

Accords internationaux d'investissement

Évolutions récentes et perspectives de la protection des investisseurs étrangers et de l'arbitrage investisseur-Etat à l'aune du droit de l'Union européenne

Mémoire réalisé par
William ROBERT

Promoteur
Pierre D'ARGENT

Année académique 2015-2016
Master en droit

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une œuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Remerciements :

Ce mémoire est le fruit d'un travail qui n'aurait pas pu être réalisé sans l'aide de plusieurs personnes auxquelles je souhaite exprimer ma reconnaissance.

Je tiens en premier lieu à remercier mon promoteur, Monsieur Pierre d'Argent, pour ses conseils avisés et précieux dans la détermination du sujet de ce mémoire et au cours de la rédaction de celui-ci.

Je tiens ensuite à remercier les membres de ma famille, et en particulier ma mère, pour leur soutien sans borne tout au long de ces années dont ce mémoire est le fruit.

Enfin, il me tient à cœur d'exprimer ma gratitude à mes amis pour leurs encouragements et particulièrement à Julie pour sa motivation, ses avis pertinents et son humour à toute épreuve.

Table des matières

INTRODUCTION	1
PARTIE I : INVESTISSEMENTS ETRANGERS DIRECTS ET DROIT SUBSTANTIEL	3
CHAPITRE I. NOUVELLE COMPETENCE EUROPEENNE EN MATIERE D'INVESTISSEMENTS ETRANGERS DIRECTS	3
<i>Section 1. Article 207 TFUE</i>	<i>3</i>
<i>Section 2. Portée de la nouvelle compétence de l'UE</i>	<i>3</i>
§ 1. « Investissements étrangers directs »	4
§ 2. Investissements de portefeuille	5
§ 3. Protection des investissements	5
§ 4. Expropriation	6
§ 5. Accords mixtes.....	6
CHAPITRE II. MISE EN ŒUVRE PAR L'UNION DE SA NOUVELLE COMPETENCE : ANALYSE DES CLAUSES SUBSTANTIELLES DE PROTECTION DES INVESTISSEURS DANS LES CHAPITRE D'INVESTISSEMENT DIRECT ETRANGER NEGOCIES PAR L'UNION	7
<i>Section 1. Modèle classique européen.....</i>	<i>7</i>
§ 1. Genèse et développement des TBI en Europe	8
§ 2. Caractéristiques de base communes aux TBI.....	9
a. Champ d'application	9
b. Phase post-établissement uniquement (protection des investissements).....	10
c. Droits matériels	10
<i>Section 2. Modèle américain</i>	<i>12</i>
§ 1. Du modèle classique au modèle américain	12
§ 2. Caractéristiques du modèle américain	14
a. Phase pré- et post-établissement	14
b. Traitement juste et équitable	14
c. Exceptions aux expropriations indirectes	15
d. Exceptions sectorielles	15
e. Absence de clause parapluie.....	15

§ 3. Conclusion	15
<i>Section 3. Vers un modèle de l'Union européenne ?</i>	<i>16</i>
§ 1. Accords d'investissement de l'UE pré-Lisbonne	16
§ 2. Accords d'investissement de l'UE post-Lisbonne	17
a. « Institutional earthquake »	18
b. Documents pertinents	19
c. Approche bilatérale	20
d. Degré de précision des dispositions	20
e. TBI distincts ou chapitres d'investissement au sein d'accord de libre échange ?	22
f. Contenu	22
g. Évolutions récentes dans le CETA et le Vietnam FTA	26
h. Expansion du modèle américain : vers un modèle multilatéral ?	28
PARTIE II : INVESTISSEMENTS ETRANGERS DIRECTS ET ARBITRAGE INVESTISSEUR-ETAT	31
CHAPITRE I. NOTION	31
<i>Section 1. Origine et développement</i>	<i>31</i>
<i>Section 2. Quelques chiffres.....</i>	<i>32</i>
<i>Section 3. Effet et intérêt</i>	<i>33</i>
CHAPITRE II. SITUATION DEPUIS L'ENTREE EN VIGUEUR DU TRAITE DE LISBONNE.....	34
<i>Section 1. Nouvelle compétence de l'UE</i>	<i>34</i>
<i>Section 2. Position des différentes institutions de l'Union européenne.....</i>	<i>35</i>
§ 1. Commission	35
§ 2. Conseil	36
§ 3. Parlement.....	36
<i>Section 3. Projet de texte modèle d'arbitrage de la Commission</i>	<i>37</i>
§ 1. Transparence.....	38
§ 2. Constitution des tribunaux	38
§ 3. Exécution des sentences	39
§ 4. Conclusion	40
<i>Section 4. Répartition des responsabilités financières entre l'Union et ses États membres</i>	<i>40</i>

§ 1.	Champ d'application	41
§ 2.	Répartition de la responsabilité financière	41
§ 3.	Déroulement de la procédure	41
§ 4.	Accords transactionnels	42
§ 5.	Païement des sommes allouées par une sentence définitive ou prévues par un accord transactionnel	42
§ 6.	Conclusion	42
<i>Section 5.</i>	<i>Évolutions du mécanisme dans le traité CETA initial</i>	<i>43</i>
§ 1.	Délai pour introduire une demande d'arbitrage	43
§ 2.	Exclusions	44
§ 3.	Consultations préalable obligatoires	44
§ 4.	Renonciation aux recours internes	45
§ 5.	Transparence de la procédure	45
§ 6.	Contenu de la sentence arbitrale	46
a.	Allocation des coûts de la procédure	46
b.	Types de compensation possibles	46
§ 7.	Possibilité de mettre en place un mécanisme d'appel	47
§ 8.	Nomination et compétence des arbitres	47
§ 9.	Conclusion : une avancée majeure ?	48
<i>Section 6.</i>	<i>Cour internationale d'investissement</i>	<i>49</i>
§ 1.	Innovations	49
a.	Tribunal de première instance	49
b.	Tribunal d'appel	50
c.	Conditions éthiques	51
d.	Transparence	51
e.	Amicus curiae	52
§ 2.	Critiques	52
a.	Exécution à l'étranger des décisions	52
b.	Tribunal d'appel	53
c.	Cour d'investissement multilatérale	54

§ 3. Conclusion	54
CONCLUSION.....	57
BIBLIOGRAPHIE	59

Introduction

Le 1^{er} décembre 2009, le traité de Lisbonne entrait en vigueur, marquant ainsi la fin d'une ère en droit international de l'investissement en ajoutant aux compétences exclusives de l'Union européenne les *investissements étrangers directs*, faisant de ce fait tomber dans l'escarcelle de l'UE la compétence de conclure des accords internationaux relatifs à la protection des investissements étrangers.

Le 5 juillet 2016, la Commission européenne se félicitait de la conclusion avec son homologue canadien du *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA qu'elle qualifiait d' « accord de libre-échange (...) adapté au 21^e siècle »).

Entre les deux, plus de cinq ans d'écart et autant d'incertitude quant au devenir de la politique européenne en matière d'investissements étrangers.

Ce mémoire tentera – modestement – de retracer pas à pas l'évolution de la politique européenne d'investissements depuis l'obtention de cette compétence par l'UE jusqu'à ce jour.

Pour ce faire, nous avons fait le choix de diviser cette contribution en deux parties. La première partie sera consacrée à l'évolution des droits substantiels octroyés aux investisseurs étrangers dans le cadre des accords d'investissement signés par l'UE, tandis que la seconde partie aura pour objet les droits procéduraux conférés par ces accords par le biais de la procédure d'arbitrage investisseur-Etat.

Dans le cadre de la première partie consacrée au droit substantiel, nous débiterons par introduire le sujet en délimitant la portée de la nouvelle compétence de l'UE en matière d'investissements étrangers directs et en évoquant ses limites (Chapitre I).

Nous entrerons ensuite dans le vif du sujet et en analysant la façon dont l'UE a mis en œuvre cette nouvelle compétence concernant la protection matérielle des investisseurs étrangers (Chapitre II). A cette fin, nous débiterons par une approche historique mais également comparative en parcourant les traditions européennes (Section 1) et nord-américaine (Section 2) en matière d'accords internationaux d'investissement et en énumérant leurs caractéristiques, tout en insistant sur les différences existant entre ces deux modèles. De façon logique, la troisième section sera quant à elle dédiée aux accords internationaux de l'UE et permettra de s'interroger sur l'apparition – ou non – d'un modèle de l'UE dans cette matière qui, comme nous le verrons, est parcourue d'un affrontement perpétuel entre deux intérêts nécessairement diamétralement opposés : la protection des investisseurs étrangers d'une part et le maintien de la liberté des pays d'accueil d'adopter des mesures dans l'intérêt public d'autre part (Section 3). Dans cette optique, nous observerons d'abord la position initiale des institutions européennes pour ensuite tenter de déceler les caractéristiques des récents – mais aussi futurs – accords internationaux d'investissement conclus par l'UE.

La deuxième partie de cette étude sera pour sa part dédiée à l'arbitrage investisseur-Etat classiquement contenu dans les accords internationaux d'investissement de ces dernières décennies au point de constituer une des caractéristiques distinctives de ces accords par rapport à d'autres accords internationaux. A cette fin, nous débiterons par retracer l'histoire de cet instrument procédural ainsi que

son intérêt et ses effets (Chapitre I) pour ensuite observer la situation depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne (Chapitre II). Pour ce faire, nous décrivons la position des différentes institutions européennes (Section 2) en n'oubliant cependant pas d'introduire le sujet en délimitant les contours de la compétence européenne en matière d'arbitrage (Section 1). Ensuite, nous observerons la manière dont l'UE a concrètement mis en œuvre sa compétence nouvelle en matière d'arbitrage d'investissement en parcourant le texte modèle d'arbitrage de la Commission (Section 3) et en observant la méthode choisie par l'UE pour répartir les responsabilités financières entre l'UE et ses Etats membres en cas de condamnation (Section 4). Nous poursuivrons enfin par analyser les propositions nouvelles apportées par l'UE dans le cadre de la négociation et de la conclusion récente d'accords internationaux d'investisseurs et en particulier dans le cadre du CETA (Section 5), avant de conclure en décrivant la dernière proposition en date de la Commission concernant la mise en place d'un système juridictionnel en matière d'investissement (Section 6).

Partie I : Investissements étrangers directs et droit substantiel

Chapitre I. Nouvelle compétence européenne en matière d'investissements étrangers directs

Avant d'entrer dans le vif du sujet, il est nécessaire de mentionner les dispositions pertinentes concernant la nouvelle compétence européenne en matière d'investissements étrangers ainsi que de tenter d'en définir les contours exacts.

Section 1. Article 207 TFUE

Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'UE dispose d'une compétence exclusive en ce qui concerne les investissements étrangers directs, qui tombent désormais dans le champ d'application de la politique commerciale commune de l'UE (art. 206 TUE)¹.

L'article 207(1) TFUE dispose en effet que

La politique commerciale commune est fondée sur des principes uniformes, notamment en ce qui concerne les modifications tarifaires, la conclusion d'accords tarifaires et commerciaux relatifs aux échanges de marchandises et de services, et les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, les investissements étrangers directs, l'uniformisation des mesures de libéralisation, la politique d'exportation, ainsi que les mesures de défense commerciale, dont celles à prendre en cas de dumping et de subventions. La politique commerciale commune est menée dans le cadre des principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union.

Cette nouvelle compétence de l'UE, explicite et exclusive, s'inscrit dans la volonté de la part de la Commission de jouer un rôle plus important en droit économique international, et est en particulier destinée à permettre à l'UE de mettre en place une politique cohérente en matière d'investissements².

Section 2. Portée de la nouvelle compétence de l'UE

Cet élargissement de la politique commerciale commune aux investissements étrangers directs ne s'est pas fait sans remous. En effet, la portée de cette nouvelle compétence exclusive de l'UE suscite certaines controverses.

¹ A. REINISCH, « The EU on the Investment Path – Quo Vadis Europe? The future of EU BITs and other Investment Agreements », 20 mars 2013, *Social Science Research Network*, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2236192>, p. 1.

² M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE et A. REINISCH, *International Investment Law: A Handbook*, Baden-Baden, Nomos, 2015, p. 1610.

§ 1. « Investissements étrangers directs »

Le terme « investissements étrangers directs » est fréquemment employé en droit international de l'investissement mais n'apparaît cependant que très rarement dans les accords d'investissement internationaux, qui emploient plutôt le terme plus large d'« investissement » ou au contraire ceux d'« établissement » ou d'« entreprise », plus restrictifs eux³.

En droit de l'investissement, l'investissement étranger direct est en général considéré comme un « *investment with a certain degree of control to the exclusion of portfolio and other broader notions of investment covered by most bilateral investment treaties (BITs) and international investment agreements (IIAs)* »⁴.

Moins fréquent en droit européen, ce terme n'est défini nulle part dans le TFUE⁵. C'est du côté du droit dérivé qu'il faut chercher afin d'en avoir une définition. L'annexe I de la directive 88/361/EEC⁶ concernant la libéralisation des mouvements de capitaux définit par exemple les investissements directs comme des « investissements de toute nature (...) qui servent à créer ou à maintenir des relations durables et directes entre le bailleur de fonds et le chef d'entreprise ou l'entreprise à qui ces fonds sont destinés en vue de l'exercice d'une activité économique ». Selon la CJUE, il s'agit d'un investissement durable et qui doit permettre à l'actionnaire de participer activement à la gestion ou au contrôle de l'entreprise⁷ :

Ainsi, la Cour a jugé que constituent des mouvements de capitaux au sens de l'article 56, paragraphe 1, CE, notamment, les investissements dits 'directs', à savoir, les investissements sous forme de participation à une entreprise par la détention d'actions qui confère la possibilité de participer effectivement à sa gestion et à son contrôle⁸.

Cette définition est conforme à la définition que l'on retrouve habituellement en droit international de l'investissement⁹. Le fond monétaire international¹⁰, pour sa part, insiste également sur l'aspect durable de l'investissement direct et y ajoute la condition que, pour être direct, l'investissement doit conférer à l'investisseur au minimum dix pourcent des droits de vote de l'entreprise¹¹.

³ *Ibid.*, p. 1612.

⁴ A. REINISCH, « The Division of Powers Between the EU and Its Member States 'After Lisbon' », *European Yearbook of International Economic Law*, Special Issue: International Investment Law and EU Law, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2011, p. 46.

⁵ *Ibid.*, p. 46.

⁶ Directive 88/361/CEE du Conseil, du 24 juin 1988, pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité, J.O.C.E. L178.

⁷ C.J.C.E. (Gr. Ch.), 12 décembre 2006 (Test Claimants in the FII Group Litigation c. Commissioners of Inland Revenue), C-446/04, disponible sur www.curia.eu, n° 181-182.

⁸ C.J.U.E. (1^{re} ch.), 8 juillet 2010 (Commission c. République Portugaise), C-171/08, disponible sur <http://curia.europa.eu>, n° 49.

⁹ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, op. cit., p. 1612.

¹⁰ Fonds monétaire international, *Manuel de la balance des paiements et de la position extérieure globale*, 6^e éd., Washington, International Monetary Fund, 2009, disponible sur <https://www.imf.org/external/french/pubs/ft/bop/2007/bopman6f.pdf>, p. 108, n° 6.12.

¹¹ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, op. cit., p. 1612.

§ 2. Investissements de portefeuille

La CJUE définit les investissements de portefeuille comme des « investissements sous forme d'acquisition de titres sur le marché des capitaux effectués dans la seule intention de réaliser un placement financier sans intention d'influer sur la gestion et le contrôle de l'entreprise »¹².

La question de savoir si ce type d'investissement rentre dans le champ d'application de la compétence de l'UE en matière d'investissements étrangers directs fait l'objet de controverses.

De nombreux auteurs ont fait part de leur étonnement face à l'utilisation de la notion d'investissement direct dans le TFUE, notion presque obsolète dans la mesure où, depuis des années, le libellé des accords internationaux d'investissement mais aussi les tribunaux arbitraux ont contribué à élargir le champ d'application de la protection des investissements pour y inclure – entre autres – les investissements de portefeuille¹³.

Ces mêmes auteurs considèrent qu'en raison de la limitation de la compétence de l'UE aux investissements directs, tout accord international portant sur la protection des investissements entendus largement (investissements de portefeuille y compris) devra être conclu comme un accord mixte étant donné l'absence de compétence exclusive de l'UE concernant ce type d'investissements¹⁴.

La Commission invoque cependant une compétence exclusive y compris à l'égard des investissements de portefeuille sur base de l'article 3(2) TFUE selon lequel « L'Union dispose également d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion (...) est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée » combiné à l'article 63 TFUE interdisant toute restriction aux mouvements de capitaux entre les États membres (EM) et les pays tiers¹⁵.

§ 3. Protection des investissements

Certains auteurs ont également prétendu – sur base d'une lecture restrictive des articles 206 et 207 TFUE et de l'objectif traditionnel de la politique commerciale commune de libéralisation¹⁷ – que la nouvelle compétence de l'UE ne porte que sur la libéralisation des investissements et non sur la protection des investissements une fois réalisés, compétence toujours aux mains des EM¹⁸.

¹² C.J.U.E. (1^{er} ch.), 8 juillet 2010 (Commission c. République Portugaise), C-171/08, disponible sur <http://curia.europa.eu>, n° 49.

¹³ A. REINISCH, « The Division of Powers Between the EU and Its Member States 'After Lisbon' », *op. cit.*, pp. 48-49.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 49-50.

¹⁵ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends investisseur-État mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie, COM (2012) 335 final, n° 1.2.

¹⁶ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, *op. cit.*, p. 1613.

¹⁷ A. REINISCH, « The EU on the Investment Path – *Quo Vadis* Europe? The future of EU BITs and other Investment Agreements », *op. cit.*, p. 4.

¹⁸ A. REINISCH, « The Division of Powers Between the EU and Its Member States 'After Lisbon' », *op. cit.*, p. 51.

Il semble cependant que l'interprétation littérale de ces articles commande de considérer que l'UE est compétente également en matière de protection des investissements¹⁹. C'est l'interprétation – majoritaire en doctrine²⁰ – qu'ont adopté la Commission, le Parlement européen et le Conseil, et qui est d'ailleurs mise en œuvre dans les différents accords négociés ou conclus par l'UE comme nous aurons l'occasion de le constater tout au long de ce mémoire²¹.

§ 4. Expropriation

Certains auteurs considèrent qu'en raison de l'article 345 TFUE qui dispose que « Les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres », l'UE n'est pas compétente pour inclure dans ses accords internationaux des règles relatives aux conditions d'expropriation des investisseurs, qui font pourtant partie des standards de protection les plus couramment inclus dans les traités bilatéraux d'investissements²².

Cette hypothèse est cependant réfutée par d'autres auteurs, aux motifs que l'article 345 ne prévoit pas de compétence *exclusive* pour les EM en matière d'expropriation²³ et que, de toute façon, cet article ne concerne pas les conditions auxquelles une expropriation peut avoir lieu²⁴.

§ 5. Accords mixtes

Ces questions de compétence sont importantes et ont un réel intérêt pratique étant donné que si l'un de ces aspects devait ne pas faire partie de la nouvelle compétence exclusive de l'UE en matière d'investissements étrangers directs, tout accord international intégrant des dispositions concernant ces aspects controversés (*i.e.* les investissements de portefeuille, la protection des investissements et les expropriations pour ne citer qu'eux) devra être conclu en tant qu'accord « mixte », nécessitant dès lors la signature des EM en plus de celle de l'UE²⁵.

Néanmoins, dans l'hypothèse où les dispositions en matière d'investissement font partie d'un accord plus large de libre échange, un tel débat semble stérile étant donné qu'un tel accord devra de toute façon être cosigné par les EM^{26,27}. C'est d'ailleurs le cas du CETA qui, comme l'a annoncé la

¹⁹ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, *op. cit.*, p. 1614 ; et REINISCH, A., « The Division of Powers Between the EU and Its Member States 'After Lisbon' », *op. cit.*, p. 52.

²⁰ G. BIANCO et F. FONTANELLI, « The inevitable convergence of the US and the EU on the Protection of Foreign Investments – BITs, PTAs, and Incomplete Contracts », *E.S.I.L.*, Conference Paper n° 7/2013, p. 4.

²¹ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, *op. cit.*, p. 1614.

²² BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, *op. cit.*, p. 1614.

²³ M. BUNGENBERG, « The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics », *European Yearbook of International Economic Law*, Special Issue: International Investment Law and EU Law, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2011, p. 36.

