

Cinquantenaire de la Convention  
de Bruxelles du 27 septembre 1968

# Rev. crit. DIP

Revue critique  
de droit international privé

Avec les  
contributions de :

Hélène Gaudemet-Tallon, Jürgen Basedow,  
Paul Beaumont, Andrea Bonomi, Francisco  
Garcimartín, Trevor C. Hartley, Alex Mills,  
Rui Manuel Moura Ramos, Charalambos  
(Haris) Pamboukis, Monika Pauknerová,  
Fausto Pocar, Peter Schlosser, Symeon  
C. Symeonides et Maciej Szpunar

ref : 541803



DALLOZ

aff. C-498/16, D. 2018. 246 ; *ibid.* 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; *ibid.* 1033, obs. B. Fauvarque-Cosson et W. Maxwell ; Dalloz IP/IT 2018. 371, obs. M.

Combet ; Rev. crit. DIP 2018. 593, note H. Muir Watt]. La solution est donc la même en matière de consommation et en matière d'assurances.

## L'affaire *Achmea* ou les conflits de logiques

(CJUE 6 mars 2018, aff. C-284/16)

Emmanuel Gaillard

Mots clés | Traités bilatéraux de protection des investissements – Traités intra-UE – Clause de règlement des différends – Arbitrage – Incompatibilité avec le droit de l'Union (oui) – Autonomie du droit de l'Union – Confiance mutuelle.

*Les articles 267 et 344 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition contenue dans un accord international conclu entre les États membres, telle que l'article 8 du Traité bilatéral de protection des investissements conclu entre les Pays-Bas et la République fédérale tchèque et slovaque en 1991, aux termes de laquelle un investisseur de l'un de ces États membres peut, en cas de litige concernant des investissements dans l'autre État membre, introduire une procédure contre ce dernier État membre devant un tribunal arbitral, dont cet État membre s'est obligé à accepter la compétence.*

### *République slovaque c/ Achmea BV*

#### *Sur les questions préjudicielles*

Sur les première et deuxième questions

31. Par ses première et deuxième questions, qu'il convient de traiter ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, si les articles 267 et 344 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition contenue dans un accord international conclu entre les États membres, telle que l'article 8 du TBI, aux termes de laquelle un investisseur de l'un de ces États membres peut, en cas de litige concernant des investissements dans l'autre État membre, introduire une procédure contre ce dernier État membre devant un tribunal arbitral, dont cet État membre s'est obligé à accepter la compétence.

32. Afin de répondre à ces questions, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante de la Cour, un accord international ne saurait porter atteinte à l'ordre des compétences fixé par les traités et, partant, à l'autonomie du système juridique de l'Union dont la Cour assure le respect. Ce principe est notamment inscrit dans l'article 344 TFUE, selon lequel les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règle-

ment autre que ceux prévus par ceux-ci [avis 2/13 (Adhésion de l'Union à la CEDH), du 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454, point 201 et jurisprudence citée].

33. Selon une jurisprudence également constante de la Cour, l'autonomie du droit de l'Union, au regard tant du droit des États membres que du droit international, se justifie en raison des caractéristiques essentielles de l'Union et de son droit, relatives, notamment, à la structure constitutionnelle de l'Union ainsi qu'à la nature même dudit droit. Le droit de l'Union se caractérise en effet par la circonstance d'être issu d'une source autonome, constituée par les traités, par sa primauté par rapport aux droits des États membres ainsi que par l'effet direct de toute une série de dispositions applicables à leurs ressortissants et à eux-mêmes. De telles caractéristiques ont donné lieu à un réseau structuré de principes, de règles et de relations juridiques mutuellement interdépendantes liant, réciproquement, l'Union elle-même et ses États membres, ainsi que ceux-ci entre eux [voir, en ce sens, avis 2/13 (Adhésion de l'Union à la CEDH), du 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454, points 165 à 167 ainsi que jurisprudence citée].

34. Le droit de l'Union repose ainsi sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée, comme il est précisé à l'article 2 TUE. Cette prémisse implique et justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres dans la reconnaissance de ces valeurs et, donc, dans le respect du droit de l'Union qui les met en œuvre. C'est précisément dans ce contexte qu'il incombe aux États membres, notamment, en vertu du principe de coopération loyale, énoncé à l'article 4, paragraphe 3, premier alinéa, TUE, d'assurer, sur leurs territoires respectifs, l'application et le respect du droit de l'Union et de prendre, à ces fins, toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union [avis 2/13 (Adhésion de l'Union à la CEDH), du 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454, points 168 et 173 ainsi que jurisprudence citée].

35. Pour garantir la préservation des caractéristiques spécifiques et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, les traités ont institué un système juridictionnel destiné à assurer la cohérence et l'unité dans l'interprétation du droit de l'Union [avis 2/13 (Adhésion de l'Union à la CEDH), du 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454, point 174].

