

La CJUE estime non applicables entre Etats de l'UE les traités bilatéraux de protection des investissements (arrêt du 6 mars 2018)

Par Alexandre Malan

Docteur en droit – Avocat Associé

Dans un important arrêt du 6 mars 2018 (C 284/16), la CJUE se prononce sur une question sur laquelle elle était très attendue. La difficulté provenait de la mise en œuvre, par des investisseurs provenant d'Etats membres, de traités de protection des investissements à l'encontre d'autres Etats membres ayant accueilli leurs investissements. La question qui lui était posée était de se prononcer sur l'application, entre Etats membres, de traités de protection des investissements autorisant notamment le recours à l'arbitrage. La CJUE était saisie d'une question préjudicielle par le *Bundesgerichtshof*, la Cour suprême allemande, qui s'interrogeait sur cette question au regard d'une demande d'annulation de la sentence rendue contre la Slovaquie, condamnée par un tribunal arbitral ayant son siège en Allemagne à indemniser une compagnie d'assurances Néerlandaise (affaire *Achmea* (PCA Case n° 2008/13) sur la base du traité de protection des investissements ratifié entre les deux pays. La Cour indique qu'il existe une incompatibilité entre les mécanismes mis en place par l'Union, et notamment la compétence de la CJUE pour trancher les litiges relevant du droit de l'Union, et les mécanismes d'arbitrage mis en place par les traités bilatéraux de protection des investissements.

La motivation retenue par la Cour tient essentiellement ce qu'elle considère que les tribunaux arbitraux ne sont pas des juridictions d'un Etat membre de l'Union au sens de l'article 267 TFUE, de sorte que la CJUE ne peut exercer de contrôle sur la façon dont ils mettent en œuvre le droit communautaire.

Si la Cour admet qu'un tel contrôle peut intervenir par les tribunaux nationaux au stade de l'exequatur – et que par conséquent les tribunaux nationaux peuvent même interroger la Cour par le biais d'un recours préjudiciel à ce stade (elle cite notamment les affaires connues *Eco Swiss* (C 126/97) et *Mostaza Claro* (C168/05)) - elle souligne que ces arrêts ont été rendus en matière d'arbitrage commercial. Or, elle estime que la procédure d'arbitrage mise en place par le traité bilatéral de protection des investissements (TBI) en l'espèce se distingue de la procédure applicable dans l'arbitrage commercial. Selon elle en effet, alors que le second trouve son origine dans la volonté des parties, le premier puise sa légitimité dans un traité entre Etats, dans un système « *par lequel les Etats membres consentent à soustraire à la compétence de leurs propres juridictions et partant, au système des voies de recours juridictionnel que lui impose l'article 19, paragraphe 1, second alinéa TUE, leur impose d'établir dans les domaines couverts par le droit de l'Union (...) des litiges pouvant porter sur l'application et l'interprétation de ce droit* ». La Cour en déduit que ce mécanisme porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union.

En conclusion, la Cour opère une distinction entre l'arbitrage commercial – qui ne serait pas remis en cause – et l'arbitrage d'investissement, qui se trouve ainsi visé lorsqu'il vise à trancher des litiges dans les rapports intracommunautaires.

La motivation nous paraît critiquable. En effet, et pour ne parler que de l'exemple français, les premières décisions rendues laissent penser que le contrôle opéré par les juridictions nationales dans le cadre de demandes d'annulation, conduisent à considérer qu'il ne devrait pas y avoir de différenciation selon que la sentence trouve son origine dans l'accord des parties (arbitrage commercial) ou dans un traité international (arbitrage d'investissement). En particulier s'agissant du contrôle de la conformité à l'ordre public – par lequel s'opère le contrôle de la façon dont les arbitres appliquent le droit communautaire (ainsi dans les arrêts *Eco Swiss* et *Mostaza Claro* cités par la CJUE dans sa motivation) – il semble devoir être admis que ce contrôle s'opérera à l'identique, y compris avec la possibilité pour les juridictions nationales de procéder à un renvoi préjudiciel lorsque le droit communautaire est en cause (Cour d'Appel de Paris, 21 février 2017, *Rép. Kirghistan c. V. Belokon*, *Rev. Arb.*, 2017, p. 915, avec un commentaire des Audit et Bollée).

La décision rendue est vraisemblablement teintée de considérations politiques, et il est certain qu'elle donnera lieu à d'intéressants développements. On sait en effet, que la Commission n'est pas favorable au jeu de ces traités dans les rapports entre ressortissants et Etats de l'Union. L'enjeu est de taille, et avait déjà donné lieu à l'intervention de la Commission faisant défense à la Roumain d'exécuter une sentence arbitrale rendue sous l'égide du CIRDI, au motif que cette exécution reviendrait à autoriser une aide d'Etat (aff. *Micula c. Roumanie*). Comme le soulignent déjà quelques commentateurs, il est vraisemblable que cette décision aboutira à déplacer ce type de contentieux en dehors de l'Union Européenne, où le risque d'invalidation des sentences consécutif à cette jurisprudence sera moins sérieux, et à favoriser le recours au CIRDI plutôt qu'à des arbitrages ad hoc ou d'autres centres d'arbitrage, dans la mesure où les sentences du CIRDI sont dispensées d'exequatur dans les Etats parties.

Copyright Alexandre Malan 2018

BELOT MALAN & Associés

Avocats au barreau de Paris/ Attorneys at the Paris Bar

60 avenue Raymond Poincaré, 75116, Paris France

www.bmavocats.com

L'auteur peut être contacté par email: a.malan@bmavocats.com