²⁴ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, *op. cit.*, p. 1614.

²⁵ A. REINISCH, « The EU on the Investment Path – *Quo Vadis* Europe? The future of EU BITs and other Investment Agreements », *op. cit.*, p. 4.

²⁶ *Ibid.*, p. 25.

²⁷ L. KING SHANDA, « The Future of Europe's International Investment Agreements », 10 août 2012, *Social Science Research Network*, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2352123>, p. 35.

Commission le 5 juillet 2016, sera conclu en tant qu'accord mixte et nécessitera dès lors le concours de tous les EM :

To allow for a swift signature and provisional application, so that the expected benefits are reaped without unnecessary delay, the Commission has decided to propose CETA as 'mixed' agreement. This is without prejudice to its legal view, as expressed in a case currently being examined by the European Court of Justice concerning the trade deal reached between the EU and Singapore.

(...)

Meanwhile, the open issue of competence for such trade agreements will be for the European Court of Justice to clarify, in the near future. From a strict legal standpoint, the Commission considers this agreement to fall under exclusive EU competence. However, the political situation in the Council is clear, and we understand the need for proposing it as a 'mixed' agreement, in order to allow for a speedy signature²⁸.

Chapitre II. Mise en œuvre par l'Union de sa nouvelle compétence : analyse des clauses substantielles de protection des investisseurs dans les chapitre d'investissement direct étranger négociés par l'Union

Traditionnellement, les accords internationaux d'investissement contiennent des dispositions protégeant les investisseurs étrangers en leur conférant certains droits qu'ils pourront le cas échéant faire valoir devant un tribunal arbitral. Si ce dernier aspect sera étudié dans la seconde partie de cette étude, le présent chapitre nous permettra quant à lui d'analyser les droits matériels habituellement conférés aux investisseurs étrangers par ces accords d'investissement avant de se pencher sur les droits matériels conférés par les accords – déjà ou prochainement – conclus par l'UE suite au transfert de compétence en sa faveur en matière d'investissements étrangers directs.

Section 1. Modèle classique européen

Si depuis les premières années de l'intégration du Marché Unique l'UE a été partie à de nombreux accords externes (c'est-à-dire conclus avec des partenaires autres que les États membres) intégrant des dispositions en matière d'investissement, les États membres (EM) ne sont pas pour autant restés spectateurs en la matière²⁹.

En effet, ces dernières décennies, ceux-ci ont conclu de nombreux *traités bilatéraux d'investissement* (TBI) avec des pays tiers afin de protéger les investissements réalisés à l'étranger par les nationaux de ces États membres³⁰. En concluant un TBI, le pays d'accueil renonce en réalité à une partie – plus ou

²⁸ Communiqué de presse de la Commission européenne du 5 juillet 2016, « European Commission proposes signature and conclusion of EU-Canada trade deal », disponible sur <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1524>.

²⁹ P. STRIK, *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*, Modern Studies in European Law, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 137.

³⁰ F.S. BENYON, *Direct Investment, National Champions and EU Treaty Freedoms: From Maastricht to Lisbon*, Modern Studies in European Law, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 99.

moins grande – de sa souveraineté dans le but d’attirer les investisseurs de l’autre pays signataire au TBI, qui eux sont protégés en vertu de ce TBI contre toute ingérence du pays d’accueil³¹.

Cette pratique a inévitablement eu pour conséquence l’apparition progressive d’un dense réseau de TBI extra-européens qui, bien que conclus indépendamment des initiatives de l’Union européenne visant à construire un marché unique en matière d’investissements étrangers, ne peuvent pas aujourd’hui être considérés sans avoir égard aux inévitables interactions de ceux-ci avec le droit européen³².

§ 1. Genèse et développement des TBI en Europe

Aux origines de l’intégration européenne, les États membres étaient majoritairement des exportateurs de capitaux investissant avant tout dans des pays récemment décolonisés³³.

Dans un même temps, le droit international de l’investissement faisait face à de nombreuses incertitudes en raison d’une déconstruction permanente des standards de droit international coutumier (par exemple, la Résolution de la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement de 1974 qui, en proclamant la « *Full permanent sovereignty of every State over its natural resources and all economic activities* »³⁴, conférait aux pays récemment décolonisés le droit de nationaliser les propriétés étrangères se trouvant sur leur sol, au détriment donc, le cas échéant, des investisseurs européens investissant dans ces pays)³⁵.

Ces développements eurent dès lors comme conséquence la nécessité pour les États alors membres de l’Union européenne, important exportateurs de capitaux dans ces pays tiers, de conclure des accords bilatéraux afin de protéger leurs investisseurs nationaux³⁶.

Le succès de ces TBI trouve son explication dans l’équilibre qu’ils créent entre les droits conférés aux pays tiers de décider des investissements admis sur leur territoire et d’exproprier les investisseurs étrangers d’une part, et le droit pour les investisseurs européens de voir leurs investissements faits à l’étranger traités d’une certaine façon et de percevoir une indemnisation équitable en cas d’expropriation³⁷.

L’Allemagne fut le premier pays à conclure des TBI dès 1959. La France, la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas lui emboîtèrent le pas et conclurent leurs premiers traités à partir de la fin des années 60 et du début des années 70. Ces programmes de TBI des EM ont contribué à faire de l’UE le plus

³¹ M. BURGSTALLER, « The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States », *European Yearbook of International Economic Law*, Special Issue: International Investment Law and EU Law, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2011, p. 55.

³² P. STRIK, *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*, op. cit., p. 137.

³³ *Ibid.*, p. 138.

³⁴ UN Resolution 3201 (S-VI), 1 May 1974 (Declaration on the Establishment of a New International Economic Order), disponible sur www.un-documents.net/s6r3201.htm, n° 4(e).

³⁵ P. STRIK, *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*, op. cit., p. 139.

³⁶ *Ibid.*, p. 139.

³⁷ *Ibid.*, p. 139.

grand importateur et exportateur d'investissements étrangers directs³⁸. Aujourd'hui, environ 1.200 TBI ont été conclus par les EM³⁹. Suite à ce succès, le reste du monde a emboité le pas des pays européens et compte à ce jour environ 1.500 TBI⁴⁰.

Par souci de clarté, nous emploierons le terme « TBI européens » pour désigner les TBI conclus par les EM de l'UE.

§ 2. Caractéristiques de base communes aux TBI

Les traités bilatéraux d'investissement fournissent généralement deux types de protection aux investisseurs étrangers : une protection *matérielle* par le biais de certaines garanties accordées à l'investisseur concernant son investissement, et une protection *procédurale* via un mécanisme spécifique de résolution des conflits grâce auquel l'investisseur peut faire valoir directement contre l'État-hôte les droits matériels qu'il a en vertu du TBI⁴¹.

Si les TBI des différents EM ne sont pas identiques, certaines caractéristiques communes peuvent néanmoins être observées⁴². De manière générale, les TBI européens se présentent tous de façon relativement similaire. Ils commencent d'abord souvent par préciser les objectifs du traité pour ensuite en définir le champ d'application, et continuent habituellement en énumérant les protections fournies à l'investisseur avant d'y inclure, pour la plupart d'entre eux, une clause d'arbitrage investisseur – État⁴³.

Étant donné que la particularité que constitue l'inclusion d'une clause d'arbitrage investisseur-État dans les TBI fait l'objet de la seconde partie de cette étude, elle ne sera pas étudiée dans le présent chapitre, qui se focalisera dès lors sur les droits matériels habituellement conférés aux investisseurs par les TBI européens classiques.

a. Champ d'application

Les TBI européens ont généralement un champ d'application étendu : leurs dispositions s'appliquent souvent aux investissements entendus de façon extensive en y assimilant « *every kind of assets* »⁴⁴.

En outre, contrairement aux TBI américains (qui seront décrits *infra*), les TBI européens couvrent généralement tous les secteurs sans exceptions spécifiques⁴⁵.

³⁸ *Ibid.*, p. 139.

³⁹ N. LAVRANOS, « In Defence of Member States' BITs Gold Standard: The Regulation 1219/2012 Establishing a Transitional Regime for Existing Extra-EU BITs – A Member State's Perspective », *Transnational Dispute Management*, mars 2013, p. 1.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 1.

⁴¹ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, *op. cit.*, p. 189.

⁴² G. BIANCO et F. FONTANELLI, « The inevitable convergence of the US and the EU on the Protection of Foreign Investments – BITs, PTAs, and Incomplete Contracts », *op. cit.*, p. .

⁴³ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, *op. cit.*, p. 189.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 189.

⁴⁵ G. BIANCO et F. FONTANELLI, « The inevitable convergence of the US and the EU on the Protection of Foreign Investments – BITs, PTAs, and Incomplete Contracts », *op. cit.*, p. 7.

b. Phase post-établissement uniquement (protection des investissements)

Classiquement, les TBI européens ne protègent les investissements que dans leur phase post-établissement⁴⁶. Cela s'explique, comme on le verra plus-après, par le fait que la compétence en matière de libéralisation appartenait de façon exclusive à l'UE et ce déjà avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne⁴⁷.

c. Droits matériels

Les TBI européens contiennent en principe plusieurs standards de traitement qui devront être respectés par le pays d'accueil à l'égard de l'investisseur étranger. Nous avons fait le choix de ne sélectionner que quelques-uns des standards les plus souvent inclus dans les TBI européens.

1. Traitement juste et équitable

Le traitement juste et équitable (*fair and equitable treatment*) est un – sinon le – standard clé en droit de l'investissement et est inclus dans l'immense majorité des TBI, européens mais également mondiaux⁴⁸. Celui-ci assure à l'investisseur un traitement minimal qui, contrairement aux standards de non-discrimination évoqués *infra*, est absolu en ce qu'il n'est lié ni au traitement accordé aux investisseurs nationaux ni à celui accordé aux autres investisseurs étrangers⁴⁹. Ce standard de traitement protège dès lors l'investisseur contre un grand nombre d'initiatives que le pays d'accueil pourrait prendre à l'égard de son investissement⁵⁰.

Fréquemment invoqué par les investisseurs, notamment en tant argument subsidiaire lorsque le tribunal arbitral rejette une plainte pour expropriation, ce standard de protection a connu et connaît un énorme succès en arbitrage d'investissement, succès qui va de pair avec les critiques souvent émises à son égard⁵¹. Ces critiques concernent principalement son manque de clarté qui a permis aux tribunaux arbitraux de faire une interprétation tellement extensive de ce standard qu'il permet en réalité d'empêcher « *host-country administrative and governmental action to a degree that threatens the policymaking autonomy of that country* »⁵² en assimilant presque la notion de traitement juste et équitable à celle d'attentes légitimes⁵³.

2. Standards de non-discrimination

Les TBI européens combinent habituellement au sein d'une même disposition deux standards protégeant les investisseurs de tout traitement discriminatoire à l'égard de leur investissement par le

⁴⁶ *Ibid.*, p. 8.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 8.

⁴⁸ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, *op. cit.*, p. 702.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 702.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 189.

⁵¹ *Ibid.*, pp. 702-703.

⁵² *Fair and Equitable Treatment*, 2^e éd., UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, New York and Geneva, United Nations, 2012, p. 1.

⁵³ G. BIANCO et F. FONTANELLI, « The inevitable convergence of the US and the EU on the Protection of Foreign Investments – BITs, PTAs, and Incomplete Contracts », *op. cit.*, p. 6.

pays d'accueil⁵⁴. Ces standards sont généralement formulés de façon assez brève dans les TBI européens⁵⁵.

Le premier standard de protection est la clause de la nation la plus favorisée (*Most Favoured Nation*), qui impose au pays d'accueil d'accorder à l'investisseur étranger un traitement au moins aussi avantageux que celui accordé aux autres investisseurs étrangers⁵⁶.

Le second standard est la clause du traitement national (*National Treatment*). Elle impose au pays d'accueil d'accorder à l'investisseur étranger un traitement au moins aussi avantageux que celui accordé à ses investisseurs nationaux⁵⁷.

À la différence du traitement juste et équitable, qui est absolu, ces deux standards de protection sont relatifs car ils dépendent du niveau de protection que le pays d'accueil accorde à ses investisseurs nationaux ou étrangers⁵⁸.

3. Expropriation

La plupart des TBI garantissent les investisseurs étrangers contre toute expropriation – directe ou indirecte – non accompagnée d'une indemnité⁵⁹. En effet, les TBI autorisent généralement le pays d'accueil à exproprier un investisseur à condition notamment que l'expropriation soit non discriminatoire, faite dans l'intérêt public et en échange d'une indemnisation⁶⁰.

Récemment cependant, la reconnaissance d'une expropriation par les tribunaux arbitraux est devenue moins courante (en raison notamment de controverses quant aux conditions que doit revêtir une expropriation) de sorte que ceux-ci ont davantage recours à d'autres standards comme le traitement juste et équitable⁶¹.

4. Clauses parapluie

Les clauses parapluies sont des clauses relativement concises également souvent intégrées dans les TBI mais qui suscitent de nombreuses controverses quant à leur portée exacte⁶². Interprétées littéralement, ces clauses obligent le pays d'accueil à exécuter les obligations spécifiques qu'ils ont prises à l'égard des investisseurs de l'autre pays partie au TBI⁶³. Ces dispositions sont dans les faits très favorables aux investisseurs car elles leur permettent en réalité de contourner le système judiciaire

⁵⁴ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, op. cit., p. 808.

⁵⁵ A. REINISCH, « The EU on the Investment Path – *Quo Vadis* Europe? The future of EU BITs and other Investment Agreements », op. cit., p. 13.

⁵⁶ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, op. cit., p. 808.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 847.

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 808-809.

⁵⁹ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, op. cit., p. 963.

⁶⁰ *Expropriation: A sequel*, 2^e éd., UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, New York and Geneva, United Nations, 2012, p. xii.

⁶¹ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, op. cit., p. 964.

⁶² A. REINISCH, « The EU on the Investment Path – *Quo Vadis* Europe? The future of EU BITs and other Investment Agreements », op. cit., p. 13.

⁶³ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, op. cit., p. 888.

du pays d'accueil en invoquant directement devant un tribunal arbitral, en vertu du TBI, des obligations que le pays d'accueil aurait prises à leur égard⁶⁴.

5. Clauses de transfert

Les clauses de transfert de fonds sont présentes dans tous les TBI européens⁶⁵ et sont essentielles en ce qu'elles donnent à l'investisseur le droit de transférer librement ses fonds, ce qui constitue un des aspects les plus importants des investissements étrangers et donc un facteur déterminant dans la décision de l'investisseur de réaliser – ou non – un investissement à l'étranger⁶⁶.

Section 2. Modèle américain

La conclusion de nombreux TBI par les économies européennes a, comme nous l'avons évoqué précédemment, inspiré d'autres pays à en faire de même et notamment les Etats-Unis qui, en 1981, lancèrent leur propre programme de TBI⁶⁷.

Si le modèle américain de TBI fut à l'origine inspiré par le modèle européen, il n'en reste pas moins que certaines différences ont émergé entre les deux modèles⁶⁸.

Contrairement aux accords de libre échange (ALE) conclus par l'UE avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, les *Free Trade Agreements* (FTA) conclus par les Etats-Unis contiennent habituellement un chapitre consacré à la protection des investissements⁶⁹. À la différence donc de la situation qui avait cours en Europe, les Etats-Unis ne se trouvaient pas dans un système à deux vitesses qui les aurait empêché d'adopter une position cohérente dans le cadre de négociations avec leurs partenaires économiques. C'est une des raisons pour laquelle ils ont pu développer un modèle unique et cohérent avec la politique d'investissement qui est la leur⁷⁰.

§ 1. Du modèle classique au modèle américain

Les caractéristiques du modèle américain (ou « modèle NAFTA », du nom du *North American Free Trade Agreement*) seront énumérées ci-après. L'on peut cependant doré et déjà affirmer qu'à l'analyse des clauses de ce modèle, une différence majeure avec les TBI européens apparaît : le modèle NAFTA a, sans ambiguïté, pris le parti de garantir le pouvoir de réguler des États signataires (pays d'origine ou pays d'accueil), au détriment s'il le faut de la protection accordée à leurs investisseurs⁷¹.

⁶⁴ A. DE LUCA, « Umbrella Clauses and Transfer Provisions in the (Invisible) EU Model BIT », *The Journal of World Investment & Trade*, juillet 2014, pp. 506-533, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2526810>, p. 2.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 21.

⁶⁶ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, op. cit., p. 871.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 191.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 191.

⁶⁹ G. BIANCO et F. FONTANELLI, « Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », *Stanford Journal of International Law*, n° 2014/2, p. 214.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 218.

⁷¹ BIANCO, G. et FONTANELLI, F., « The inevitable convergence of the US and the EU on the Protection of Foreign Investments – BITs, PTAs, and Incomplete Contracts », E.S.I.L., Conference Paper n° 7/2013, p. 8.

Cette différence fondamentale entre les modèles européens de TBI et le modèle américain trouve son explication dans l'origine même des TBI et surtout dans le contexte dans lequel ils ont été adoptés.

En effet, comme évoqué précédemment, à leur origine les TBI furent principalement conclus dans un climat d'insécurité pour les investisseurs de pays développés qui, en raison de déclarations de pays récemment indépendants – notamment concernant leur souveraineté sur leurs ressources naturelles et sur leur droit d'exproprier des investisseurs étrangers opérant sur leur territoire et ce sans aucune compensation –, poussa les pays développés à conclure des traités bilatéraux afin de protéger les droits de leurs investisseurs opérant dans ces pays⁷².

Si juridiquement les TBI contiennent des droits et obligations applicables aux deux parties (c'est-à-dire au pays d'origine de l'investisseur et au pays d'accueil dans lequel l'investissement est fait) de manière tout à fait identique, ils étaient (du moins ceux conclus dans ce contexte) dans les faits asymétriques pour la simple et bonne raison qu'en réalité les obligations n'étaient assumées que par les pays en voie de développement (qui étaient majoritairement importateur d'investissements), à la différence des pays développés qui eux se souciaient avant tout de protéger les droits de leurs investisseurs opérant à l'étranger⁷³. Ces TBI fournissaient donc en réalité une protection maximale des investisseurs originaires de pays développés, tout en diminuant corrélativement la marge de manœuvre de légiférer des États en voie de développement⁷⁴. Cette perte d'autonomie se fit évidemment en défaveur des pays émergents, qui conclurent néanmoins ces TBI afin d'attirer des investisseurs potentiels⁷⁵.

Cette asymétrie de fait des TBI (pays développés *versus* pays en voie de développement), autrefois si confortable pour les pays développés et leurs investisseurs, était cependant vouée à poser problème dans l'éventualité où deux pays développés décideraient de conclure un traité bilatéral en matière d'investissement⁷⁶.

C'est précisément le scénario qui se produisit lorsque les Etats-Unis et le Canada signèrent un accord de libre échange (*North American Free Trade Agreement*) contenant un chapitre en matière de protection des investissements. En effet, dès l'instant où chacun des États signataires est voué à recevoir des investissements autant qu'il est voué à en exporter, l'on comprend l'intérêt pour chacun d'entre eux de trouver un équilibre entre la protection de leurs investisseurs d'une part – *jadis* la seule préoccupation des pays développés – et le maintien de leur autonomie législative qui, avec les TBI classiques, était en péril⁷⁷.

⁷² G. BIANCO et F. FONTANELLI, « Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », *op. cit.*, p. 219.

⁷³ *Ibid.*, p. 219.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 219.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 219.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 219.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 219.

Les Etats-Unis se sont alors mis en quête d'un modèle plus équilibré de traité bilatéral d'investissement, à mi-chemin entre la protection totale des investisseurs et le maintien de la marge de manœuvre des États, qui a abouti au modèle contenu dans le traité NAFTA conclu avec le Canada et le Mexique⁷⁸.

Au fur et à mesure des négociations qui suivirent avec d'autres pays, les Etats-Unis ont fait évoluer leur modèle de TBI pour tenir compte de l'expérience – parfois mauvaise en tant que partie défenderesse⁷⁹ – accumulée depuis l'adoption du modèle NAFTA – notamment en précisant l'interprétation de certaines clauses essentielles – pour aboutir, en 2012, au « *U.S. Model BIT* »⁸⁰, qui est actuellement le modèle utilisé par les Etats-Unis dans leurs négociations avec leurs partenaires économiques⁸¹.