36. Dans ce cadre, conformément à l'article 19 TUE, il appartient aux juridictions nationales et à la Cour de garantir la pleine application du droit de l'Union dans l'ensemble des États membres ainsi que la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent dudit droit [voir, en ce sens, avis 1/09 (Accord sur la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets), du 8 mars 2011, EU:C:2011:123, point 68, et 2/13 (Adhésion de l'Union à la CEDH), du 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454, point 175, ainsi que arrêt du 27 février 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:117, point 33].

37. En particulier, la clef de voûte du système juridictionnel ainsi conçu est constituée par la procédure du renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE qui, en instaurant un dialogue de juge à juge, précisément entre la Cour et les juridictions des États membres, a pour but d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union, permettant ainsi d'assurer sa cohérence, son plein effet et son autonomie ainsi que, en dernière instance, le caractère propre du droit institué par les traités [avis 2/13 (Adhésion de l'Union à la CEDH), du 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454, point 176 et jurisprudence citée].

38. C'est à la lumière de ces considérations qu'il faut répondre aux première et deuxième questions préjudicielles.

39. À cette fin, il convient, en premier lieu, de vérifier si les litiges dont est appelé à connaître le tribunal arbitral visé à l'article 8 du TBI sont susceptibles d'être relatifs à l'interprétation ou à l'application du droit de l'Union.

40. À cet égard, à supposer même que, comme le prétend notamment Achmea, ce tribunal, en dépit de la formulation très large de l'article 8, paragraphe 1, du TBI, ne soit appelé à se prononcer que sur une violation éventuelle de cet accord, il n'en reste pas moins que, à ces fins, il doit, conformément à l'article 8, paragraphe 6, du TBI, tenir compte notamment du droit en vigueur de la partie contractante concernée ainsi que de tout accord pertinent entre les parties contractantes.

41. Or, compte tenu de la nature et des caractéristiques du droit de l'Union mentionnées au point 33 du présent arrêt, ce droit doit être considéré à la fois comme faisant partie du droit en vigueur dans tout État membre et comme étant issu d'un accord international entre les États membres.

42. Il s'ensuit que, à ce double titre, le tribunal arbitral visé à l'article 8 du TBI est, le cas échéant, amené à interpréter, voire à appliquer, le droit de l'Union, et, en particulier, les dispositions concernant les libertés fondamentales, dont la liberté d'établissement et la libre circulation des capitaux.

43. Il convient, dès lors, de vérifier, en deuxième lieu, si un tribunal arbitral tel que celui visé à l'article 8 du TBI se situe dans le système juridictionnel de l'Union, et, en particulier, s'il peut être considéré comme étant une juridiction d'un des États membres au sens de l'article 267 TFUE. En effet, la circonstance qu'un tribunal créé par des États membres est situé dans le système juridictionnel de l'Union a pour conséquence que ses décisions sont soumises à des mécanismes de nature à assurer la pleine efficacité des normes de l'Union [voir, en ce sens, avis 1/09 (Accord sur la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets), du 8 mars 2011, EU:C:2011:123, point 82 et jurisprudence citée].

44. À cet égard, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 12 juin 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), la Cour a déduit le caractère de « juridiction d'un des États membres » du tribunal en cause de la circonstance que celui-ci, dans son ensemble, était un élément du système de résolution juridictionnelle des litiges dans le domaine fiscal prévu par la Constitution portugaise elle-même [voir, en ce sens, arrêt du 12 juin 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, C-377/13, EU:C:2014:1754, points 25 et 26].

45. Or, dans l'affaire au principal, le tribunal arbitral ne constitue pas un élément du système juridictionnel établi aux Pays-Bas et en Slovaquie. C'est d'ailleurs précisément le caractère dérogoire de la juridiction de ce tribunal, par rapport à celle des juridictions de ces deux États membres, qui constitue l'une des principales raisons d'être de l'article 8 du TBI.

46. Cette caractéristique du tribunal arbitral en cause au principal implique que celui-ci ne saurait, en tout état de cause, être qualifié de juridiction « d'un des États membres », au sens de l'article 267 TFUE.

47. Certes, la Cour a jugé qu'il n'existe aucun motif valable qui justifierait qu'une juridiction commune à plusieurs États membres, telle que la Cour de justice du Benelux, ne puisse soumettre des questions préjudicielles à la Cour à l'instar des juridictions relevant de chacun de ces États membres [voir, en ce sens, arrêts du 4 novembre 1997, *Parfums Christian Dior*, C-337/95, EU:C:1997:517, point 21, et du 14 juin 2011, *Miles e.a.*, C-196/09, EU:C:2011:388, point 40].

