et étatiques constitue d'ailleurs l'une des critiques supplémentaires opposées à cette jurisprudence *Achméa* : celle-ci ne ferait que déplacer hors d'Europe, et au détriment de celle-ci, le contentieux de l'arbitrage d'investissement.

Dans de nombreuses affaires en cours, il en résulte un imbroglio, dont témoigne avec un éclat particulier l'affaire *Micula*, qui est au cœur de la décision de la Cour du 14 mars. Tentaculaire⁷, cette affaire illustre jusqu'à la caricature les difficultés nées de la jurisprudence de la Cour sur l'arbitrage d'investissement dans les rapports avec les États tiers, puisque l'affaire est née de l'adhésion d'un État à l'Union et rebondit actuellement du fait du départ d'un autre État de cette même Union.

Résumée à très grands traits, la question concernait des investisseurs suédois en Roumanie ; ceux-ci avaient initialement compté sur un régime d'aide à l'investissement du droit roumain, finalement abrogé en raison de l'adhésion de la Roumanie à l'Union européenne. La décision roumaine, directement liée à son changement de statut, fut donc contestée devant des tribunaux arbitraux saisis en vertu d'un traité bilatéral d'investissement entre la Suède et la Roumanie et en application de la procédure mise en place par la Convention CIRDI. La sentence arbitrale a condamné en 2014 la Roumanie à verser des dommages et intérêt à la hauteur de l'aide supprimée. Mais, après diverses péripéties procédurales, cette sentence a elle-même été qualifiée d'aide d'État par la Commission, qui en a interdit l'exécution. En dépit de cette interdiction, les investisseurs ont cherché à obtenir la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale en Belgique, en France, au Luxembourg, en Suède, au Royaume-Uni et aux États-Unis d'Amérique. La Commission est intervenue dans toutes ces procédures pour s'y opposer, notamment en invoquant la jurisprudence *Achméa*. Efficace en Europe, cet argument est évidemment dénué de pertinence aux États-Unis. La situation du Royaume-Uni, qui était en cause dans l'arrêt était quant à elle singulière, puisque si les juridictions de ce pays ont accepté de reconnaître et d'exécuter la sentence, c'est certes en la qualité d'État tiers, mais cette qualité était tout juste acquise : le départ du Royaume-Uni date du 31 janvier 2020, l'arrêt de la Cour suprême du 19 février 2020...

La défaite était sans doute amère pour la Commission qui a invoqué les obligations pesant sur le Royaume-Uni pendant la période de transition pour initier contre elle un recours en manquement, auquel le Royaume-Uni a refusé de participer. C'est ce recours en manquement que la Cour de justice vient de trancher en donnant raison à la Commission et en condamnant le Royaume-Uni pour violation de ses obligations résultant du Traité ; d'un Traité, donc, auquel le Royaume-Uni n'est plus partie et au terme d'une procédure par défaut. Juridiquement explicable, la situation étonne tout de même tant elle paraît incongrue ; c'est qu'elle témoigne aussi d'un conflit de pouvoir qui dépasse les seules questions juridiques.

Les juristes sont évidemment les premiers concernés dans cette longue série jurisprudentielle dont le recours en manquement n'est que l'une des péripéties nouvelles. Chaque législateur, bien sûr, mais aussi chaque juge et chaque arbitre devra utiliser toutes

⁶ L. Idot, *Ibid.*

⁷ V. le résumé de A. Rigaux, « Contentieux des investissements, sentences arbitrales, procédures enchevêtrées, Brexit », *Europe 2024*, Etude 5.

les ressources argumentatives à sa disposition pour convaincre de la justesse de sa position. Ce débat, en l'occurrence est d'une infinie complexité en raison des nombreuses branches du droit concernées : droit de l'Union, bien sûr, mais aussi droit international public, droit des investissements, droit de l'arbitrage et, fréquemment (car les premiers concernés sont des personnes privées), droit des affaires ou droit des sociétés. Les positions juridiques, à cet égard, sont variées et dépendent en partie du point de vue à partir duquel chacun parle.