§ 2. Caractéristiques du modèle américain

En raison de leurs origines divergentes (comme évoqué *supra*), le modèle américain de TBI s'est progressivement écarté du modèle traditionnel européen dans ses clauses de droit matériel mais également dans certaines de ses clauses procédurales.

a. Phase pré- et post-établissement

Une différence essentielle entre les TBI européens et les TBI américains est que ces derniers imposent également au pays d'accueil de ne pas adopter de comportement discriminant à l'égard de l'investisseur étranger au moment de l'établissement ou de l'admission de l'investissement, et pas uniquement une fois l'investissement réalisé⁸². Si cette extension des standards de non-discrimination créent donc *de facto* un accès au marché du pays d'accueil pour les investisseurs⁸³, les TBI américains contiennent toutefois généralement une liste de secteurs ou mesures auxquels cette obligation ne s'applique pas⁸⁴.

b. Traitement juste et équitable

Une autre différence avec les TBI traditionnels est que le modèle américain adopte comme référent pour le standard de traitement juste et équitable le *customary international law minimum standard of treatment of aliens*^{85,86}. Par conséquent, en réalité, les TBI américains imposent au pays d'accueil de

⁷⁸ *Ibid.*, p. 219.

⁷⁹ G. BIANCO et F. FONTANELLI, « The inevitable convergence of the US and the EU on the Protection of Foreign Investments – BITs, PTAs, and Incomplete Contracts », *op. cit.*, p. 14.

⁸⁰ U.S. Model Bilateral Investment Treaty, 2012, disponible sur <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>.

⁸¹ G. BIANCO et F. FONTANELLI, « Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », *op. cit.*, p. 219.

⁸² BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, *op. cit.*, p. 207.

⁸³ G. BIANCO et F. FONTANELLI, « The inevitable convergence of the US and the EU on the Protection of Foreign Investments – BITs, PTAs, and Incomplete Contracts », *op. cit.*, p. 8.

⁸⁴ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, *op. cit.*, p. 207.

⁸⁵ G. BIANCO et F. FONTANELLI, « The inevitable convergence of the US and the EU on the Protection of Foreign Investments – BITs, PTAs, and Incomplete Contracts », *op. cit.*, p. 6.

⁸⁶ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, *op. cit.*, p. 208.

respecter ce standard coutumier mais pas d'avantage⁸⁷. Cette approche tranche avec les TBI traditionnels dont, comme nous l'avons évoqué, le manque de clarté a parfois conduit à une interprétation extensive de la part des tribunaux arbitraux en faveur des investisseurs⁸⁸.

c. Exceptions aux expropriations indirectes

Le modèle américain diffère en outre du modèle européen en ce qu'il contient généralement une disposition énumérant explicitement des mesures qui ne peuvent en principe pas être assimilées à une expropriation indirecte⁸⁹. Une telle clause établit en quelque sorte une présomption de non-expropriation dans le chef du pays d'accueil qui prendrait une mesure réglementaire de façon non discriminatoire et dans l'intérêt public⁹⁰.

d. Exceptions sectorielles

Contrairement au modèle européen, les TBI américains ne couvrent pas indifféremment tous les secteurs⁹¹. Ceux-ci comprennent en effet des dérogations et exceptions applicables à certains secteurs considérés comme sensibles, à l'égard desquels le pays d'accueil pourra adopter une attitude différente⁹².

e. Absence de clause parapluie

Enfin, si ce n'était pas le cas avant le modèle américain de 1994, les TBI américains n'incluent depuis lors plus de clause parapluie (voy. *supra* concernant l'effet des clauses parapluie)⁹³.

§ 3. Conclusion

En résumé, ainsi que l'illustrent les différentes clauses-type du modèle américain évoquées *supra*, celui-ci a pour préoccupation majeure de préserver le droit pour le pays d'accueil d'adopter et de mettre en œuvre les législations qu'il estime nécessaires, et ce même si cela devait se faire au détriment des investisseurs⁹⁴.

Cette approche délibérément choisie par les Etats-Unis vise en réalité à se prémunir contre la tendance qu'ont eu – et ont toujours – des tribunaux arbitraux à interpréter certaines dispositions des TBI classiques (telles que les clauses de traitement juste et équitable ou les clauses parapluie) de façon si

⁸⁷ G. BIANCO et F. FONTANELLI, « The inevitable convergence of the US and the EU on the Protection of Foreign Investments – BITs, PTAs, and Incomplete Contracts », *op. cit.*, p. 6.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 6.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 7.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 7.

⁹¹ *Ibid.*, p. 7.

⁹² *Ibid.*, p. 7.

⁹³ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, *op. cit.*, p. 208.

⁹⁴ G. BIANCO et F. FONTANELLI, « Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », *op. cit.*, p. 228.

extensive que, dans les faits, la souveraineté des États de légiférer dans des matières d'intérêt public était menacée⁹⁵.

Il est frappant de constater que, pour sa part, le modèle classique de TBI européens décrit dans la première section du présent chapitre n'a pas suivi le même parcours, c'est-à-dire n'a pas fait l'objet de modifications similaires afin de prémunir les États de ce que d'aucuns considèrent comme une dérive des TBI traditionnels (*i.e.* la perte de souveraineté dans les faits des pays signataires de tels TBI)⁹⁶. La section suivante nous permettra d'observer que les institutions de l'UE, récemment investies de leur nouvelle compétence en matière d'investissements étrangers directs, semblent aujourd'hui avoir pris conscience de certaines de ces inquiétudes.

Section 3. Vers un modèle de l'Union européenne ?

Il est maintenant temps d'analyser les mesures concrètes de protection des investisseurs étrangers que l'UE, en tant que nouvel acteur sur la scène internationale de l'investissement depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, se propose d'adopter.

Avant de ce faire, nous évoquerons brièvement les accords internationaux conclus par l'UE avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en matière de libéralisation des investissements.

§ 1. Accords d'investissement de l'UE pré-Lisbonne

Si depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne la compétence de l'UE en matière d'investissement est considérablement élargie en ce qu'elle englobe dorénavant les investissements étrangers directs dans leur entièreté (sous réserve des limites précédemment évoquées au sein du premier chapitre de ce mémoire), l'UE n'a pourtant pas attendu ce moment pour conclure des accords internationaux en matière d'investissement⁹⁷. Elle avait déjà eu l'occasion de mettre en œuvre la compétence – limitée – dont elle disposait alors en cette matière dans plusieurs accords internationaux signés avec des pays tiers⁹⁸. En effet, la plupart des accords d'association et de coopération conclus par l'UE avant le 1^{er} décembre 2009 contiennent des dispositions également applicables aux investissements étrangers⁹⁹.

Néanmoins, étant donné l'absence de dispositions spécifiques à cet effet, l'UE ne disposait alors pas de la compétence nécessaire pour conclure des accords relatifs à la *protection* des investissements, pour laquelle les EM restaient individuellement compétents. La Cour de Justice, dans son avis 1/94¹⁰⁰, disait en effet pour droit en 1994 que la compétence de l'UE dans le cadre de la politique commerciale commune ne s'étendait pas aux investissements étrangers directs impliquant des pays tiers¹⁰¹. Il était

⁹⁵ *Ibid.*, p. 228.

⁹⁶ G. BIANCO et F. FONTANELLI, « The inevitable convergence of the US and the EU on the Protection of Foreign Investments – BITs, PTAs, and Incomplete Contracts », *op. cit.*, p. 5.

⁹⁷ A. DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2011, p. 126.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 126.

⁹⁹ M. BURGSTALLER, « The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States », *op. cit.*, p. 56.

¹⁰⁰ C.J.C.E., Avis 1/94, Rec. C.J.C.E., 1994, I-05267.

¹⁰¹ M. BURGSTALLER, « The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States », *op. cit.*, pp. 55-56.

dès lors impossible pour l'UE de conclure des accords externes dans ce domaine, à moins d'inclure dans le processus d'élaboration l'entièreté des EM afin qu'ils puissent marquer leur accord¹⁰².

D'autre part, de tels accords seraient inévitablement rentrés en conflit avec le réseau existant de TBI conclus par les EM, qui ont précisément pour objet la protection des investissements dans le cadre de la phase post-établissement¹⁰³.

C'est la raison pour laquelle les accords d'investissements conclus par l'UE se sont traditionnellement focalisés sur la phase d'établissement – autrement dit sur la *libéralisation* des investissements –, tandis que les TBI conclus par les EM avaient eux pour objet la *protection* des investissements étrangers une fois qu'ils étaient réalisés – c'est-à-dire pendant la phase post-établissement¹⁰⁴.

L'analyse de la pratique de l'UE révèle qu'une des singularités fondamentales de ce type d'accords pré-Lisbonne est que, contrairement aux TBI, ceux-ci ne se focalisent pas uniquement sur la matière de l'investissement. En effet, les dispositions en matière d'investissement ne constituent souvent qu'une partie – généralement sous les chapitres relatifs au droit d'établissement et à la libre circulation des services et des capitaux – d'un accord plus général pouvant porter sur une multitude de secteurs¹⁰⁵.

Les accords d'investissement négociés par l'UE préalablement à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne contiennent dès lors tous des dispositions en matière de paiement et de mouvements de capitaux¹⁰⁶ mais, à l'exception du Traité sur la Charte de l'Énergie, aucun d'entre eux ne régit de façon substantielle la protection des investissements (matière – comme on l'a vu – traditionnellement réservée aux TBI) ni ne contient de mécanisme spécifique de règlement des conflits en matière d'investissement habituellement présent dans les TBI¹⁰⁷.

§ 2. Accords d'investissement de l'UE post-Lisbonne

Suite au transfert de compétence en matière d'investissement étranger direct en faveur de l'UE depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la question fondamentale était de savoir comment l'UE allait mettre en œuvre sa nouvelle compétence, autrement dit quelles étaient les clauses qu'elle déciderait d'inclure dans ses accords d'investissement qui, dorénavant, pourront inclure des dispositions en matière de protection des investissements étrangers (en plus des dispositions en matière de libéralisation des investissements déjà présentes dans les accords précédents de l'UE)¹⁰⁸.

¹⁰² G. BIANCO et F. FONTANELLI, « Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », *op. cit.*, p. 215.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 215.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 215.

¹⁰⁵ L. MOLA, « Which Role for the EU in the Development of International Investment Law? », *Society of International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference*, 2008, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=1154583>, p. 8.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 9.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 9.

¹⁰⁸ HOFFMEISTER, F. et ÜNÜVAR, G., « From BITs and Pieces towards European Investment Agreements », in *EU and Investment Agreements: Open Questions and Remaining Challenges*, Studies in International Investment Law, Baden-Baden, Nomos, 2013, p. 70.

Cette interrogation était d'autant plus interpellante que, si les TBI des EM contiennent en général des clauses standards similaires, ils divergent néanmoins sur certains points de détail. Partant, l'UE allait-elle baser ses négociations sur un « modèle européen » spécialement développé à cet effet, ou allait-elle au contraire insérer dans ses accords d'investissement des clauses différentes selon les cas¹⁰⁹ ?

Le grand intérêt que suscite la future politique d'investissement de l'UE s'explique sans doute entre autre par le fait que l'UE est à ce jour la région qui reçoit et exporte le plus d'investissements étrangers directs au monde¹¹⁰. Partant, la position qu'elle décidera d'adopter affectera non seulement ce flux d'investissements étrangers directs, mais aura également un impact sur l'attitude qu'adopteront d'autres pays¹¹¹.

a. « Institutional earthquake¹¹² »

Une des innovations majeures du traité de Lisbonne fut de faire de la procédure de codécision la procédure législative ordinaire du système décisionnel de l'UE. La nouvelle compétence de l'UE en matière d'investissements étrangers directs n'échappe pas à cette règle.

Cet état de fait a dès lors eu pour conséquence l'entrée en lice du Parlement européen dans les discussions en matière d'investissements étrangers directs au sein de l'UE, étant donné que tout projet d'accord, s'il est négocié par la Commission sur mandat du Conseil, doit dorénavant être approuvé par le Parlement européen en sus du Conseil¹¹³.

La position du Parlement européen est sans équivoque : en tant que seul organe démocratiquement élu de l'UE, défendant donc avant tout les intérêts des citoyens de l'Union, celui-ci était résolument déterminé à adopter une politique d'investissement qui permette aux EM de conserver leur autonomie législative¹¹⁴.

D'après certains auteurs, l'apparition de ce nouvel acteur sur la scène européenne du droit de l'investissement était de nature à compromettre la capacité de l'UE à agir de façon stratégique sur la scène internationale : si la position adoptée par le Parlement européen est conforme aux intérêts qu'il est censé protéger (*i.e.* l'intérêt des citoyens européens de ne pas voir leurs politiques nationales limitées dans leur champ d'action au profit d'investisseurs étrangers), elle entre inévitablement en conflit avec le point de vue adopté par la Commission¹¹⁵.

En effet, la Commission avait, pour sa part, dès le début répété sa détermination à ce que la politique européenne de l'UE en matière d'investissements étrangers directs aille dans le sens d'une

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 70.

¹¹⁰ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, *op. cit.*, p. 305.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 305.

¹¹² G. BIANCO et F. FONTANELLI, « Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », *op. cit.*, p. 216.

¹¹³ L. KING SHANDA, « The Future of Europe's International Investment Agreements », *op. cit.*, p. 27.

¹¹⁴ G. BIANCO et F. FONTANELLI, « Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », *op. cit.*, p. 216.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 216.

augmentation de la protection des investisseurs européens opérant à l'étranger, ou en tout cas du maintien du niveau de protection fourni par les TBI européens¹¹⁶. Une telle politique de protection maximale des investisseurs à l'étranger limite la marge de manœuvre du pays d'accueil et est donc par nature destinée à entrer en conflit avec la politique opposée du Parlement européen qui consistait au contraire à permettre au pays d'accueil de conserver entière son autonomie législative sans devoir craindre d'être poursuivi devant des tribunaux arbitraux par des investisseurs opérant sur son sol et lésés par une mesure prise dans l'intérêt public¹¹⁷.

Cette divergence de point de vue des institutions européennes concernant la politique à adopter en matière de protection des investissements étrangers directs a rendu, comme nous le verrons, les négociations entreprises par la Commission sur mandat du Conseil plus difficiles¹¹⁸.

b. Documents pertinents

Même si le Conseil, la Commission et le Parlement ont des conceptions parfois opposées de ce que la nouvelle politique européenne en matière d'investissements étrangers directs devrait être, différents documents émis par ces institutions au cours de ces dernières années permettent néanmoins de se rendre compte qu'elles se rejoignent sur différents points de sorte que certaines tendances ont pu être dégagées.

Parmi ces documents seront notamment mentionnés : une communication de la Commission du 7 juillet 2010¹¹⁹, des conclusions du Conseil (en réponse à la communication de la Commission) du 25 octobre 2010¹²⁰, une résolution du Parlement du 6 avril 2011¹²¹ ainsi que différents mandats de négociation octroyés à la Commission par le Conseil et en particulier le mandat dans le cadre du CETA du 12 septembre 2011¹²².

D'autre part, outre ces différents documents, certaines négociations ayant abouti au moment où le présent mémoire a été rédigé, l'analyse de diverses dispositions de ces accords récemment conclus par l'UE nous permettra d'affirmer – ou d'infirmer – certaines tendances annoncées ou pressenties. Nous aurons également égard à certains documents qui, quoique non définitifs car provenant de négociations encore en cours, sont également précieux de détails.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 217.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 217.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 217.

¹¹⁹ Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Towards a comprehensive European international investment policy, COM(2010)343 final, 7.7.2010, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0343&from=FR>.

¹²⁰ *Conclusions on a comprehensive European international investment policy*, 3041st Foreign Affairs Council meeting, Luxembourg, 25 October 2010, disponible sur http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/117328.pdf.

¹²¹ *European Parliament resolution of 6 April 2011 on the future European international investment policy*, 2010/2203(INI), disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2011-0141+0+DOC+PDF+V0//EN>.

¹²² *Council's negotiation mandate concerning negotiations on investment with Canada, India and Singapore*, 12 septembre 2011, conférence de presse disponible sur http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/EN/genaff/124579.pdf, p. 13.

Dans un souci de cohérence des termes, notamment avec les différentes citations d'auteurs rapportées tout au long de cette étude, nous avons fait le choix de rapporter la version anglaise des extraits des différents documents pertinents.

c. Approche bilatérale

Si dans sa communication la Commission note que « *the feasibility of a multilateral initiative could further be considered in the long term* »¹²³, aucun des documents émis par les institutions de l'UE n'indique qu'il s'agit de la stratégie poursuivie¹²⁴. Au contraire, il semble qu'il faille considérer que l'approche multilatérale ne sera favorisée que dans le cas où l'approche bilatérale est soit impossible, soit inadéquate¹²⁵.

Le Parlement, pour sa part, met la Commission en garde en indiquant dans sa résolution que « *the Commission should bear in mind the lessons learnt (...) in particular regarding the failure of OECD negotiations on a Multilateral Agreement on Investment* »¹²⁶ »¹²⁷.

Il ressort de ces déclarations – mais également la pratique de l'UE depuis lors – que la stratégie adoptée par l'UE est – du moins pour le moment – indubitablement celle d'une approche bilatérale¹²⁸.

d. Degré de précision des dispositions

Comme nous l'avons vu, les TBI varient fortement en ce qui concerne le degré de précision des standards de protection qu'ils contiennent. Les institutions européennes n'échappent pas à la règle et ont aussi parfois eu des conceptions divergentes en la matière.

1. Parlement

Dans sa résolution du 6 avril 2011, le Parlement a eu l'occasion d'exprimer certaines inquiétudes concernant la tradition des EM en matière de TBI consistant à inclure dans ces traités des termes volontairement vagues et ouverts à l'interprétation des tribunaux arbitraux et, de ce fait, à limiter la liberté des autorités publiques d'adopter des législations dans l'intérêt public¹²⁹ :

*(...) after the first dispute settlement cases of the 1990s, and in spite of generally positive experiences, a number of problems became clear because of the use of vague language in agreements being left open for interpretation, particularly concerning the possibility of conflict between private interests and the regulatory tasks of public authorities, for example in cases where the adoption of legitimate legislation led to a state being condemned by international arbitrators for a breach of the principle of 'fair and equitable treatment'*¹³⁰.

¹²³ Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, op. cit., p. 7.

¹²⁴ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, op. cit., p. 310.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 310.

¹²⁶ European Parliament resolution of 6 April 2011 on the future European international investment policy, op. cit., n° 8.

¹²⁷ *Ibid.*, n° 9.

¹²⁸ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, op. cit., p. 311.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 312.

¹³⁰ European Parliament resolution of 6 April 2011 on the future European international investment policy, op. cit., n° G.

Le Parlement poursuit ensuite en rappelant que

(...) the USA and Canada, which were among the first states to face such rulings, have adapted their model BITs in order to restrict the breadth of interpretation by the arbitration and ensure better protection of their public intervention domain¹³¹.

Cela rejoint les observations faites *supra* dans la section consacrée au modèle américain qui, comme nous l'avons vu, se révèle être considérablement plus complet que la majorité des TBI européens.

2. Commission

À l'opposé, pour sa part, la Commission a, dans sa Communication du 7 juillet 2010, affirmé sa volonté ambitieuse de maintenir pour les investisseurs européens un niveau de protection au moins aussi élevé que celui prévu par les TBI conclus par les EM :

The Union should follow the available best practices to ensure that no EU investor would be worse off than they would be under Member States' BITs¹³².

De manière assez inattendue, la Commission continue cependant en insistant sur le fait que

Investment agreements should be consistent with the other policies of the Union and its Member States, including policies on the protection of the environment, decent work, health and safety at work, consumer protection, cultural diversity, development policy and competition policy. Investment policy will continue to allow the Union, and the Member States to adopt and enforce measures necessary to pursue public policy objectives¹³³.

Cette dernière affirmation est en effet surprenante de la part de la Commission dans la mesure où une protection accrue de la liberté pour les gouvernements de légiférer dans l'intérêt public entraîne *de facto* une diminution corrélative de la protection des investisseurs¹³⁴. En effet, c'est précisément l'ambiguïté des termes contenus dans les TBI traditionnels qui a permis et permet à certains tribunaux arbitraux de favoriser la protection d'investisseurs lésés par certaines politiques publiques pourtant légitimes.

3. Paradoxe européen

Il semble qu'à l'heure de définir sa politique générale en matière d'investissements étrangers directs, le serpent européen se morde la queue. En effet, l'UE est tiraillée entre ses rôles d'importateur et d'exportateur d'investissements étrangers directs¹³⁵.

En tant qu'exportatrice d'investissements, l'intérêt de l'UE est de protéger au maximum ses investisseurs opérant à l'étranger en concluant, conformément à la pratique des EM avant 2009, des accords d'investissement relativement courts et ouverts à interprétation¹³⁶.