48. Cependant, le tribunal arbitral en cause au principal ne constitue pas une telle juridiction commune à plusieurs États membres, comparable à la Cour de justice du Benelux. En effet, tandis que, d'une part, cette dernière est chargée d'assurer l'uniformité dans l'application des règles juridiques communes aux trois États du Benelux et que, d'autre part, la procédure devant elle forme un incident dans les procédures pendantes devant les juridictions nationales à l'issue duquel l'interprétation définitive des règles juridiques communes au Benelux est établie, le tribunal arbitral en cause au principal ne présente pas de tels liens avec les systèmes juridictionnels des États membres (voir, en ce sens, arrêt du 14 juin 2011, *Miles e.a.*, C-196/09, EU:C:2011:388, point 41).

49. Il s'ensuit qu'un tribunal tel que celui visé à l'article 8 du TBI ne saurait être considéré comme étant une « juridiction d'un des États membres », au sens de l'article 267 TFUE, et n'est dès lors pas habilité à saisir la Cour à titre préjudiciel.

50. Dans ces circonstances, il convient encore de vérifier, en troisième lieu, si la sentence arbitrale rendue par un tel tribunal est, conformément, en particulier, à l'article 19 TUE, soumise au contrôle d'une juridiction d'un État membre garantissant que les questions de droit de l'Union que ce tribunal pourrait être amené à traiter puissent, éventuellement, être soumises à la Cour dans le cadre d'un renvoi préjudiciel.

51. À cette fin, il y a lieu de relever que, selon l'article 8, paragraphe 7, du TBI, la décision du tribunal arbitral prévu à cet article est définitive. En outre, en application de l'article 8, paragraphe 5, du TBI, ce tribunal arbitral fixe ses propres règles de procédure conformément au règlement d'arbitrage de la Cnudci et, en particulier, choisit lui-même son siège et, par conséquent, le droit applicable à la procédure régissant le contrôle juridictionnel de la validité de la sentence par laquelle il met fin au différend porté devant lui.

52. En l'occurrence, le tribunal arbitral saisi par Achmea a choisi comme siège Francfort-sur-le-Main, ce qui a rendu le droit allemand applicable à la procédure régissant le contrôle juridictionnel de la validité de la sentence arbitrale prononcée par ce tribunal le 7 décembre 2012. C'est ainsi ce choix qui a permis à la République slovaque, en tant que partie au différend, de demander, conformément à ce droit, un contrôle juridictionnel de cette sentence arbitrale, en saisissant, à cette fin, la juridiction allemande compétente.

53. Cependant, il convient de constater qu'un tel contrôle juridictionnel ne peut être exercé par ladite juridiction que dans la mesure où le droit national le permet. D'ailleurs, l'article 1059, paragraphe 2, du code de procédure civile ne prévoit qu'un contrôle limité portant, notamment, sur la validité, au regard de la loi applicable, de la convention d'arbitrage ou sur le respect de l'ordre public par la reconnaissance ou l'exécution de la sentence arbitrale.

54. Certes, en ce qui concerne l'arbitrage commercial, la Cour a jugé que les exigences tenant à l'efficacité de la procédure arbitrale justifient que le contrôle des sentences arbitrales exercé par les juridictions des États membres revête un caractère limité, pourvu que les dispositions fondamentales du droit de l'Union puissent être examinées dans le cadre de ce contrôle et, le cas échéant, faire l'objet d'un renvoi préjudiciel devant la Cour (voir, en ce sens, arrêts du 1<sup>er</sup> juin 1999, *Éco Swiss*, C-126/97, EU:C:1999:269, points 35, 36 et 40, ainsi que du 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, EU:C:2006:675, points 34 à 39).

55. Toutefois, une procédure d'arbitrage, telle que celle visée à l'article 8 du TBI, se distingue d'une procédure d'arbitrage commercial. En effet, alors que la seconde trouve son origine dans l'autonomie de la volonté des parties en cause, la première résulte d'un traité, par lequel des États membres consentent à soustraire à la compétence de leurs propres juridictions et, partant, au système de voies de recours juridictionnel que l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE leur impose d'établir dans les domaines

couverts par le droit de l'Union (voir, en ce sens, arrêt du 27 février 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:117, point 34), des litiges pouvant porter sur l'application ou l'interprétation de ce droit. Dans ces conditions, les considérations énoncées au point précédent, relatives à l'arbitrage commercial, ne sont pas transposables à une procédure d'arbitrage, telle que celle visée à l'article 8 du TBI.