Mais, au-delà, les juristes sont-ils les seuls, sont-ils même les premiers concernés ? On peut en douter tant, manifestement, l'enjeu réel est ici un enjeu de pouvoir. Il ne fait guère de doute en effet que la revendication d'autonomie et de complétude de l'ordre juridique de l'Union au cœur de la jurisprudence *Achméa*, n'est qu'une étape de plus sur un long chemin partant de l'affaire *Costa c. Enel* de 1964 et passant par l'avis Avis 2/2013 du 18 décembre 2014 sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme. L'affaire *Achméa* n'est pas qu'une affaire d'arbitrage elle est aussi, et peut-être surtout, une affaire portant sur la volonté de l'Union de revendiquer à son profit un système clos (trop clos ?) d'élaboration des normes et de règlement des différends impliquant la puissance publique.

Dès lors, d'ici quelques années, l'épisode *Achméa* devra sans doute faire l'objet d'une analyse moins juridique qu'historique et politique. Peut-être qu'à cet égard, la querelle du gallicanisme, qui a vu s'opposer à partir de la fin du moyen-âge l'administration pontificale et la construction de ce qui allait devenir l'État moderne français, n'est pas le modèle comparatif le moins intéressant. Comme le montre N. Sild, le débat était théologique, certes, mais surtout institutionnel et politique⁸. L'enjeu était bien celui d'un ordre juridique en construction qui revendiquait pour lui-même un pouvoir au détriment d'un autre ; et si la querelle s'est finalement apaisée, ce n'est pas par la victoire abstraite et la force de conviction des arguments des uns et des autres mais bien parce qu'un nouvel équilibre s'est progressivement imposé, reconnaissant à chacun sa sphère de compétence.

Cette dynamique est elle-même tributaire des turbulences internes propres à chacun des systèmes en concurrence. A cet égard, il ne fait guère de doute que les récentes élections européennes et la discussion en cours sur la constitution des groupes parlementaires au sein du Parlement européen sont de nature à influencer ce débat, pourtant d'apparence si technique. Le système européen, bien entendu, est un navire à inertie lente et les changements brutaux de caps sont d'autant plus improbables que la Cour, elle n'a pas changé et reste strictement opposée au système d'arbitrage d'investissement intra-européen.

Il n'en reste pas moins qu'un Parlement plus fermement acquis à la reprise en main étatique pourrait bien bouleverser des équilibres qui ne sont pas encore suffisamment stabilisés. Tel est incontestablement le cas en matière d'arbitrage d'investissement. En témoignent notamment les très grandes difficultés et les réticences de certains États qui ont accompagné la fin programmée du Traité sur la charte de l'énergie ; en témoignent encore les difficultés qui accompagnent l'invention, dans la douleur, de nouveaux systèmes de règlement des différends dans les relations de l'Union avec les tiers. Il n'est pas exclu, dès lors, que ces solutions soient amenées à évoluer dans un avenir plus ou moins proche.

On le voit, derrière les arguments techniques et les péripéties judiciaires — de toute première importance et dont la *Revue trimestrielle de droit européen* ne manquera pas de

⁸ Nicolas Sild, *Le Gallicanisme et la construction de l'État (1563-1905)*, Institut universitaire Varenne, 2016.

continuer à commenter chacune des étapes — se dévoilent des considérations fondamentales de revendication de pouvoir. Miroir de ces revendications contradictoires, l'arbitrage d'investissement est donc, aussi, un bon poste d'observation pour apprécier la dynamique intégratrice de l'Union face aux ordres juridiques tiers. A cet égard, l'indifférence totale manifestée par les britanniques à l'encontre d'une procédure de manquement à laquelle ils ont refusé de participer et n'ont manifestement pas l'intention de se plier n'est sans doute pas un signe très encourageant.