¹³¹ *Ibid.*, n° H.

¹³² Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *op. cit.*, n° 4.

¹³³ *Ibid.*, n° 3(c).

¹³⁴ G. BIANCO et F. FONTANELLI, « Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », *op. cit.*, p. 229.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 230.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 230.

A l'inverse, en tant qu'importatrice d'investissements, l'UE a intérêt à conclure des accords extensifs et prévoyant expressément la liberté pour les États de légiférer dans l'intérêt public en délimitant expressément les cas dans lesquels les investisseurs doivent pouvoir bénéficier d'une protection¹³⁷.

La situation dans laquelle l'UE se trouve est en réalité comparable à la situation décrite *supra* qui a permis au modèle américain tel qu'on le connaît actuellement à se développer lorsque les Etats-Unis ont signé le traité NAFTA avec le Canada : dès lors que l'UE est amenée à négocier des accords d'investissement avec des pays développés (notamment le Canada dans le cadre du traité CETA – récemment conclu) et qui ont une tradition différente en matière de TBI, l'UE est confrontée à la nécessité de trouver un équilibre entre la protection de ses investisseurs à l'étranger et la protection des EM menacés par des investisseurs étrangers lésés.

e. TBI distincts ou chapitres d'investissement au sein d'accord de libre échange ?

La Commission a fait savoir, dans sa communication du 7 juillet 2010, qu'à court terme les négociations en matière d'investissement seraient menées « *as part of broader trade negotiations* », mais que des des négociations autonomes « *would also remain an option* »¹³⁸.

À ce jour, les accords signés par l'UE en matière d'investissements étrangers (notamment le traité CETA et l'EU-Vietnam FTA) l'ont été dans le cadre d'accords de libre échange.

D'aucuns soulignent que le fait de mener les négociations en matière d'investissement en même temps que des négociations plus larges comporte le risque que les dispositions consacrées à l'investissement soient sacrifiées sur l'autel du commerce, potentiellement considéré comme plus important, et fassent l'objet de compromis¹³⁹.

f. Contenu

Sur base des seuls documents officiels émis par les trois institutions européennes, il était initialement peu aisé de prévoir avec certitude le contenu des futurs accords européens en matière d'investissement¹⁴⁰. Certaines caractéristiques de ce qui était encore il y a peu la *future* politique européenne en matière d'investissements étrangers ont cependant émergé.

1. Rejet d'un modèle unique européen

Au contraire des Etats-Unis, et comme nous l'évoquerons ci-après, le récent transfert de compétence en faveur de l'UE n'a pas, jusqu'aujourd'hui, mené à l'adoption d'un réel modèle européen qui pourrait être utilisé par l'UE dans ses différentes négociations¹⁴¹.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 230.

¹³⁸ Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *op. cit.*, n° 4.

¹³⁹ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, *op. cit.*, p. 313.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 313.

¹⁴¹ G. BIANCO et F. FONTANELLI, « The inevitable convergence of the US and the EU on the Protection of Foreign Investments – BITs, PTAs, and Incomplete Contracts », *op. cit.*, p. 7.

Dans sa communication, la Commission avait d'ores et déjà annoncé que si « *the Union's future action (...) should be inspired and guided by the best available standards, so as to offer a level playing field of a high quality to all EU investors* », « *However, a one-size-fits-all model for investment agreements with 3rd countries would necessarily be neither feasible nor desirable. The Union will have to take into account each specific negotiating context* »¹⁴². Selon elle, une flexibilité est donc nécessaire dans le cadre des négociations concernant le contenu des futurs accords d'investissement de l'UE¹⁴³.

Pour sa part, le Parlement a au contraire enjoint la Commission à publier « *non-mandatory guidance as expediently as possible, e.g. in the form of a template for BITs* »¹⁴⁴.

Il est en réalité probable que ce refus de publier un modèle d'accord européen en matière d'investissement découle de la volonté de la Commission et du Conseil de garder confidentielle la position de l'UE dans le cadre des négociations avec ses différents partenaires¹⁴⁵.

2. Champ d'application

Concernant le champ d'application des dispositions en matière de protection des investissements, la question était de savoir si l'UE allait promouvoir une conception large des « *foreign investments* » ou si, au contraire, une distinction serait opérée entre les différentes formes d'investissements étrangers¹⁴⁶. Nous renvoyons à cet effet le lecteur au premier chapitre concernant l'étendue de la nouvelle compétence européenne en matière d'investissements étrangers directs.

Dans le mandat de négociation conféré à la Commission pour le traité CETA, le Conseil fait le vœu d'une définition large de la notion d'investissement en précisant que « *the investment protection chapter of the agreement shall cover a broad range of investors and their investments, intellectual property rights included, whether the investment is made before or after the entry into force of the agreement* »¹⁴⁷.

D'autre part, si les institutions européennes divergent quant à la question de savoir si l'UE est exclusivement compétente – ou pas – pour légiférer en matière d'investissements de portefeuille, celles-ci se rejoignent cependant sur la nécessité, quoi qu'il en soit, d'inclure ce type d'investissements dans le champ d'application des futurs accords européens aux côtés des IDE¹⁴⁸. L'exclusion des investissements de portefeuille se révélerait en effet inhabituelle au regard de la pratique en matière de TBI – qui portent généralement aussi sur ce type d'investissements indirects – et serait en sus susceptible d'entraîner des difficultés pratiques¹⁴⁹.

¹⁴² Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, op. cit., n° 3.

¹⁴³ P. STRIK, *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*, op. cit., p. 102.

¹⁴⁴ European Parliament resolution of 6 April 2011 on the future European international investment policy, op. cit., n° 10.

¹⁴⁵ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, op. cit., p. 314.

¹⁴⁶ A. DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, op. cit., p. 186.

¹⁴⁷ Mandat de négociation CETA modifié du 14 juillet 2011, disponible sur <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12838-2011-EXT-2/en/pdf>, n° 26(b).

¹⁴⁸ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, op. cit., p. 314.

¹⁴⁹ A. REINISCH, « The EU on the Investment Path – *Quo Vadis Europe?* The future of EU BITs and other Investment Agreements », op. cit., p. 11.

En tout état de cause, comme nous l'avons soulevé au premier chapitre, la question de savoir si l'UE est – ou non – exclusivement compétente en matière d'investissements de portefeuille ne paraît pas essentielle étant donné que les traités de libre échange négociés par la Commission sur mandat du Conseil et dans lesquels sera intégré un chapitre en matière d'investissement devront vraisemblablement être signés en tant qu'accords mixtes étant donné la répartition des compétences en matière de commerce¹⁵⁰.

3. Accès et admission

Les accords de l'UE en matière d'investissement conclus par l'UE avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne ne se préoccupaient dans une large mesure, faute pour l'UE de disposer de la compétence nécessaire, que de l'aspect de l'accès au marché, c'est-à-dire de la *libéralisation* des investissements.

Bien que l'UE soit désormais compétente en matière de protection des investissements, la volonté affichée des institutions européennes est de continuer à mener également une politique de libéralisation des investissements¹⁵¹¹⁵².

4. Protection

La position de l'UE concernant le contenu des futures dispositions en matière de protection des investissements était impatientement attendue étant donné qu'il s'agit là du cœur même de la nouvelle compétence détenue par l'UE depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

Concernant les standards de protection que contiendront les futurs accords externes de l'UE en matière d'investissement, un consensus existe entre les institutions qui, de façon générale, prônent pour l'inclusion des standards de traitement actuellement prévus par les TBI des EM¹⁵³.

Le mandat de négociation donné par le Conseil à la Commission précise à cet effet que

The negotiations shall aim to include in particular but not exclusively the following standards of treatment and rules:

- (a) fair and equitable treatment, including a prohibition of unreasonable, arbitrary or discriminatory measures,*
- (b) unqualified national treatment,*
- (c) unqualified most-favoured nation treatment,*
- (d) protection against direct and indirect expropriation, including the right to prompt, adequate and effective compensation,*
- (e) full protection and security of investors and investments,*
- (f) other effective protection provisions, such as "umbrella clause",*
- (g) free transfer of funds of capital and payments by investors,*
- (h) rules concerning subrogation¹⁵⁴.*

¹⁵⁰ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, op. cit., p. 314.

¹⁵¹ A. REINISCH, « The EU on the Investment Path – Quo Vadis Europe? The future of EU BITs and other Investment Agreements », op. cit., p. 11.

¹⁵² A. DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, op. cit., p. 187.

¹⁵³ A. REINISCH, « The EU on the Investment Path – Quo Vadis Europe? The future of EU BITs and other Investment Agreements », op. cit., p. 12.

¹⁵⁴ Mandat de négociation CETA modifié du 14 juillet 2011, op. cit., n° 26(c).

Reste que le Conseil ne fournit pas d'avantage de détails et ne se prononce notamment pas sur le degré de précision que devraient revêtir ces clauses¹⁵⁵. Pourtant, ainsi que nous l'avons évoqué *supra*, l'ambiguïté et les controverses que suscitent de telles clauses – typiques des TBI conclus par les EM – en droit de l'investissement nécessitent que l'UE s'en inquiète¹⁵⁶ si sa volonté est réellement, comme l'indique le Conseil, de fournir aux investisseurs européens « *the highest possible level of legal protection and certainty* »¹⁵⁷ »¹⁵⁸.

Cependant, la Commission a rapidement fait montre de sa volonté de préciser certaines clauses¹⁵⁹, notamment dans le cadre des négociations relatives au traité CETA avec le Canada.

Dans un communiqué de presse de décembre 2013¹⁶⁰, la Commission se félicite ainsi que « *For the first time ever, the CETA agreement provides for a precise definition of 'fair and equitable treatment'. This will avoid too wide interpretations and provide clear guidelines to tribunals* », et de continuer en soutenant que « *For the first time in EU agreements, CETA contains detailed language on what constitutes indirect expropriation* »¹⁶¹.

Le Parlement, pour sa part, se réfère aux mêmes standards tout en émettant plusieurs réserves¹⁶². Concernant le standard de traitement juste et équitable, le Parlement est d'avis de le définir sur base du droit coutumier international¹⁶³¹⁶⁴. En réalité, il s'agit d'une référence au modèle américain décrit *supra*. Concernant les clauses parapluie, le Parlement exprime certaines réserves sans les expliquer davantage¹⁶⁵.

D'autre part, soucieux de protéger au maximum les investisseurs mais tout en maintenant le droit de réguler pour les États hôtes, le Conseil dans son mandat insistait que la protection des investisseurs prévue par les futurs accords « *shall be without prejudice to the right of the EU and the Member States to adopt and enforce (...) measures necessary to pursue legitimate public policy objectives (...) in a non-discriminatory manner* »¹⁶⁶.

¹⁵⁵ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, op. cit., p. 316.

¹⁵⁶ A. DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, op. cit., p. 189.

¹⁵⁷ Mandat de négociation CETA modifié du 14 juillet 2011, op. cit., n° 26(a).

¹⁵⁸ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, op. cit., p. 316.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 316.

¹⁶⁰ Press Release, European Commission, Investment Provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement, 12 mars 2013, disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf.

¹⁶¹ G. BIANCO et F. FONTANELLI, « Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », op. cit., p. 230.

¹⁶² BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, op. cit., p. 316.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 316.

¹⁶⁴ European Parliament resolution of 6 April 2011 on the future European international investment policy, op. cit., n° 19.

¹⁶⁵ *Ibid.*, n° 20.

¹⁶⁶ Mandat de négociation CETA modifié du 14 juillet 2011, op. cit., n° 26(a).

Le Parlement prône également pour l'introduction d'exceptions générales aux standards de protection¹⁶⁷, et enjoint la Commission « *to include in all future agreements specific clauses laying down the right of the parties to the agreement to regulate, inter alia, in the areas of protection of national security, the environment, public health, worker's and consumers' rights, industrial policy and cultural diversity* »¹⁶⁸.

La Commission partageant l'avis du Parlement, il semble probable que les futurs accords européens en matière d'investissement intégreront de telles exceptions générales malgré l'opposition de certains EM au sein du Conseil qui, pendant de nombreuses années, y ont vu un risque de fragiliser la protection de leurs investisseurs opérant à l'étranger¹⁶⁹.

g. Évolutions récentes dans le CETA et le Vietnam FTA

Après avoir analysé brièvement le contenu des TBI européens et classiques s'être interrogé sur la position adoptée par les différentes institutions de l'UE, il est maintenant temps d'observer brièvement si et dans quelle mesure le contenu des traités adoptés depuis lors par la Commission s'écarte de la pratique habituelle des EM en matière de protection matérielle des investisseurs.

Pour ce faire, nous parcourrons rapidement quelques-unes des dispositions pertinentes des chapitres d'investissement du CETA (sa version modifiée du 29 février 2016)¹⁷⁰ et de l'accord de libre-échange conclu avec le Vietnam (EU-Vietnam FTA) le 2 décembre 2015¹⁷¹. Il convient d'ores et déjà de faire une première remarque : si ces deux chapitres d'investissement sont à première vue assez similaires aux TBI européens classiques, ils contiennent néanmoins certaines évolutions notables inspirées du modèle nord-américain¹⁷².

1. Traitement juste et équitable

Ainsi que nous l'avons vu, le standard de traitement juste et équitable est inclus dans l'énorme majorité des TBI et a fait couler beaucoup d'encre de par la tendance qu'ont eu certains tribunaux arbitraux à interpréter largement cette notion. Cette attitude des tribunaux fut possible grâce (ou à cause, c'est selon) au caractère éminemment vague des termes généralement employés dans les TBI européens.

Le CETA et l'EU-FTA se démarquent des TBI traditionnels en ce qu'ils contiennent une définition plus précise de la notion de traitement juste et équitable (art. 8(10) CETA et art. 14 EU-Vietnam FTA), limitant de ce fait la possibilité d'interprétation des tribunaux arbitraux¹⁷³. Au vu des termes employés, il semble

¹⁶⁷ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, op. cit., p. 317.

¹⁶⁸ European Parliament resolution of 6 April 2011 on the future European international investment policy, op. cit., n° 25.

¹⁶⁹ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, op. cit., p. 317.

¹⁷⁰ Press release: *CETA: EU and Canada agree on new approach on investment in trade agreement*, 29 February 2016, disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-399_en.htm.

¹⁷¹ European Commission, News, EU and Vietnam finalise landmark trade deal, 2 December 2015, disponible sur <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1409>.

¹⁷² L.G. RADICATI DI BROZOLO et F. IORIO, « Arbitration Under Investment Protection Agreements between the EU and Non-Member States », 11 avril 2015, *Social Science Research Network*, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2593339>, p. 23.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 23.

qu'il faille dorénavant considérer que seule une attitude extrêmement grave du pays d'accueil pourra constituer une violation du traitement juste et équitable¹⁷⁴.

2. Attentes légitimes

Le principe de traitement juste et équitable a, on l'a vu *supra*, souvent fait l'objet d'une interprétation si extensive de la part des tribunaux arbitraux que ce principe est fréquemment assimilé à la notion d'attentes légitimes¹⁷⁵.

Il semble que le CETA et le EU-Vietnam FTA (art. 14(6) EU-Vietnam FTA) tente de prévenir une telle dérive¹⁷⁶ en indiquant que l'investisseur qui estime que ses attentes légitimes n'ont pas été respectées ne pourra obtenir gain de cause que si le pays d'accueil « *made a specific representation to an investor to induce a covered investment, that created a legitimate expectation, and upon which the investor relied in deciding to make or maintain the covered investment, but that the Party subsequently frustrated* » (art. 8.10(4) CETA).

3. Full protection of security

Les tribunaux arbitraux ont également parfois eu tendance à assimiler la notion de traitement juste et équitable à celle de *full protection of security*¹⁷⁷. Là encore, les deux traités sont clairs : ce standard ne concerne que la sécurité physique des investisseurs et de leurs investissements (art. 8.10(5) CETA et art. 14(4) EU-Vietnam FTA). Partant, une telle interprétation extensive de la notion de traitement juste et équitable est dorénavant impossible.

4. Expropriations

Tranchant nettement avec les TBI européens et s'inspirant directement du modèle américain fourmillant de détails, les deux traités dédient chacun une annexe aux expropriations (Annex 8-A CETA et p. 22 EU-Vietnam FTA)¹⁷⁸. Après avoir défini les expropriations directes et indirectes, ils précisent ensuite que les mesures du pays d'accueil visant à protéger des objectifs d'intérêt public ne constituent en principe pas une expropriation indirecte :

For greater certainty, except in the rare circumstance when the impact of a measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations (Annex 8-A CETA).

¹⁷⁴ BIANCO, G. et FONTANELLI, F., « Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », *Stanford Journal of International Law*, n° 2014/2, p. 231.

¹⁷⁵ L.G. RADICATI DI BROZOLO et F. IORIO, « Arbitration Under Investment Protection Agreements between the EU and Non-Member States », *op. cit.*, p. 24.

¹⁷⁶ BIANCO, G. et FONTANELLI, F., « Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », *op. cit.*, p. 233.

¹⁷⁷ L.G. RADICATI DI BROZOLO et F. IORIO, « Arbitration Under Investment Protection Agreements between the EU and Non-Member States », *op. cit.*, p. 24.

¹⁷⁸ BIANCO, G. et FONTANELLI, F., « Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », *op. cit.*, p. 232.

Il est intéressant de noter que l'EU-Vietnam FTA parle lui de « *legitimate public policy objectives* » et est plus vague que son homologue canadien car il n'énumère pas *in fine* d'exemples d'objectifs d'intérêt public particuliers.

5. Clauses parapluie

Pour achever cette brève analyse, rappelons que les clauses parapluies sont des clauses permettant à l'investisseur de contourner le juge national du pays d'accueil et d'élever un litige purement contractuel au niveau du traité et donc au niveau d'un tribunal arbitral.

L'intégration d'une clause parapluie dans le CETA était incertaine¹⁷⁹ et il semble qu'il n'en contienne effectivement pas. En revanche, le EU-Vietnam FTA maintient cette possibilité pour les investisseurs en énonçant que « *Where a Party has entered into a written agreement with investors of the other Party or their investments referred to in Article 13 [Scope of section II Investment Protection] that satisfies all of the following conditions, that Party shall not breach the said agreement through the exercise of governmental authority* » avant d'énumérer les conditions auxquelles l'investisseur pourra invoquer ce traité en cas de violation contractuelle de la part du pays d'accueil (art. 14(5)).

h. Expansion du modèle américain : vers un modèle multilatéral ?

Comme nous venons de le voir, dans le cadre de ses déclarations, de ses négociations et des accords qu'elle a récemment conclu, l'UE semble avoir choisi son camp et adopté une approche résolument favorable au modèle américain de TBI décrit *supra*, souvent considéré comme plus équilibré en ce qu'il précise certains standards de traitement, contient des exceptions sectorielles, énumère des mesures ne constituant pas une expropriation indirecte, *et cetera*.

S'il se confirme, le choix de l'UE constituerait véritablement un changement majeur en droit européen de l'investissement étant donné la pratique habituelle des EM de baser leur politique d'investissement sur le modèle européen de TBI (également décrit *supra*) résolument tourné vers une protection intense des investisseurs¹⁸⁰.

Cette approche est d'autant plus remarquable lorsque l'on sait que l'Europe était le dernier bastion du modèle traditionnel¹⁸¹. En effet, dans le reste du monde, ce type de TBI a globalement disparu au profit du modèle américain, aujourd'hui largement accepté et utilisé, entre autre, par les Etats-Unis, le Canada et le Mexique (signataires du traité NAFTA), mais également par la Chine, le Japon, Singapour, la Corée du Sud, l'Inde, l'Australie et la Nouvelle Zélande¹⁸².

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 233.

¹⁸⁰ LAVRANOS, N., « The new EU Investment Treaties: Convergence towards the NAFTA model as the new plurilateral BIT text? », 31 mars 2013, *Social Science Research Network*, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2241455>, p. 1.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 1.

¹⁸² *Ibid.*, p. 2.

Par voie de conséquence, devenant le modèle sur lequel les plus grands acteurs mondiaux basent leur politique d'investissement, le modèle américain semble aujourd'hui pouvoir prétendre au titre de modèle standard de traité d'investissement à une échelle mondiale¹⁸³.

Si cet état de fait présente doré et déjà certains avantages¹⁸⁴ – notamment l'adoption progressive des mêmes standards à travers le monde, de nature contribuer à l'émergence d'une jurisprudence plus constante des tribunaux arbitraux et, partant, à une sécurité juridique accrue –, un tel développement est en outre encourageant pour l'avenir. En effet, certains auteurs y voient l'occasion de croire à nouveau à la faisabilité d'un traité multilatéral en matière d'investissement – après les tentatives infructueuses au sein de l'OCDE et de l'OMC¹⁸⁵.

Toujours d'après les mêmes auteurs, le modèle NAFTA constituerait en effet le modèle idéal pour poser les bases d'un tel traité multilatéral, étant donné d'une part la sécurité juridique accrue qu'il procure aux investisseurs et aux pays hôtes en raison de son exhaustivité, et d'autre part la normalisation actuelle de ce modèle à l'échelle mondiale¹⁸⁶.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 3.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 4.

¹⁸⁵ G. BIANCO et F. FONTANELLI, « Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », *op. cit.*, p. 243.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 243.

Partie II : Investissements étrangers directs et arbitrage investisseur-Etat

Chapitre I. Notion

Le traité de Lisbonne a transféré la compétence en matière de protection des investissements étrangers à l'Union européenne. Etant donné que les TBI contiennent depuis des décennies un mécanisme d'arbitrage investisseur-Etat, mécanisme qui constitue une des particularités de ces traités, il nous paraît essentiel de d'abord étudier rapidement les contours de celui-ci avant d'être en mesure de mesurer l'impact que peut avoir l'entrée en piste de l'UE en matière d'arbitrage d'investissement.

Section 1. Origine et développement

Avant l'apparition des TBI à la moitié du vingtième siècle, les litiges pouvant survenir entre un investisseur et l'État dans lequel il avait investi, s'ils n'étaient pas susceptibles d'être résolus à l'amiable ou par la voie judiciaire dans l'État en question par l'investisseur, l'étaient par les canaux diplomatiques ou devant la Cour Internationale de Justice par l'État d'origine de l'investisseur¹⁸⁷, voire par voie militaire¹⁸⁸.

Les premiers TBI à voir le jour, à commencer par le tout premier TBI conclu entre l'Allemagne et le Pakistan en 1959, ne prévoyaient cependant qu'un mécanisme d'arbitrage interétatique opposant les parties au TBI en question, mécanisme encadré par la Cour de Justice Internationale¹⁸⁹.

Il fallut attendre 1965 et la création du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) pour voir apparaître les premiers TBI autorisant les investisseurs à introduire leur action directement contre le pays d'accueil¹⁹⁰. C'est n'est cependant que dans les années 1990 que l'arbitrage d'investissement prit véritablement son envol et devint le mécanisme de résolution des différends le plus courant dans les traités d'investissement, après notamment qu'une sentence arbitrale¹⁹¹ rendue en 1990 démontre l'efficacité du mécanisme pour les investisseurs – qui pouvaient effectivement faire valoir, au niveau international, les droits qu'ils tiraient de ces traités

¹⁸⁷ F. BAETENS et C. TIETJE, *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, Study prepared for the Minister for Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign Affairs, The Netherlands, 2014, p. 21.

¹⁸⁸ D. GAUKRODGER et K. GORDON, *Investor-state dispute settlement: A scoping paper for the investment policy community*, OECD Working Papers on International Investment, OECD Investment Division, n° 2012/3, disponible sur www.oecd.org/daf/investment/workingpapers, p. 9.

¹⁸⁹ F. BAETENS et C. TIETJE, *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, op. cit., p. 21.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 21.

¹⁹¹ *Asian Agricultural Products Limited v. Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award and Dissenting Opinion, 27 June 1990, (1991) 6 ICSID Rev-FILJ 526.

d'investissement¹⁹². De surcroît, les TBI conclus à cette période contenaient des clauses d'arbitrage plus complètes et davantage détaillées¹⁹³.

A l'issue de l'année 2014, 2.923 TBI étaient conclus à travers le monde, dont presque 1.200 entre un EM et un pays tiers¹⁹⁴. La plupart d'entre eux (environ 93%¹⁹⁵) contiennent une clause d'arbitrage investisseur-État¹⁹⁶, au point que « l'arbitrage est devenu le mode 'naturel' de règlement des différends en matière d'investissement¹⁹⁷ ».

C'est précisément l'inclusion de ce type de clauses dans les TBI qui a contribué au succès grandissant de l'arbitrage investisseur-État depuis la fin des années 1960¹⁹⁸. Il s'agit en effet d'une des caractéristiques distinguant le droit international de l'investissement d'autres domaines de droit international économique, qui ne prévoient pas de tel mécanisme¹⁹⁹.

En sus des TBI, deux traités multilatéraux d'investissement prévoient également cette possibilité pour les investisseurs : le Traité sur la Charte de l'Énergie (TCE), auquel l'UE est signataire aux côtés des EM, et le *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) évoqué *supra*.

Section 2. Quelques chiffres

Au 1^{er} janvier 2016, le nombre total d'arbitrages investisseur-État connus s'élevait à 696 (dont 444 pour lesquels une sentence fut rendue) avec, en 2015, un nombre record de 70 procédures intentées²⁰⁰. 107 pays ont déjà été attirés au moins une fois devant un tribunal arbitral par un investisseur étranger²⁰¹.

Toujours en 2015, bien que la majorité des plaintes déposées devant les tribunaux arbitraux l'ont été en vertu d'un TBI, un tiers l'a cependant été en vertu des dispositions du Traité sur la Charte de l'Énergie (87 affaires) alors que 56 affaires concernaient un litige dans le cadre du traité NAFTA²⁰². Le TBI le plus souvent invoqué par les investisseurs en 2015 fut celui conclu entre l'Argentine et les États-Unis.

Il est intéressant de remarquer que, conformément à la tendance depuis 2013, environ 40 % des procédures introduites en 2015 le furent contre des pays considérés comme développés²⁰³. En réalité,

¹⁹² BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, op. cit., p. 2.

¹⁹³ F. BAETENS et C. TIETJE, *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, op. cit., p. 22.

¹⁹⁴ C. BROWN et I. NAGLIS, « Dispute Settlement in Future EU Investment Agreements », in *EU and Investment Agreements: Open Questions and Remaining Challenges*, Studies in International Investment Law, Baden-Baden, Nomos, 2013, p. 18.

¹⁹⁵ D. GAUKRODGER et K. GORDON, *Investor-state dispute settlement: A scoping paper for the investment policy community*, op. cit., p. 10.

¹⁹⁶ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, op. cit., p. 1873.

¹⁹⁷ KESSEDJIAN, C. et LEBEN, C., *Le droit européen et l'investissement*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2009, p. 107.

¹⁹⁸ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, op. cit., p. 1.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 2.

²⁰⁰ UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2015*, IIA Issues Note, disponible sur <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/ISDS%20Issues%20Note%202016.pdf>, p. 2.

²⁰¹ UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2015*, op. cit., p. 2.

²⁰² *Ibid.*, p. 5.

²⁰³ *Ibid.*, p. 3.

37 % des arbitrages d'investissement en 2015 concernaient un litige entre un investisseur européen et un EM, la grande majorité sur base du TCE²⁰⁴.

De son côté, la Belgique n'a été défenderesse que dans le cadre d'un seul litige introduit en 2012 par l'investisseur chinois *Ping An*, lésé dans le cadre de la nationalisation en 2008 de la banque Fortis par l'État belge et se basant sur deux TBI conclus en 1984 et 2005 entre la Chine et l'Union économique belgo-luxembourgeoise²⁰⁵. La sentence fut rendue en faveur de la Belgique. Les investisseurs belges, pour leur part, ont introduit au moins quinze procédures arbitrales depuis 1994 contre divers pays²⁰⁶.

Section 3. Effet et intérêt

En vertu des clauses d'arbitrage investisseur-État contenues dans les TBI, les investisseurs étrangers peuvent introduire, par le biais de l'arbitrage, des actions contre les pays d'accueil pour violation du traité d'investissement en question afin de recevoir, le cas échéant, une compensation du pays d'accueil qui, condamné par le tribunal à indemniser l'investisseur étranger, a l'obligation – en vertu du TBI – de se conformer à la sentence arbitrale ainsi rendue²⁰⁷.

L'arbitrage d'investissement présente un intérêt certain pour l'investisseur qui échappe à la juridiction des tribunaux du pays d'accueil au profit de tribunaux arbitraux internationaux²⁰⁸ et permet ainsi d'éviter « *the central problématique of host state - foreign investor relations: that the host state will opportunistically interfere with the investment's profitability once the investment has been sunk* »²⁰⁹. En effet, grâce à ce mécanisme, toute crainte de partialité – ou d'immunité diplomatique²¹⁰ – n'a plus lieu d'être²¹¹. De surcroît, la clause d'arbitrage investisseur-État contenue dans un TBI constitue un incitant important pour le pays d'accueil à exécuter les obligations auxquelles il s'est obligé en signant ce TBI²¹².

Mais ce type de règlement des différends est également favorable au pays d'accueil qui, en convenant à un tel mécanisme, encourage et favorise l'investissement sur son sol par des investisseurs étrangers qui, en cas de violation du traité, pourront invoquer leurs droits devant un tribunal arbitral indépendant²¹³.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 4.

²⁰⁵ Accord entre l'Union Economique belgo-luxembourgeoise et le gouvernement de la République Populaire de Chine concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements du 6 juin 2005, disponible sur <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/339>.

²⁰⁶ UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator, disponible sur <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/19?partyRole=1>.

²⁰⁷ M.A. WEAVER, « The Proposed Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP): ISDS Provisions, Reconciliation, and Future Trade Implications », *Emory International Law Review*, Vol. 19, 2014, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2548830>, p. 235.

²⁰⁸ *Ibid.*, pp. 235-236.

²⁰⁹ J. W. YACKEE, « Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment? », 42 *Law & Soc'y Rev.* 805, 807–08 (2008).n° 807.

²¹⁰ F. BAETENS et C. TIETJE, *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, op. cit., p. 22.

²¹¹ *Ibid.*, p. 20.

²¹² D. GAUKRODGER et K. GORDON, *Investor-state dispute settlement: A scoping paper for the investment policy community*, op. cit., p. 10.

²¹³ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, op. cit., p. 1873.

Chapitre II. Situation depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne

Nous allons dès à présent étudier la position adoptée par l'UE à l'égard de l'arbitrage d'investissement et surtout les réponses proposées aux critiques régulièrement entendues à l'encontre de ce mécanisme tout à fait particulier en droit international.

Section 1. Nouvelle compétence de l'UE

La question concernant la compétence dont dispose – ou non – l'UE pour inclure dans ses accords internationaux un mécanisme de règlement des conflits en matière d'investissement est une question importante étant donné, on l'a vu, le rôle essentiel que joue ce mécanisme, inclus dans la plupart des TBI²¹⁴. Cette question devient encore plus préoccupante lorsque l'on sait qu'en plus d'un mécanisme de règlement des différends entre États, ces TBI autorisent aussi – et surtout – des investisseurs privés à introduire une action devant un tribunal arbitral contre le pays d'accueil concernant l'application du traité²¹⁵.

De manière générale, il est établi que l'UE a la compétence nécessaire pour signer un accord international entrant dans le cadre de ses attributions (en l'occurrence les investissements étrangers directs en vertu de l'article 207 TFUE) incluant un mécanisme de règlement des différends – pouvant découler de l'application de l'accord en question – qui lui est propre²¹⁶. Cette compétence découle de la personnalité juridique dont elle jouit en vertu de l'article 47 TUE et s'étend également aux mécanismes de règlement des différends accessibles à des individus qui ne sont pas parties au traité²¹⁷. Cette compétence fut explicitement reconnue par la Cour dans son Opinion 1/91²¹⁸ et précisée dans ses Opinions 1/00²¹⁹ et 1/09²²⁰.

La pratique de l'UE confirme d'ailleurs cette observation : plusieurs traités conclus par l'UE prévoient leur propre mode de règlement des différends interétatiques (EEE et OMC notamment) voire même investisseur-État (TCE)²²¹.

Cette compétence est cependant limitée en ce que le système de règlement des conflits établi par un tel traité ne peut affecter ni l'autonomie du droit européen ni le régime institutionnel mis en place par le droit primaire dont notamment la compétence exclusive de la CJUE, seul juge du droit européen²²².

²¹⁴ A. DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, op. cit., p. 116.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 116.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 116.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 116.

²¹⁸ C.J.C.E., Avis 1/91, Rec. C.J.C.E., 1991, I-06079.

²¹⁹ C.J.C.E., Avis 1/00, Rec. C.J.C.E., 2002, I-3498.

²²⁰ C.J.U.E (Ass. Plén.), Avis 1/09, Rec. C.J.U.E., 2011, I-01137.

²²¹ A. DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, op. cit., pp. 116-117.

²²² *Ibid.*, p. 117.

Section 2. Position des différentes institutions de l'Union européenne

Comme nous l'avons vu, dès avril 2011, la Commission, le Conseil et le Parlement avaient tous les trois publié leur position initiale concernant la future politique européenne en matière d'investissement. À cette occasion, les trois institutions ont indiqué qu'elles entendaient inclure l'arbitrage investisseur-État dans les futurs accords internationaux d'investissement de l'UE.

§ 1. Commission

La Commission, dans sa communication, note que

Investor-state dispute settlement, which forms a key part of the inheritance that the Union receives from Member State BITs, is important as an investment involves the establishment of a long-term relationship with the host state which cannot be easily diverted to another market in the event of a problem with the investment. Investor-state is such an established feature of investment agreements that its absence would in fact discourage investors and make a host economy less attractive than others.

*For these reasons, future EU agreements including investment protection **should include investor-state dispute settlement***²²³.

Cependant, après avoir soulevé diverses problématiques comme le fait que certaines structures ne sont pas adaptées à l'entrée de l'UE sur la scène de l'investissement international – notamment la convention du CIRDI à laquelle l'UE n'est pas partie et qui ne peut être signée et ratifiée que par des États membres de la banque mondiale ou signataires au Statut de la Cour Internationale de Justice –, la Commission précise que

*In approaching investor-state dispute settlement mechanisms, the Union **should build on Member State practices** to arrive at state-of-the art investor state dispute settlement mechanisms*²²⁴.

Enfin, la commission conclut ses remarques en insistant sur trois enjeux dont l'UE devra tenir compte en matière d'arbitrage investisseur-État et en évoquant quelques pistes pour parvenir à élaborer ces « *state-of-the art investor state dispute settlement mechanisms* » :

- **The transparency of investor-state dispute settlement.** *In line with the EU's approach in the WTO, the EU should ensure that investor-state dispute settlement is conducted in a transparent manner (including requests for arbitration, submissions, open hearings, amicus curiae briefs and publication of awards);*
- **The atomisation of disputes and interpretations.** *Consistency and predictability are key issues and the use of quasi-permanent arbitrators (as in the EU's FTA practice) and/or appellate mechanisms, where there is a likelihood of many claims under a particular agreement, should be considered;*
- **Rules for the conduct of arbitration.** *The Commission will explore with interested parties the possibility that the European Union seek to accede to the ICSID Convention (noting that this would require amendment of the ICSID Convention)*²²⁵.

²²³ Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, op. cit., n° 3(d).

²²⁴ *Ibid.*, n° 3(d).

²²⁵ *Ibid.*, n° 3(d).

§ 2. Conseil

Pour sa part, le Conseil a souligné dans ses conclusions « *the need to ensure the inclusion in the substance of future negotiations of (...) dispute settlement mechanisms* »²²⁶, qui font selon lui partie des principes de base des futurs accords d'investissement de l'UE.

Dans le cadre des différents mandats de négociations qu'il a conférés à la Commission, le Conseil a précisé sa position plus en détail. Nous reproduisons ici le paragraphe pertinent du mandat conféré à la Commission en vue de la négociation du TTIP :

*The Agreement should aim to provide for an effective and state-of-the-art investor-to-state dispute settlement mechanism, providing for transparency, independence of arbitrators and predictability of the Agreement, including through the possibility of binding interpretation of the Agreement by the Parties. (...) It should provide for investors as wide a range of arbitration fora as is currently available under the Member States' bilateral investment agreements. The investor-to-state dispute settlement mechanism should contain safeguards against manifestly unjustified or frivolous claims. Consideration should be given to the possibility of creating an appellate mechanism applicable to investor-to-state dispute settlement under the Agreement, and to the appropriate relationship between ISDS and domestic remedies*²²⁷.

§ 3. Parlement

À l'instar des deux autres institutions, le Parlement européen considère que « *investor- state procedures must also be applicable in order to secure comprehensive investment protection* »²²⁸.

Il précise en outre :

*[The European Parliament] believes that changes must be made to the present dispute settlement regime, in order to include greater transparency, the opportunity for parties to appeal, the obligation to exhaust local judicial remedies where they are reliable enough to guarantee due process, the possibility to use amicus curiae briefs and the obligation to select one single place of investor-state arbitration*²²⁹.

D'autre part, dans sa résolution, le Parlement demande à la Commission et les EM de faire le nécessaire en vue de réformer les règles du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) et de la Commission des Nations Unies pour le Droit commercial International (CNUDCI) afin que les procédures d'arbitrages intentées sur base des dispositions contenues dans les accords d'investissement de l'UE puissent l'être sous l'égide de ces institutions²³⁰. Il appelle également la Commission à prendre des mesures favorisant l'accès des petites entreprises à l'arbitrage²³¹ et à lui présenter un projet de règlement quant à la répartition des responsabilités – notamment financières – entre l'UE et les EM²³².

²²⁶ Conclusions on a comprehensive European international investment policy, op. cit., n° 14.

²²⁷ Directives for the negotiation on the Transatlantic Trade and Investment Partnership between the European Union and the United States of America, 17 June 2013, disponible sur <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/en/pdf>, n° 23.

²²⁸ European Parliament resolution of 6 April 2011 on the future European international investment policy, op. cit., n° 32.

²²⁹ *Ibid.*, n° 31.

²³⁰ *Ibid.*, n° 33.

²³¹ *Ibid.*, n° 34.

²³² *Ibid.*, n° 35.

Cependant, à l'occasion de discussions concernant le projet de règlement sur la gestion de la responsabilité financière, le Parlement précisa ses propos concernant la nécessité d'inclure un mécanisme d'arbitrage investisseur-État :

*It should be highlighted that **it is not a necessity to include ISDS provisions** in future EU investment agreements and that their inclusion should be a **conscious and informed policy choice** that requires political and economic justification. Even if there is a general policy choice in favour, the question whether to include ISDS should be decided for each International Investment Agreement in the light of the particular circumstances*²³³.

Cet appel du Parlement à ce que la décision de prévoir – ou non – un mécanisme d'arbitrage investisseur-État fasse l'objet d'une décision au cas par cas (en fonction du partenaire économique envisagé et notamment en fonction de l'existence en son sein d'un système judiciaire compétent, efficace et indépendant) ne paraît cependant pas avoir été entendu : en effet, les mandats de négociations conférés à la Commission par le Conseil dans le cadre du TTIP et du CETA insistent tous deux sur l'inclusion de ce mécanisme, et le traité CETA récemment conclu avec le Canada incluait ce mécanisme (avant la modification majeure dont nous parlerons *infra*)²³⁴.

Section 3. Projet de texte modèle d'arbitrage de la Commission

En cohérence avec sa volonté d'inclure un mécanisme d'arbitrage investisseur-État dans les futurs accords d'investissement de l'UE, la Commission a rédigé en mai 2012 un texte modèle censé servir de base aux négociations de l'UE avec le Canada, l'Inde et Singapour²³⁵.

Ce texte de référence – qui n'était pas destiné à être rendu public – fut modifié en juin 2012 afin de tenir compte des commentaires émis par les EM²³⁶. Quelques-uns d'entre eux ont en effet émis certaines réserves vis-à-vis de ce texte modèle, qui était censé répondre à plusieurs critiques émises de longue date à l'encontre du mécanisme et y apporter des solutions²³⁷. Certains auteurs notent leur incompréhension quand à ce conservatisme des EM qui ont à première vue – au même titre que les investisseurs européens – également intérêt à ce que le système actuel soit amélioré, sauf à vouloir protéger les intérêts financiers des praticiens de l'arbitrage²³⁸. En tout état de cause, ces derniers auraient de toute manière sans aucun doute souffert du retour de flamme qu'aurait provoqué le maintien de ce mécanisme tel qu'il existait et des réactions qu'un tel immobilisme aurait suscité dans l'opinion publique²³⁹.

²³³ Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends investisseur-État mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie, COM(2012)0335 – C7-0155/2012 – 2012/0163(COD), disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2013-0124+0+DOC+PDF+V0//FR>, Amendement 3, p. 7.

²³⁴ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, op. cit., pp. 319-320.

²³⁵ N. BERNASCONI-OSTERWALDER, « Analysis of the European Commission's Draft Text on Investor-State Dispute Settlement for EU Agreements », *Investment Treaty News*, International Institute for Sustainable Development, Issue 4, Vol. 2, July 2012, p. 12.

²³⁶ *Ibid.*, p. 12.

²³⁷ *Ibid.*, p. 12.

²³⁸ *Ibid.*, p. 12.

²³⁹ *Ibid.*, p. 12.

Ce mécanisme d'arbitrage proposé par la Commission était en grande partie basé sur des règles d'arbitrage déjà existantes : celles du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI ou *ICSID* en anglais) et celles de la Commission des Nations Unies pour le Droit commercial International (CNUDI ou *UNCITRAL* en anglais). Cependant, si la Commission ne partait donc pas de rien, elle a également mis sur la table des propositions nouvelles afin de répondre à certains problèmes rencontrés sous ces règles procédurales.

§ 1. Transparence

Le mandat de négociation du Conseil concernant le Canada, l'Inde et Singapour précise que ces traités « *should provide for investors a wide range of arbitration fora as currently available under the Member States' bilateral investment agreements (BIT's)* »²⁴⁰.

Certains n'ont pas hésité à inférer de cette affirmation que le Conseil était d'avis de laisser aux investisseurs la possibilité de choisir des institutions qui, en raison de leurs règles procédurales, autorisent les procédures confidentielles ou interdisent les interventions en qualité d'*amicus curiae*²⁴¹.

Au contraire, la Commission et le Parlement avaient dans leurs déclarations respectives fermement exprimé leur opposition aux procédures confidentielles et faisaient le vœu d'un mécanisme d'arbitrage investisseur-État qui soit le plus transparent possible²⁴².

Cependant, le mandat de négociation concernant le TTIP insiste explicitement sur la nécessité de parvenir à un mécanisme transparent, de sorte que la divergence d'opinion des trois institutions a depuis lors disparu²⁴³.

La transparence est précisément l'une des principales préoccupations du texte modèle qui nous intéresse. Se basant largement sur les évolutions au sein des deux institutions susmentionnées, la Commission y a introduit des dispositions favorisant une transparence accrue en garantissant l'accès à un large éventail de documents ainsi qu'aux audiences²⁴⁴.

§ 2. Constitution des tribunaux

Le texte modèle de la Commission prévoit un système de tribunal composé de trois arbitres, dont deux sont désignés respectivement par chaque partie et dont le président est désigné d'un commun accord²⁴⁵.

²⁴⁰ Mandat de négociation CETA modifié du 14 juillet 2011, *op. cit.*, n° 26(d).

²⁴¹ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, *op. cit.*, p. 321.

²⁴² *Ibid.*, p. 321.

²⁴³ *Ibid.*, p. 321.

²⁴⁴ N. BERNASCONI-OSTERWALDER, « Analysis of the European Commission's Draft Text on Investor-State Dispute Settlement for EU Agreements », *op. cit.*, p. 12.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 13.

La Commission prévoit en outre l'établissement d'un répertoire d'au moins quinze individus pouvant servir d'arbitre dans des arbitrages investisseur-État²⁴⁶. Chaque partie à l'accord d'investissement propose au moins cinq arbitres potentiels ainsi qu'au moins cinq arbitres potentiels n'ayant la nationalité d'aucune des deux parties au traité²⁴⁷. Cette liste, qui est une avancée majeure en ce qu'elle permet aux parties au traité de garder une influence sur ceux qui devront en bout de course interpréter et appliquer le traité, a vocation à servir lorsque les parties à l'arbitrage n'ont pas nommé leur arbitre respectif ou lorsqu'aucun n'accord n'a pu être trouvé quant à l'identité du président du tribunal arbitral (qui sera alors choisi dans cette liste par le Secrétaire Général du CIRDI).

Certains considèrent que la Commission aurait pu aller plus loin et prévoir une désignation des trois arbitres non pas par les parties au litige mais par un organisme neutre ou encore par un système de tirage au sort dans la veine de l'Organe d'Appel de l'OMC²⁴⁸.

De surcroît, le modèle d'accord impose aux arbitres de satisfaire à certaines qualités : ceux-ci doivent disposer d'une connaissance suffisante du droit international et répondre à des exigences d'indépendance et d'impartialité²⁴⁹. Ils doivent en outre se conformer à un code de conduite annexé au modèle de la Commission (code basé sur la ligne de conduite en matière d'arbitrage international établie par l'*International Bar Association*)²⁵⁰.

§ 3. Exécution des sentences

En ce qui concerne l'exécution des sentences rendues par les tribunaux arbitraux, le modèle prévoit que « *each Party shall enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that Party* ». Cette approche est similaire à celle du règlement du CIRDI mais, à la différence de celui-ci, le modèle de la Commission ne prévoit pas de procédure d'annulation de la sentence, qui est dès lors régie par la Convention de New York de 1958²⁵¹²⁵².

Le texte de référence de la Commission dispose en outre qu'en cas de défaut d'une des parties au traité d'exécuter la sentence, l'autre partie a le droit – de façon proportionnée – de suspendre l'exécution de ses obligations aussi longtemps que la partie refuse de s'exécuter²⁵³. Cette disposition est selon certains auteurs regrettable en ce que le mécanisme d'arbitrage investisseur-État est justement destiné à faire sortir ces litiges du domaine interétatique ou diplomatique et à les maintenir entre l'investisseur et le pays d'accueil uniquement²⁵⁴.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 13.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 13.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 13.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 13.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 13.

²⁵¹ Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958, New York, disponible sur <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-F.pdf>.

²⁵² N. BERNASCONI-OSTERWALDER, « Analysis of the European Commission's Draft Text on Investor-State Dispute Settlement for EU Agreements », *op. cit.*, p. 13.

²⁵³ *Ibid.*, p. 13.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 12.

§ 4. Conclusion

Pour de nombreux auteurs, ces innovations étaient nécessaires et sont les bienvenues – car elles favorisent entre autre la transparence de la procédure arbitrale et les exigences d'indépendance qui reposent sur les arbitres –, mais ne sont pas toujours suffisamment détaillées et auraient pu être plus audacieuses²⁵⁵.

Section 4. Répartition des responsabilités financières entre l'Union et ses États membres

Dans sa communication²⁵⁶, la Commission avait clairement affirmé que c'était à l'UE d'être la partie défenderesse dans les procédures d'arbitrage intentées par un investisseur étranger sur base d'un accord d'investissement conclu par l'UE²⁵⁷.

Pour leur part, le Conseil²⁵⁸ et le Parlement²⁵⁹ appelaient la Commission à préparer au plus vite un projet de règlement afin de déterminer la répartition des responsabilités – notamment financières – entre l'UE et les EM lorsque l'UE est atraite devant un tribunal arbitral et éventuellement succombe à l'issue de la procédure²⁶⁰.

La Commission présenta sa proposition²⁶¹ le 21 juin 2012. Le 23 juillet 2014, le Règlement 912/2014 établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie²⁶² était finalement adopté.

Combiné au modèle de la Commission en matière d'arbitrage investisseur-État étudié supra, ce règlement crée « *a single mechanism, regulating all aspects and the whole procedure to be undertaken when an investment claim is brought against the EU* »²⁶³.

Le règlement a quatre objets : la répartition de la responsabilité financière (Chapitre II), le déroulement de la procédure (Chapitre III), les accords transactionnels (Chapitre IV) et le paiement des sommes (Chapitre V).

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 12.

²⁵⁶ Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, op. cit., 3(e).

²⁵⁷ BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, op. cit., p. 321.

²⁵⁸ Conclusions on a comprehensive European international investment policy, op. cit., n° 18.

²⁵⁹ European Parliament resolution of 6 April 2011 on the future European international investment policy, op. cit., n° 35

²⁶⁰ BROWN, C. et NAGLIS, I., « Dispute Settlement in Future EU Investment Agreements », op. cit., p. 25.

²⁶¹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends investisseur-État mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie, COM/2012/0335 final – 2012/0163 (COD).

²⁶² Règlement (UE) n° 912/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie, J.O.U.EU, L257, 28 août 2014.

²⁶³ BROWN, C. et NAGLIS, I., « Dispute Settlement in Future EU Investment Agreements », op. cit., p. 29.

§ 1. Champ d'application

Ce règlement s'applique « à la procédure de règlement des différends entre investisseurs et États menée conformément à un accord auquel l'Union est partie, ou auquel l'Union et ses États membres sont parties, et engagée par un demandeur d'un pays tiers » (art. 1).

Les procédures engagées sur base des TBI conclus par les EM sont donc exclues du champ d'application du règlement²⁶⁴. En revanche, celui-ci s'applique également aux procédures engagées sur base d'accords conclus par l'UE avant l'entrée en vigueur du règlement (art. 24). L'on pense ici spécifiquement au Traité sur la Charte de l'Énergie, seul traité conclu par l'UE avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne qui contient un mécanisme d'arbitrage investisseur-État²⁶⁵.

§ 2. Répartition de la responsabilité financière

Le principe retenu par le règlement est que la responsabilité financière pèsera sur l'UE ou l'EM selon celui des deux qui a accordé à l'investisseur le traitement ayant donné lieu à la condamnation – et donc à la responsabilité financière²⁶⁶. Dès lors, conformément à l'article 3,

a) l'Union assume la responsabilité financière résultant du traitement accordé par les institutions, organes ou organismes de l'Union ;

b) l'État membre concerné assume la responsabilité financière résultant du traitement qu'il a accordé ;

c) par dérogation au point b), l'Union assume la responsabilité financière résultant du traitement accordé par un État membre lorsque ce traitement a été requis par le droit de l'Union.

§ 3. Déroulement de la procédure

Dans le cas où le différend porte sur un traitement accordé par ses institutions, organes ou organismes, l'UE agira en qualité de partie défenderesse (art. 4).

En revanche, si le différend porte, en tout ou en partie, sur un traitement accordé par un EM, l'EM concerné agit en principe en qualité de partie défenderesse (art. 9.1). Cette disposition s'écarte de la volonté initiale de la Commission qui était, comme on l'a vu, que l'UE agisse toujours en qualité de partie défenderesse²⁶⁷. Toutefois, l'UE agira en qualité de partie défenderesse dans deux hypothèses : a) si la Commission en décide ainsi car l'UE assume au moins une partie de la responsabilité financière ou car le différend porte en partie sur un traitement accordé par les institutions de l'UE, ou b) si l'EM confirme son intention de ne pas agir en qualité de partie défenderesse.

Lorsque le différend porte, en tout ou partie, sur un traitement accordé par un EM, « la Commission et l'État membre concerné prennent toutes les mesures nécessaires en vue de défendre et de protéger les intérêts de l'Union et de l'État membre concerné » conformément un principe de coopération loyale

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 29.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 25.

²⁶⁶ L.G. RADICATI DI BROZOLO et F. IORIO, « Arbitration Under Investment Protection Agreements between the EU and Non-Member States », 11 avril 2015, *Social Science Research Network*, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2593339>, p. 20.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 20.

(art. 6.1). La Commission et l'EM concerné doivent alors en outre procéder à des consultations sur la gestion du différend et s'échanger toutes les informations pertinentes (art. 6.2). Ils doivent également se notifier mutuellement de toute demande de consultations (art. 7) ou d'avis d'intention d'ouvrir une procédure d'arbitrage (art. 8).

En tout état de cause, que la partie défenderesse soit l'EM ou l'UE, la Commission est dans les deux cas largement impliquée dans la procédure²⁶⁸. Elle sera tenue au courant du déroulement de la procédure si l'EM agit en qualité de partie défenderesse (art. 10), et c'est elle qui défendra les intérêts de l'EM concerné et préparera sa défense en coopération avec lui lorsque le différend est susceptible d'entraîner la responsabilité financière de l'EM (art. 11). Elle a en outre dans les deux cas l'obligation d'informer le Parlement et le Conseil de tout événement pertinent relatif au différend et à sa procédure.

§ 4. Accords transactionnels

Le règlement précise également qui, de l'UE ou de l'EM, peut prendre la décision de conclure un accord transactionnel selon que le différend porte sur un traitement accordé par l'UE (art. 13), sur un traitement accordé en tout ou partie par l'EM mais que l'UE souhaite conclure un accord transactionnel (art. 14) ou que l'EM concerné souhaite conclure un accord transactionnel (art. 15 et 16).

§ 5. Paiement des sommes allouées par une sentence définitive ou prévues par un accord transactionnel

Les articles 17 à 21 réglementent enfin les modalités de paiement des sentences et accords transactionnels lorsque l'UE agit en qualité de partie défenderesse (art. 18), notamment en cas d'absence d'accord entre la Commission et l'EM quant à la répartition de la responsabilité financière (art. 19). Ils règlent également les modalités de paiement anticipé des frais qui résultent de l'arbitrage (art. 20) ainsi que les modalités de remboursement ou de contribution financière de l'EM concerné (art. 21).

§ 6. Conclusion

À dater de l'entrée en vigueur de ce règlement, tout différend découlant d'un accord d'investissement de l'UE et impliquant un EM fera désormais l'objet d'une implication à tous les niveaux de l'UE et surtout de la Commission²⁶⁹.

Si certains auteurs craignent des difficultés de mise en œuvre du règlement dans la pratique, ceux-ci notent avant tout que la compétence et la marge de manœuvre des EM dans le cadre de différends avec des investisseurs étrangers est dorénavant assez restreinte²⁷⁰.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 21.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 20.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 20.

Section 5. Évolutions du mécanisme dans le traité CETA initial

En septembre 2014, les négociations du CETA, menées entre la Commission et le Canada, ont abouti. Le texte final, publié le 26 septembre²⁷¹, incluait un chapitre d'arbitrage investisseur-État (chap. 10). Par souci de clarté, nous nous référerons à cette première version du CETA en utilisant le terme « CETA 1 ».

Si nous verrons dans la section suivante que, depuis lors, l'UE a opté pour une nouvelle approche – y compris dans le cadre du traité CETA qui a entretemps été renégocié pour intégrer ces développements récents (CETA 2) –, il est néanmoins intéressant de voir dans quelle mesure ce texte signé par la Commission répondait aux critiques fréquemment soulevées à l'encontre de l'arbitrage d'investissement habituellement intégré dans les TBI traditionnels des EM. Dans cette optique, nous évoquerons quelques-unes des nouveautés procédurales qui étaient proposées par le CETA 1 en matière d'arbitrage investisseur-État.

§ 1. Délai pour introduire une demande d'arbitrage

Les TBI européens ne prévoient habituellement pas de limite de temps concernant l'introduction de la demande d'arbitrage des investisseurs²⁷². En toute hypothèse, un investisseur peut donc introduire sa demande sans devoir tenir compte du délai qui s'est écoulé depuis le moment où il a pris – ou aurait dû prendre – connaissance du comportement prétendument fautif du pays d'accueil.

La seule limite temporelle prévue par les TBI européens à l'introduction d'une demande par un investisseur est qu'il doit généralement respecter une période minimale de réflexion de six mois, mais une fois ce délai écoulé, celui-ci est libre d'introduire sa demande aussi longtemps que bon lui semble²⁷³.

À l'opposé, les modèles américain et canadien de TBI prévoient généralement une limite de trois années après lesquelles l'investisseur est déchu de son droit d'introduire une demande d'arbitrage²⁷⁴.

Le CETA 1 s'éloigne de la pratique habituelle des EM et innove en ce qu'il s'inspire du modèle nord-américain, et va même plus loin en prévoyant un délai de réflexion obligatoire d'une part et un délai pendant lequel la demande d'arbitrage doit être introduite d'autre part²⁷⁵.

Le délai de réflexion découle du fait que, préalablement à l'introduction de la demande d'arbitrage, l'investisseur a l'obligation d'introduire une demande de consultations (que nous évoquerons au troisième paragraphe) (art. 10.21) L'investisseur ne pourra ensuite pas introduire sa demande d'arbitrage avant la fin des consultations (qui peuvent durer jusqu'à cinq mois), et devra en outre attendre que 180 jours se soient écoulés depuis la demande de consultations et, le cas échéant, que

²⁷¹ Consolidated CETA Text, published on 26 September 2014, disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf.

²⁷² L. PANTALEO, « Investment disputes under CETA. Taking the best from past experience? », 27 février 2016, *Social Science Research Network*, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2739128>, p. 63.

²⁷³ *Ibid.*, p. 63.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 63.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 64.

90 jours se soient écoulés depuis la remise à l'UE de la demande de détermination de la partie défenderesse²⁷⁶.

L'investisseur est également limité en ce que la demande de consultations (préalable obligé à la demande d'arbitrage) doit obligatoirement être introduite dans les dix ans qui suivent la prise de connaissance de la faute présumée du pays d'accueil si l'investisseur a d'abord eu recours au système judiciaire du pays d'accueil, ou dans les deux ans dans le cas contraire (art. 10.18)²⁷⁷.

§ 2. Exclusions

Le CETA 1 contient plusieurs dispositions faisant en sorte que les demandes ne seront admissibles qu'« *only in extreme and egregious cases* »²⁷⁸.

D'abord, contrairement à de nombreux TBI, le CETA 1 ne contient pas de *clause parapluie*²⁷⁹. Comme on l'a vu, de telles clauses sont des dispositions qui, en raison de leur formulation, permettent aux investisseurs de contourner le système judiciaire du pays d'accueil et de soumettre devant un tribunal arbitral une demande qui ne découle pas directement d'une violation du traité d'investissement, mais qui découle de la violation d'un contrat passé entre l'investisseur et le pays d'accueil²⁸⁰. L'article 10.17 CETA 1 est sans équivoque : seules les demandes en lien direct avec une violation du traité sont admissibles.

Ensuite, l'investissement qui est l'objet de la demande d'arbitrage doit être licite pour que la demande de l'investisseur puisse être reçue²⁸¹. En effet, l'article 10.17 CETA 1 dispose que l'investissement ne doit pas avoir été fait « *through fraudulent misrepresentation, concealment, corruption, or conduct amounting to an abuse of process* ».

Enfin, les articles 10.29 et 10.30 CETA 1 permettent au tribunal de rejeter les demandes manifestement infondées en autorisant la partie défenderesse à émettre des objections préliminaires relativement tôt dans la procédure²⁸².

§ 3. Consultations préalable obligatoires

Si les TBI européens prévoient généralement la possibilité pour les parties de tenter de résoudre le litige à l'amiable, il ne s'agit le plus souvent que d'une simple faculté qui n'est pas un préalable obligé à l'introduction d'une requête d'arbitrage²⁸³.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 64.

²⁷⁷ *Ibid.*, pp. 64-65.

²⁷⁸ A. REINISCH et L. STIFTER, « European Investment Policy and ISDS », 13 novembre 2014, *Social Science Research Network*, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2564018>, p. 14.

²⁷⁹ A. REINISCH et L. STIFTER, « European Investment Policy and ISDS », *op. cit.*, p. 2.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 2.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 3.

²⁸² *Ibid.*, p. 4.

²⁸³ L. PANTALEO, « Investment disputes under CETA. Taking the best from past experience? », *op. cit.*, p. 65.

À cet égard, le CETA 1 innove par rapport au modèle européen et s'inspire du NAFTA et du TCE²⁸⁴ en imposant à l'investisseur de tenter de régler le litige à l'amiable avant de pouvoir introduire sa requête d'arbitrage²⁸⁵. Le CETA 1 est même plus exigeant à l'égard de l'investisseur que le modèle canadien car il stipule que la requête d'arbitrage doit avoir le même objet que la requête de consultations.

§ 4. Renonciation aux recours internes

Alors que les TBI européens ne contiennent généralement pas de disposition concernant la relation entre l'arbitrage et les autres modes de résolution des conflits, le modèle nord-américain pour sa part exige toujours que l'investisseur qui introduit une requête d'arbitrage renonce en même temps à introduire une action devant un juge national ou même devant tout autre *forum*²⁸⁶.

Le CETA 1 reproduit précisément cette obligation de renonciation dans le chef de l'investisseur qui veut recourir à l'arbitrage, et précise en outre que l'investisseur qui a déjà entamé d'autres procédures avant d'introduire sa requête doit déclarer que celles-ci ont pris fin ou qu'il s'en est rétracté (art. 10.21)²⁸⁷.

§ 5. Transparence de la procédure

La transparence des procédures d'arbitrage – ou plutôt leur opacité – est sans doute l'un des aspects du mécanisme qui a soulevé et continue de soulever le plus de critique²⁸⁸. Il suffit pour s'en rendre compte d'observer le mouvement de contestation entourant les négociations du TTIP.

Traditionnellement, les EM n'ont jamais été de fervents supporters de la transparence en matière d'arbitrage d'investissement²⁸⁹. Cela s'est notamment remarqué lors de l'élaboration du règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage, à l'occasion de laquelle certains EM ont exprimé leur souhait que la transparence et la publicité de l'arbitrage soient laissées entre les mains des parties, maîtresses de leur procédure, et en premier lieu entre les mains de l'investisseur dont, toujours selon ces EM, l'accord devrait obligatoirement être obtenu pour que la procédure puisse être rendue transparente et publique²⁹⁰.

Par voie de conséquence, les TBI européens ne contiennent pour ainsi dire aucune disposition en matière de transparence, tant et si bien qu'il faudra généralement se référer aux règles de procédure du *forum* d'arbitrage choisi par les parties²⁹¹.

²⁸⁴ A. REINISCH et L. STIFTER, « European Investment Policy and ISDS », *op. cit.*, p. 6.

²⁸⁵ L. PANTALEO, « Investment disputes under CETA. Taking the best from past experience? », *op. cit.*, p. 65.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 66.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 66.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 66.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 67.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 67.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 67.

Le NAFTA, à l'inverse, est très exigeant en matière de transparence. En effet, les arbitrages intentés sur base de ce traité nord-américain doivent obligatoirement être communiqués au public, qui doit pouvoir avoir accès à tous les documents s'y rapportant et assister librement aux audiences²⁹².

À cet égard, le CETA 1 dispose au sein de l'article 10.33 que « *The UNCITRAL Transparency Rules, as modified by this Chapter, shall apply in connection with proceedings under this Section* ». Le traité reprend donc à son compte le règlement de la CNUDCI sur la transparence tout en y ajoutant des exigences supplémentaires. La conséquence de la combinaison de ces deux instruments est que les audiences sont désormais obligatoirement publiques et qu'un nombre important de documents doivent être accessible au public.

Cette approche en matière de transparence est relativement novatrice étant donné que la plupart des TBI européens ne prévoient pas d'exigences en matière de transparence, qui est généralement laissée à la discrétion des parties au litige²⁹³.

§ 6. Contenu de la sentence arbitrale

a. Allocation des coûts de la procédure

Les TBI européens sont généralement muets concernant l'allocation des coûts de la procédure par la sentence²⁹⁴. Il en va de même des TBI nord-américains²⁹⁵. Cette question varie donc en fonction des règles d'arbitrages choisies par les parties²⁹⁶.

Les règles d'arbitrage de la CNUDCI prévoient par exemple que la partie qui succombe doit supporter les frais de la procédure. Les règles du CIRDI et de la CIC, pour leur part, laissent cette question à l'appréciation du tribunal²⁹⁷.

Le CETA 1 s'écarte de la tradition habituelle en matière de TBI et prévoit expressément (art. 10.36) que les frais de la procédure sont mis à charge de la partie qui succombe et ce quel que soit le *forum* choisi pour l'arbitrage. Une telle disposition permet dans une certaine mesure d'éviter les recours abusifs et infondés²⁹⁸.

b. Types de compensation possibles

Si les TBI européens sont muets concernant les types de compensation que les arbitres peuvent attribuer et le méthode de calcul qu'ils doivent appliquer en cas de victoire du demandeur (si bien qu'il faut dès lors s'en référer aux règles de droit international en matière de responsabilité des États), les

²⁹² *Ibid.*, p. 67.

²⁹³ A. REINISCH et L. STIFTER, « European Investment Policy and ISDS », *op. cit.*, p. 13.

²⁹⁴ L. PANTALEO, « Investment disputes under CETA. Taking the best from past experience? », *op. cit.*, p. 70.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 70.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 70.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 69.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 71.

TBI nord-américains énumèrent eux expressément les types de dédommagement que les arbitres peuvent accorder à l'investisseur²⁹⁹.

Le CETA 1 (art. 10.36) se démarque à ce sujet des TBI et s'inspire des traités nord-américain en prévoyant expressément (entre autres choses) que seule une compensation monétaire peut être accordée (sauf en cas d'expropriation où la restitution en nature peut être demandée par l'investisseur), que celle-ci doit être calculée selon la *fair market value* de l'investissement et que les *punitive damages* ne sont pas autorisés³⁰⁰.

§ 7. Possibilité de mettre en place un mécanisme d'appel

De manière générale, les sentences arbitrales ne sont pas susceptibles d'appel. Les TBI européens ne dérogent pas à ce qui est au fil du temps devenu la règle en matière d'arbitrage³⁰¹. La nécessité – ou non – d'introduire un degré d'appel pour le mécanisme d'arbitrage d'investissement est une question controversée et dont la tentative de réponse dépasserait le cadre du présent mémoire. Néanmoins, d'aucuns pensent qu'un second degré de juridiction est de nature à favoriser la légitimité du système actuel et la sécurité juridique des investisseurs et des pays d'accueil³⁰².

Le modèle américain de TBI inclut, depuis 2002, une disposition autorisant la création future d'un système d'appel. Il n'a pas été fait usage de cette possibilité jusqu'à présent. Rien de tel n'est par contre prévu dans le NAFTA ou les TBI canadiens.

Le CETA prévoit la création d'un *Committee on Services and Investment* (art. 10.42). Si toutes les fonctions de ce comité ne peuvent pas être étudiées ici, celui-ci est entre autre chargé d'étudier la faisabilité de la création d'un second degré de juridiction pour les sentences rendues dans le cadre du CETA. S'il est certain qu'il ne s'agit pas d'un engagement ou d'une obligation à proprement parler, cette disposition constituait déjà un premier pas vers un degré d'appel³⁰³.

§ 8. Nomination et compétence des arbitres

La manière – totalement libre – dont les arbitres sont désignés par les parties a longtemps fait l'objet de critiques, notamment liées à la réalité observée dans la pratique qui est que n'importe qui peut être désigné arbitre, que les parties au litiges choisissent souvent un arbitre en fonction des points de vue que celui-ci a pu émettre lors d'arbitrages précédents et non pas forcément en fonction de son expertise et expérience, mais également qu'un même individu peut parfaitement être conseil dans un litige et arbitre dans un autre³⁰⁴.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 70.

³⁰⁰ A. REINISCH et L. STIFTER, « European Investment Policy and ISDS », *op. cit.*, p. 11.

³⁰¹ L. PANTALEO, « Investment disputes under CETA. Taking the best from past experience? », *op. cit.*, p. 71.

³⁰² *Ibid.*, p. 71.

³⁰³ *Ibid.*, p. 72.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 73.

Les TBI européens ne prévoient aucune disposition en matière de nomination ou révocation des arbitres, de sorte qu'il faut se référer aux règles d'arbitrage applicables au litige³⁰⁵. Sans entrer dans les détails, remarquons que ces conditions de nomination et de révocation diffèrent selon le *forum* choisi pour l'arbitrage et les règles qui sont les siennes³⁰⁶. En particulier sous les règles du CIRDI, il est souvent compliqué pour une partie de parvenir à faire révoquer un arbitre³⁰⁷.

Le NAFTA et les TBI américains et canadiens, au contraire, prévoient des règles détaillées à ce sujet³⁰⁸. C'est également l'approche qu'ont choisi les négociateurs du CETA 1. En effet, celui-ci dispose en son article 10.25(5) que les arbitres doivent répondre à certains standards, et notamment « *shall have expertise or experience in public international law, in particular international investment law* ».

§ 9. Conclusion : une avancée majeure ?

Comme nous avons pu nous en apercevoir, le CETA première mouture contient plusieurs nouveautés procédurales qui le distinguent du contenu des TBI européens traditionnels et apportent des réponses à certaines critiques fréquemment formulées à leur égard. Ces tentatives d'amélioration du système portent notamment sur une transparence nettement accrue de la procédure, des exigences plus importantes concernant la nomination des arbitres, la mise en place du principe perdant payeur qui permet d'éviter des procédures abusives, l'obligation de tenter de résoudre le litige à l'amiable avant d'être autorisé à introduire une demande d'arbitrage, *et cetera*³⁰⁹.

Si ces avancées étaient les bienvenues, tout n'est cependant pas parfait pour autant : d'autres aspects de l'arbitrage d'investissement n'ont pas fait l'objet de la même attention. Pour ne citer qu'eux, évoquons par exemple la possibilité de tierce participation (qui n'est pas réglée par le CETA hormis peut-être via l'incorporation dans celui-ci des règles de la CNUDCI mais cette question est controversée³¹⁰), le mécanisme de révocation des arbitres ou encore la désignation des arbitres par les parties au litige³¹¹.

En résumé, le CETA initialement conclu était indéniablement une avancée bienvenue pour de nombreux observateurs³¹². Cependant, si le mécanisme de règlement des différends inclus était amélioré en plusieurs points, il ne s'agissait pas d'une révolution : il s'agissait toujours d'un mécanisme d'arbitrage d'investissement, en grande partie aux mains des parties, et toujours sans mécanisme d'appel³¹³. Il faudra attendre novembre 2015 pour voir apparaître publiquement dans le chef de l'UE la volonté de mettre sur pied un système autrement plus novateur.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 74.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 73.

³⁰⁷ L. PANTALEO, « Lights and Shadows of the TTIP Investment Court System », *CLEER Papers*, 2016/1, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2782008>, p. 80.

³⁰⁸ L. PANTALEO, « Investment disputes under CETA. Taking the best from past experience? », *op. cit.*, p. 74.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 75.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 69.

³¹¹ *Ibid.*, p. 75.

³¹² A. REINISCH et L. STIFTER, « European Investment Policy and ISDS », *op. cit.*, p. 14.

³¹³ L. PANTALEO, « Investment disputes under CETA. Taking the best from past experience? », *op. cit.*, p. 75.

Section 6. Cour internationale d'investissement

C'est en mai 2015, suite à la consultation publique organisée au cours de l'année 2014 et dans un contexte de méfiance importante à l'égard de l'arbitrage d'investissement, que la Commission rendait publique³¹⁴ son intention d'étudier la faisabilité de la création d'un système juridictionnel mais également d'un cadre multilatéral de résolution des différends en matière d'investissement³¹⁵.

Le 12 novembre 2015, après y avoir été enjoindre notamment par une résolution du Parlement européen en juillet 2015³¹⁶, la Commission rendait finalement publique sa proposition³¹⁷ (dont le texte informel avait déjà été dévoilé en septembre 2015³¹⁸) faite aux Etats-Unis dans le cadre des négociations du TTIP de mettre en place un *système juridictionnel des investissements*.

Depuis lors, les négociations de l'accord de libre échange avec le Vietnam ont abouti³¹⁹ (2 décembre 2015) et le texte final du CETA a été modifié le 29 février 2016 (nous emploierons le terme CETA 2)³²⁰. Ces deux accords définitifs prévoient dorénavant un système juridictionnel semblable à celui proposé par la Commission dans le cadre du TTIP³²¹.

§ 1. Innovations

La proposition de l'UE porte d'une part sur la mise en place d'un système juridictionnel et d'autre part sur l'amélioration de certains aspects procéduraux de l'arbitrage d'investissement qui font souvent l'objet de critiques³²². Étant donné l'espace imparti relativement limité, nous ne décrivons dans ce mémoire que les nouveautés essentielles de ce nouveau régime.

a. Tribunal de première instance

Comme nous l'avons déjà mentionné, le rôle crucial que jouent les parties au différend dans le choix des arbitres est l'un des aspects les plus critiqués de l'arbitrage d'investissement, en raison notamment des suspicions d'impartialité que cela peut provoquer mais également du manque d'expérience voire

³¹⁴ European Commission, Concept paper: Investment in TTIP and beyond – the path for reform, May 2015, disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF.

³¹⁵ C. TITI, « The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead », 5 janvier 2016, *Social Science Research Network*, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2711943>.

³¹⁶ European Parliament resolution of 8 July 2015 containing the European Parliament's recommendations to the European Commission on the negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), 2014/2228(INI), n° 2(d).

³¹⁷ European Union's proposal for Investment Protection and Resolution of Investment Disputes, 12 November 2015, disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf.

³¹⁸ European Commission draft TTIP text on investment, 16 September 2015, disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5652_en.htm.

³¹⁹ European Commission, News, EU and Vietnam finalise landmark trade deal, 2 December 2015, disponible sur <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1409>.

³²⁰ Press release: *CETA: EU and Canada agree on new approach on investment in trade agreement*, 29 February 2016, disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-399_en.htm.

³²¹ C. TITI, « The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead », *op. cit.*, pp. 3-4.

³²² *Ibid.*, p. 8.

de l'incompétence de certains arbitres qui n'accèdent à cette position qu'en raison d'opinions émises par le passé qui iraient dans l'intérêt de la partie au litige qui choisit cet arbitre³²³.

La proposition de l'UE dans le cadre du TTIP met sur pied un *Tribunal of First Instance* (art. 9). Ce tribunal sera en principe composé de quinze *Judges* : cinq juges européens, cinq juges ayant la nationalité de l'autre pays signataire de l'accord et cinq juges ayant la nationalité d'un pays tiers.

Ces juges seront désignés par un comité (art. 8.27(2) CETA 2) composé de représentants des deux parties contractantes. L'article 9 de la proposition dispose que ces juges « *shall possess the qualifications required in their respective countries for appointment to judicial office, or be jurists of recognised competence. They shall have demonstrated expertise in public international law* ».

Ceux-ci seront désignés pour une période qui varie selon les textes : six ans selon la proposition dans le cadre du TTIP (art. 9(5)), cinq ans selon le CETA 2 (art. 8.27(5)) et quatre ans selon le traité conclu avec le Vietnam (art. 12(5)). Leur mandat est renouvelable une fois.

Les affaires seront entendues par des chambres composées de trois juges dont les nationalités sont réparties conformément à la répartition des nationalités de l'ensemble des juges du tribunal. Le juge ayant la nationalité d'un pays tiers présidera la chambre.

La désignation des trois juges pour chaque affaire sera effectuée dans les 90 jours à compter de la réception de la demande par le Président du Tribunal (art. 9(8) de la proposition). Cette désignation aura lieu « *on a rotation basis, ensuring that the composition of the divisions is random and unpredictable, while giving equal opportunity to all Judges to serve* » (art. 9.7).

b. Tribunal d'appel

La proposition met également sur pied un tribunal d'appel (art. 10 de la proposition) composé de six membres et qui pourra réviser les sentences rendues sous certaines conditions. Conformément à l'article 29, ce tribunal d'appel pourra « *modify or reverse the legal findings and conclusions in the provisional award in whole or part* ». La demande doit être introduite dans les 90 jours à compter du jour où la décision du tribunal de première instance a été rendue.

Cette demande d'appel sera admise lorsque

(a) (...) *the Tribunal has erred in the interpretation or application of the applicable law;*

(b) (...) *the Tribunal has manifestly erred in the appreciation of the facts, including the appreciation of relevant domestic law;*
or,

(c) *those provided for in Article 52 of the ICSID Convention, in so far as they are not covered by (a) and (b).*

³²³ L. PANTALEO, « Lights and Shadows of the TTIP Investment Court System », *op. cit.*, p. 80.

Il s'agit d'une avancée significative en ce que, sous les règles ICSID, le Comité d'Annulation a uniquement le pouvoir d'annuler la décision³²⁴. Ici, le tribunal d'appel mis en place a également le pouvoir de la maintenir ou de la modifier³²⁵.

Outre le fait qu'elle confère de plus grands pouvoirs au tribunal d'appel, la proposition élargit donc également la liste des motifs ouvrant la possibilité d'un appel en ajoutant c) aux motifs d'annulation prévus par les règles du CIRDI a) des erreurs d'application ou d'interprétation du droit applicable ainsi que b) des erreurs manifestes dans l'appréciation des faits, y compris du droit national applicable (b)³²⁶. Un tel mécanisme est selon certains de nature à favoriser la cohérence des décisions rendues et la sécurité juridique des parties au litige³²⁷.

c. Conditions éthiques

La proposition prévoit également certaines qualités éthiques que les juges et membres du tribunal d'appel se doivent de revêtir (art. 11) et instaure un code de conduite (annexe II de la proposition) applicable aux juges, aux membres du tribunal d'appel et aux médiateurs.

Une des critiques récurrentes à l'encontre du système actuel porte sur les potentiels conflits d'intérêts dans le chefs d'arbitres qui seraient également conseils dans une autre affaire et qui auraient dès lors intérêt en tant qu'arbitre à rendre une décision dont ils pourraient éventuellement se servir pour appuyer leurs propos en tant que conseil dans leur autre affaire³²⁸. La proposition de l'UE tente de répondre à cette inquiétude en prévoyant que les juges « *shall refrain from acting as counsel or as party-appointed expert or witness in any pending or new investment protection dispute under this or any other agreement or domestic law* » (art. 11.1).

Le mécanisme de révocation des arbitres dans le système classique est également controversé. En effet, étant donné que la décision de révocation doit généralement être prise par les deux co-arbitres, il est extrêmement rare que la demande aboutisse³²⁹. La proposition de l'UE prévoit dès lors que la décision de révoquer – ou non – un arbitre sera prise non plus par les deux juges désignés pour l'affaire mais par le président du tribunal de première instance ou du tribunal d'appel, selon le cas (art. 11.3)³³⁰.

d. Transparence

Tout comme le texte initial du CETA 1, la proposition de la Commission prévoit une transparence accrue des procédures en incorporant le règlement récent de la CNUDCI sur la transparence et en y ajoutant

³²⁴ M. MORANTZ et M. POLKINGHORNE, « On the edge of your CETA: new developments in ISDS reform », 16 mars 2016, *Practical Law Arbitration Blog*, disponible sur <http://arbitrationblog.practicallaw.com/on-the-edge-of-your-ceta-new-developments-in-isds-reform/>.

³²⁵ *Ibid.*,

³²⁶ *Ibid.*,

³²⁷ C. TITI, « The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead », *op. cit.*, p. 12.

³²⁸ *Ibid.*, p. 16.

³²⁹ *Ibid.*, p. 17.

³³⁰ *Ibid.*, p. 17.

des exigences supplémentaires³³¹. Comme nous l'avons mentionné *supra*, cette approche en matière de transparence est novatrice et tranche avec le mutisme habituel des TBI³³².

e. *Amicus curiae*

La fonction d'*amicus curiae* est généralement assumée par des ONG ou autres organisation dans un souci d'intérêt public et en faveur du pays attaqué par l'investisseur³³³. Il s'agit d'un moyen d'attirer l'attention du tribunal sur des considérations d'intérêt public³³⁴.

Les TBI européens et nord-américains sont généralement muets à cet égard³³⁵. Il faut donc se référer aux règles d'arbitrage choisies par les parties au litige. Sous les règles d'arbitrage traditionnelles (CIRDI et CNUDCI), les tierces parties ont seulement le droit de soumettre des observations écrites et à certaines conditions uniquement³³⁶.

L'article 23 de la proposition de l'UE prévoit à cet égard deux types d'intervention : la tierce intervention au litige de toute personne physique ou légale « *which can establish a direct and present interest in the result of the dispute* », qui pourra soumettre des observations tant oralement que par écrit, ainsi que la possibilité pour le tribunal d'accepter les lettres d'*amicus curiae*³³⁷.

Cette large participation des tiers est unique en droit international de l'investissement et constitue selon certain une innovation majeure³³⁸.

§ 2. Critiques

Toute novatrice qu'elle puisse paraître, la proposition de la Commission n'est cependant pas parfaite. Sans prétendre à être exhaustives, les lignes qui suivent nous donnent l'occasion d'exposer quelques-unes des critiques dirigées à l'encontre de cette proposition.

a. Exécution à l'étranger des décisions

Certains auteurs ont souligné les difficultés d'exécution que le mécanisme mis en place par l'UE est de nature à provoquer³³⁹. En effet, si l'article 6 permet à l'investisseur d'introduire sa demande selon des règles d'arbitrages spécifiques (du CIRDI par exemple) ou encore selon des règles convenues entre les parties, une décision rendue par le tribunal de première instance dans le cadre du TTIP ne remplit

³³¹ L. PANTALEO, « Lights and Shadows of the TTIP Investment Court System », *op. cit.*, p. 83.

³³² *Ibid.*, p. 83.

³³³ *Ibid.*, p. 83.

³³⁴ *Ibid.*, p. 84.

³³⁵ *Ibid.*, p. 84.

³³⁶ *Ibid.*, p. 84.

³³⁷ *Ibid.*, p. 84.

³³⁸ *Ibid.*, p. 84.

³³⁹ L. PANTALEO, « Lights and Shadows of the TTIP Investment Court System », *op. cit.*, p. 85 ; et C. TITI, « The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead », *op. cit.*, p. 32.

toutefois pas les conditions pour être considérée comme une sentence rendue, par exemple, sous l'égide du CIRDI³⁴⁰.

Ainsi, un investisseur ayant obtenu une décision en sa faveur de la part du tribunal de première instance ne sera pas en mesure de requérir l'exécution dans un État partie à la Convention du CIRDI étant donné que cet État n'est, par hypothèse, pas signataire du TTIP³⁴¹. Et même si l'article 30 de la proposition de l'UE précise que les décisions rendues dans le cadre du TTIP doivent être considérées comme des sentences arbitrales CIRDI, une telle décision ne pourra être exécutée que dans l'UE ou aux États-Unis. En effet, les juges des autres États signataires de la convention du CIRDI ne sont pas liés par une telle disposition du TTIP et n'ont dès lors pas l'obligation de l'appliquer³⁴².

La nature même des décisions qui seraient rendues par le tribunal de première instance pose également question. S'il fallait considérer que celles-ci ne sont pas des sentences arbitrales au sens de l'article 1 de la convention de New York, l'investisseur ayant une telle décision entre les mains pourrait rencontrer des difficultés à la faire exécuter en dehors des États-Unis ou de l'UE en invoquant ladite convention³⁴³. Et ce sans préjudice de l'article 30 qui indique que cette décision doit être considérée comme une sentence arbitrale aux termes de la convention de New York étant donné que, là encore, les juges étrangers ne sont pas liés par cette disposition³⁴⁴.

b. Tribunal d'appel

Une autre critique concerne les larges pouvoirs accordés au tribunal d'appel. En effet, le tribunal d'appel instauré par la proposition de l'UE aurait le pouvoir d'accueillir un appel en cas d'erreur de droit par le tribunal de première instance, mais également lorsque « *the Tribunal has manifestly erred in the appreciation of the facts* » (art. 29.1).

D'aucuns soulignent que l'objectif en créant ce tribunal d'appel était d'assurer la cohérence et la constance des décisions rendues dans le cadre du TTIP par le tribunal de première instance, non pas d'offrir ce qui pourrait s'apparenter à une seconde chance pour les investisseurs qui succombent au fond³⁴⁵.

Or, un mécanisme destiné à assurer la cohérence et l'uniformité des décisions rendues devrait, toujours selon ces auteurs, uniquement permettre d'avoir égard aux questions de droit et non aux questions de fait³⁴⁶. Le fait de créer un tribunal d'appel dont les pouvoirs s'étendent aux questions de fait comporte

³⁴⁰ L. PANTALEO, « Lights and Shadows of the TTIP Investment Court System », *op. cit.*, p. 85.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 85.

³⁴² C. TITI, « The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead », *op. cit.*, pp. 33-34.

³⁴³ L. PANTALEO, « Lights and Shadows of the TTIP Investment Court System », *op. cit.*, p. 86.

³⁴⁴ C. TITI, « The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead », *op. cit.*, pp. 33-34.

³⁴⁵ L. PANTALEO, « Lights and Shadows of the TTIP Investment Court System », *op. cit.*, p. 90.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 90.

selon eux le risque que les investisseurs déçus ne s'en servent afin de bénéficier d'une seconde chance³⁴⁷.

c. Cour d'investissement multilatérale

En mai 2015, la Commission annonçait déjà que ces réformes n'étaient que les premières étapes de la création ultérieure d'un système multilatéral³⁴⁸.

Entretemps, la proposition sur la mise en place d'un système juridictionnel dans le cadre du TTIP prévoit que, dans l'hypothèse où une Cour multilatérale venait à être créée, les litiges concernant le TTIP devraient être résolus par cette cour (art. 12). Le CETA 2 va même plus loin en indiquant en outre que « *The Parties shall pursue with other trading partners the establishment of a multilateral investment tribunal and appellate mechanism for the resolution of investment disputes* » (art. 8.29).

Un tel système multilatéral – qui n'a jamais semblé si proche en raison des évolutions récentes du droit international de l'investissement³⁴⁹ – présenterait de nombreux avantages. Il permettrait notamment de limiter le risque de décisions contradictoires et incohérentes et assurerait une exécution plus aisée des décisions³⁵⁰.

À l'opposé, la création de plusieurs Cours bilatérales est de nature à fragmenter encore plus le droit international de l'investissement par la mise en place de procédures toutes différentes et propres à chaque système créé³⁵¹.

Certains auteurs considèrent dès lors qu'il eut été préférable que l'UE s'attèle à mettre en place dès le début une Cour multilatérale à laquelle d'autres États pourront adhérer en vertu d'autres traités – voire une Cour bilatérale mais ultérieurement multilatéralisable –, et ce d'autant plus qu'en cas de succès du système juridictionnel bilatéral du TTIP il sera sans doute compliqué de le remplacer par la suite par un système multilatéral³⁵².

§ 3. Conclusion

Cette proposition est importante car elle intervient dans une période où une réforme du droit international de l'investissement semble inévitable en raison des critiques récurrentes à l'égard non seulement de ses règles substantielles mais également de ses règles procédurales et en particulier l'arbitrage investisseur-État³⁵³. Ces critiques ont d'ailleurs mené certains États comme l'Australie à ne plus inclure de mécanisme d'arbitrage dans leurs traités d'investissement, d'autres encore à dénoncer

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 90.

³⁴⁸ European Commission, Concept Paper, Investment in TTIP and beyond – the path for reform, *op. cit.*, p. 16.

³⁴⁹ C. TITI, « The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead », *op. cit.*, pp. 34-35

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 35.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 35.

³⁵² *Ibid.*, p. 36.

³⁵³ *Ibid.*, p. 4.

la convention du CIRDI, alors que certains pays ont purement et simplement décidé de mettre un terme à leurs TBI³⁵⁴.

Si, comme nous l'avons vu, la mise en place d'un système juridictionnel comporte des avantages mais également certains inconvénients (notamment en l'absence d'une Cour multilatérale), il n'en reste pas moins qu'il s'agit là d'un message politique fort de la part de l'UE. En mettant sur la table des négociations et en incluant cette proposition dans deux traités dorés et déjà finalisés, la Commission reconnaît en tout cas les failles du système actuel³⁵⁵ et, quelle que soit la décision des Etats-Unis, pourra difficilement faire marche arrière³⁵⁶.

³⁵⁴ *Ibid.*, pp. 4-5.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 6.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 6.

Conclusion

Tout au long de ce mémoire, nous avons pu nous rendre compte de l'intérêt que suscite le bouleversement en droit international de l'investissement provoqué par l'entrée en piste de l'Union européenne en tant qu'acteur désormais important avec lequel il faudra dorénavant composer. Dès lors, la position de l'UE concernant la politique à adopter en cette matière étant grandement attendue au tournant.

Nous avons observé, dans ses déclarations mais également dans le cadre des accords récemment conclus avec le Canada et le Vietnam, que bien qu'imparfaite, l'attitude de l'UE en matière de protection des investissements se démarque assez nettement de celle qu'ont adoptée les Etats membres pendant des dizaines d'années (en incluant dans leurs TBI des dispositions nettement favorables aux investisseurs car susceptibles d'une grande interprétation par les tribunaux arbitraux, et ce souvent au détriment des pays d'accueil). L'orientation que semble avoir pris l'UE en direction du modèle américain de TBI est selon nous bienvenue et mérite d'être davantage assumée.

L'on déplorera cependant que l'UE persiste à refuser de mettre en place un modèle unique sur lequel elle baserait toutes ses négociations : une telle stratégie, si elle a pour objectif de conserver la possibilité d'adapter les dispositions contenues dans les accords au niveau de développement du partenaire économique envisagé, est cependant regrettable. En effet, ce faisant, l'UE semble manquer l'occasion de contribuer au rapprochement des différents modèles mondiaux d'accords internationaux d'investissement qui tendent globalement vers la reconnaissance du modèle américain comme le modèle le plus équilibré ou, à tout le moins, le moins néfaste pour la liberté des Etats de prendre des mesures dans l'intérêt public. Même si la multilatéralisation des accords d'investissements et notamment de la résolution des différends entre investisseurs et pays d'accueil est envisagée par l'UE à long terme, et même si différentes dispositions inspirées du modèle américain ont été intégrées dans les accords signés ces derniers mois, le fait de se réserver le choix d'adapter le niveau de protection des investisseurs au niveau développement du pays cible ne contribue qu'à desservir cet idéal d'un modèle unique au niveau mondial. Il est en effet plus que probable que le degré de protection des investisseurs contenu dans les futurs accords de l'UE variera selon l'impact économique du pays cible et donc de son impact dans les négociations.

En ce qui concerne l'arbitrage d'investissement, nous avons pu, au cours de cette étude, observer certaines des tentatives de réponses que l'UE a mis sur la table au fil de ces dernières années, sans aucun doute en partie justifiées par la nécessité de répondre aux critiques dont ce mécanisme est l'objet ces dernières années et encore davantage dans le cadre des négociations du TTIP étant donné l'impact économique potentiel d'un tel accord. Etant limités dans le cadre de ce mémoire, nous n'avons pu que brièvement évoquer les écueils de ce mode de règlement des conflits, mais l'UE semble néanmoins avoir répondu à certains d'entre eux de manière assez innovante, par exemple en faisant de la transparence – autrefois l'exception – la règle en matière d'arbitrage d'investissement. Cette transparence était la bienvenue, et l'opacité du régime antérieur pouvait difficilement se justifier aux yeux de l'opinion publique étant donné l'impact potentiel d'un tel mécanisme – et des condamnations

susceptibles d'en découler – sur les Etats et donc indirectement sur leurs citoyens. Par sa dernière proposition concernant la mise en place d'un système juridictionnel, un pas a également été franchi vers plus d'indépendance et d'impartialité de la part des arbitres (désormais *juges*) bien que tout ne soit pas parfait.

En tout état de cause, étant donné le caractère mixte des accords de libre-échange incluant un chapitre d'investissement (nonobstant les controverses entourant la portée de la nouvelle compétence européenne en matière d'investissements étrangers directs), les instruments démocratiques que constituent les assemblées législatives des Etats membres et de l'UE devront de toute façon se prononcer sur l'adoption – ou non – de ces traités dorés et déjà conclus par la Commission. Gageons que les débats dans les mois qui viennent tiendront compte des avancées décrites dans ce mémoire mais également des limites qui ont été soulevées, et que l'UE continuera à assumer son nouveau rôle en contribuant favorablement à l'évolution du droit international de l'investissement dans le cadre de ses futures négociations.

Bibliographie

Doctrine

BAETENS, F. et Tietje, C., *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, Study prepared for the Minister for Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign Affairs, The Netherlands, 2014.

BENYON, F.S., *Direct Investment, National Champions and EU Treaty Freedoms: From Maastricht to Lisbon*, Modern Studies in European Law, Oxford, Hart Publishing, 2010.

BERNASCONI-OSTERWALDER, N., « Analysis of the European Commission's Draft Text on Investor-State Dispute Settlement for EU Agreements », *Investment Treaty News*, International Institute for Sustainable Development, Issue 4, Vol. 2, July 2012, pp. 12-13.

BUNGENBERG, M., « The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics », *European Yearbook of International Economic Law*, Special Issue: International Investment Law and EU Law, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2011, pp. 29-42.

BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. ET REINISCH, A., *International Investment Law: A Handbook*, Baden-Baden, Nomos, 2015.

BUNGENBERG, M., REINISCH, A. ET TIETJE, C., *EU and Investment Agreements: Open Questions and Remaining Challenges*, Studies in International Investment Law, Baden-Baden, Nomos, 2013.

BURGSTALLER, M., « The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States », *European Yearbook of International Economic Law*, Special Issue: International Investment Law and EU Law, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2011, pp. 55-77.

BIANCO, G. et FONTANELLI, f., « Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », *Stanford Journal of International Law*, n° 2014/2, pp. 212-241.

BIANCO, G. et FONTANELLI, F., « The inevitable convergence of the US and the EU on the Protection of Foreign Investments – BITs, PTAs, and *Incomplete Contracts* », *E.S.I.L.*, Conference Paper n° 7/2013.

DE LUCA, A., « Umbrella Clauses and Transfer Provisions in the (Invisible) EU Model BIT », *The Journal of World Investment & Trade*, juillet 2014, pp. 506-533, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2526810>.

DIMOPOULOS, A., *EU Foreign Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2011.

Expropriation: A sequel, 2^e éd., UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, New York and Geneva, United Nations, 2012.

Fair and Equitable Treatment, 2^e éd., UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, New York and Geneva, United Nations, 2012.

Fonds monétaire international, *Manuel de la balance des paiements et de la position extérieure globale*, 6^e éd., Washington, International Monetary Fund, 2009, disponible sur www.imf.org/external/french/pubs/ft/bop/2007/bopman6f.pdf.

GAUKRODGER, D. et GORDON, K., *Investor-state dispute settlement: A scoping paper for the investment policy community*, OECD Working Papers on International Investment, OECD Investment Division, n° 2012/3, disponible sur www.oecd.org/daf/investment/workingpapers.

HINDELANG, S., *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law*, New York, Oxford University Press, 2009.

KESSEDJIAN, C. et LEBEN, C., *Le droit européen et l'investissement*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2009.

MORANTZ, M. et POLKINGHORNE, M., « On the edge of your CETA: new developments in ISDS reform », 16 mars 2016, *Practical Law Arbitration Blog*, disponible sur <http://arbitrationblog.practicallaw.com/on-the-edge-of-your-ceta-new-developments-in-isds-reform/>.

LAVRANOS, N., « The new EU Investment Treaties: Convergence towards the NAFTA model as the new plurilateral BIT text? », 31 mars 2013, *Social Science Research Network*, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2241455>.

LAVRANOS, N., « Member States' BITs: Lost in Transition? », 29 septembre 2011, *Social Science Research Network*, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=1935625>.

LAVRANOS, N., « In Defence of Member States' BITs Gold Standard: The Regulation 1219/2012 Establishing a Transitional Regime for Existing Extra-EU BITs – A Member State's Perspective », *Transnational Dispute Management*, mars 2013.

MOLA, L., « Which Role for the EU in the Development of International Investment Law? », *Society of International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference*, 2008, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=1154583>.

PANTALEO, L., « Investment disputes under CETA. Taking the best from past experience? », 27 février 2016, *Social Science Research Network*, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2739128>.

PANTALEO, L., « Lights and Shadows of the TTIP Investment Court System », *CLEER Papers*, 2016/1, pp. 77-92, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2782008>.

RADICATI DI BROZOLO, L.G. et IORIO, F., « Arbitration Under Investment Protection Agreements between the EU and Non-Member States », 11 avril 2015, *Social Science Research Network*, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2593339>.

REINISCH, A. et STIFTER, L., « European Investment Policy and ISDS », 13 novembre 2014, *Social Science Research Network*, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2564018>.

REINISCH, A., « The Division of Powers Between the EU and Its Member States 'After Lisbon' », *European Yearbook of International Economic Law*, Special Issue: International Investment Law and EU Law, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2011, pp. 43-54.

REINISCH, A., « The EU on the Investment Path – *Quo Vadis* Europe? The future of EU BITs and other Investment Agreements », 20 mars 2013, *Social Science Research Network*, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2236192>.

SHANDA, L. King, « The Future of Europe's International Investment Agreements », 10 août 2012, *Social Science Research Network*, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2352123>.

STRIK, P., *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*, Modern Studies in European Law, Oxford, Hart Publishing, 2014.

TITI, C., « The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead », 5 janvier 2016, *Social Science Research Network*, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2711943>.

UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator, disponible sur <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/19?partyRole=1>

UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2015*, IIA Issues Note, disponible sur <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/ISDS%20Issues%20Note%202016.pdf>, p. 2.

WEAVER, M. A., « The Proposed Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP): ISDS Provisions, Reconciliation, and Future Trade Implications », *Emory International Law Review*, Vol. 19, 2014, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2548830>.

YACKEE, J. W., « Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment? », 42 *Law & Soc'y Rev.* 805, 807–08 (2008).

Législation

Droit européen :

Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Towards a comprehensive European international investment policy, COM(2010)343 final, 7.7.2010, 3.

Conclusions on a comprehensive European international investment policy, 3041st Foreign Affairs Council meeting, Luxembourg, 25 October 2010, disponible sur http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/117328.pdf.

Consolidated CETA Text, published on 26 September 2014, disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf.

Council's negotiation mandate concerning negotiations on investment with Canada, India and Singapore, 12 septembre 2011, conférence de presse disponible sur http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/EN/genaff/124579.pdf, p. 13.

Directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité, J.O.C.E., 8 juillet 1988, L 178/5.

Directives for the negotiation on the Transatlantic Trade and Investment Partnership between the European Union and the United States of America, 17 June 2013, disponible sur <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/en/pdf>.

European Commission draft TTIP text on investment, 16 September 2015, disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5652_en.htm.

European Parliament resolution of 8 July 2015 containing the European Parliament's recommendations to the European Commission on the negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), 2014/2228(INI), n° 2(d).

European Parliament resolution of 6 April 2011 on the future European international investment policy, 2010/2203(INI), disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2011-0141+0+DOC+PDF+V0//EN>.

European Union's proposal for Investment Protection and Resolution of Investment Disputes, 12 November 2015, disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf.

Mandat de négociation CETA modifié du 14 juillet 2011, disponible sur <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12838-2011-EXT-2/en/pdf>.

Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends investisseur-État mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie, COM (2012) 335 final.

Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends investisseur-État mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie, COM(2012)0335 – C7-0155/2012 – 2012/0163(COD), disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2013-0124+0+DOC+PDF+V0//FR>.

Règlement (UE) n ° 912/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie, J.O.U.EU, L257, 28 août 2014.

Traité sur l'Union européenne (version consolidée), *J.O.U.E.*, 26 octobre 2012, C 326/13

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), *J.O.U.E.*, 26 octobre 2012, C 326/47.

Droit international :

Accord entre l'Union Economique Belgo-Luxembourgeoise et le gouvernement de la République Populaire de Chine concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements du 6 juin 2005, disponible sur <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/339>.

UN Resolution 3201 (S-VI), 1 May 1974 (Declaration on the Establishment of a New International Economic Order), disponible sur www.un-documents.net/s6r3201.htm.

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958, New York, disponible sur <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-F.pdf>.

U.S. Model Bilateral Investment Treaty, 2012, disponible sur <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>.

Jurisprudence

C.J.U.E. (1^e ch.), 8 juillet 2010 (Commission c. République Portugaise), C-171/08, disponible sur <http://curia.europa.eu>.

C.J.U.E (Ass. Plén.), Avis 1/09, Rec. C.J.U.E., 2011, I-01137, disponible sur <http://curia.europa.eu>.

C.J.C.E. (Gr. Ch.), 12 décembre 2006 (Test Claimants in the FII Group Litigation c. Commissioners of Inland Revenue), C-446/04, disponible sur <http://curia.europa.eu>.

C.J.C.E., Avis 1/00, Rec. C.J.C.E., 2002, I-3498, disponible sur <http://curia.europa.eu>.

C.J.C.E., Avis 1/94, Rec. C.J.C.E., 1994, I-05267, disponible sur <http://curia.europa.eu>.

C.J.C.E., Avis 1/91, Rec. C.J.C.E., 1991, I-06079, disponible sur <http://curia.europa.eu>.

Asian Agricultural Products Limited v. Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Award and Dissenting Opinion, 27 june 1990, (1991) 6 ICSID Rev-FILJ 526, disponible sur <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx>

Autres

European Commission, « Concept paper: Investment in TTIP and beyond – the path for reform », May 2015, disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF.

European Commission, « EU and Vietnam finalise landmark trade deal », 2 December 2015, disponible sur <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1409>.

European Commission, « CETA: EU and Canada agree on new approach on investment in trade agreement », 29 February 2016, disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-399_en.htm.

European Commission, « European Commission proposes signature and conclusion of EU-Canada trade deal », 5 juillet 2016, disponible sur <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1524>.

European Commission, « Investment Provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement », 12 mars 2013, disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf.

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