56. Par conséquent, compte tenu de l'ensemble des caractéristiques du tribunal arbitral visées à l'article 8 du TBI et rappelées aux points 39 à 55 du présent arrêt, il y a lieu de considérer que, par la conclusion du TBI, les États membres parties à celui-ci ont instauré un mécanisme de résolution de litiges opposant un investisseur à un État membre susceptible d'exclure que ces litiges, alors même qu'ils pourraient concerner l'interprétation ou l'application du droit de l'Union, soient tranchés d'une manière garantissant la pleine efficacité de ce droit.

57. Certes, selon une jurisprudence constante de la Cour, un accord international, prévoyant la création d'une juridiction chargée de l'interprétation de ses dispositions et dont les décisions lient les institutions, y compris la Cour, n'est, en principe, pas incompatible avec le droit de l'Union. En effet, la compétence de l'Union en matière de relations internationales et sa capacité à conclure des accords internationaux comportent nécessairement la faculté de se soumettre aux décisions d'une juridiction créée ou désignée en vertu de tels accords, pour ce qui concerne l'interprétation et l'application de leurs dispositions, pourvu que l'autonomie de l'Union et de son ordre juridique soit respectée [voir, en ce sens, avis 1/91 (Accord EEE – I), du 14 décembre 1991, EU:C:1991:490, points 40 et 70; 1/09 (Accord sur la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets), du 8 mars 2011, EU:C:2011:123, points 74 et 76, ainsi que 2/13 (Adhésion de l'Union à la CEDH), du 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454, points 182 et 183].

58. Cependant, en l'occurrence, outre le fait que les litiges relevant de la compétence du tribunal arbitral visé à l'article 8 du TBI sont susceptibles d'être relatifs à l'interprétation tant de cet accord que du droit de l'Union, la possibilité de soumettre ces litiges à un organisme qui ne constitue pas un élément du système juridictionnel de l'Union est prévue par un accord qui a été conclu non pas par l'Union, mais par des États membres. Or, ledit article 8 est de nature à remettre en cause, outre le principe de confiance mutuelle entre les États membres, la préservation du caractère propre du droit institué par les traités, assurée par la procédure du renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE, et n'est dès lors pas compatible avec le principe de coopération loyale rappelé au point 34 du présent arrêt.

59. Dans ces conditions, l'article 8 du TBI porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union.

60. Par conséquent, il convient de répondre aux première et deuxième questions que les articles 267 et 344 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition contenue dans un accord international conclu entre les États membres, telle que l'article 8 du TBI, aux termes de laquelle un investisseur de l'un de ces États membres peut, en cas de litige concernant des investissements dans l'autre État membre, introduire une procédure contre ce dernier État membre devant un tribunal arbitral, dont cet État membre s'est obligé à accepter la compétence.

#### *Sur la troisième question*

61. Compte tenu de la réponse donnée aux première et deuxième questions, il n'y a pas lieu de répondre à la troisième question.

Par ces motifs, la Cour (grande chambre) dit pour droit :

Les articles 267 et 344 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition contenue dans un accord international conclu entre les États membres,

telle que l'article 8 de l'accord sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et la République fédérale tchèque et slovaque, aux termes de laquelle un investisseur de l'un de ces États membres peut, en cas de litige concernant des investissements dans l'autre État membre, introduire une procédure contre ce dernier État membre devant un tribunal arbitral, dont cet État membre s'est obligé à accepter la compétence.

**Du 6 mars 2018. – Cour de justice de l'Union européenne (grande chambre). – Affaire C-284/16. – M. K. Lenaerts, président, M. A. Tizzano (rapporteur), vice-président, MM. M. Ilešić, L. Bay Larsen, T. von Danwitz, J. Malenovský et E. Levits, présidents de chambre, MM. E. Juhász, A. Borg Barthet, J.-C. Bonichot, F. Biltgen, M<sup>me</sup> K. Jürimäe, MM. C. Lycourgos, M. Vilaras et E. Regan, juges. – Avocat général : M. M. Wathelet**

Si l'expression « conflits de systèmes » n'avait pas reçu, en droit international privé, un sens précis<sup>8</sup>, elle serait la plus appropriée pour décrire la collision survenue de plein fouet le 6 mars 2018 entre le droit de l'Union et le droit de l'arbitrage des investissements internationaux avec l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans l'affaire *Achmea*<sup>9</sup>.

Il est vrai que cette collision était prévisible tant chacun des systèmes possède une personnalité forte, l'enthousiasme de la jeunesse, et des valeurs – pour ne pas dire des dogmes – radicalement opposées. Au cœur du droit de l'Union figure le principe de confiance mutuelle. Un de ses corollaires essentiels réside dans le postulat selon lequel les juridictions de chaque État membre sont dignes de la plus parfaite confiance, même lorsqu'il s'agit de juger de litiges opposant l'État dont elles relèvent et un ressortissant étranger. Le droit de la

protection des investissements repose sur le postulat inverse. Pour connaître d'un litige entre un État et un investisseur étranger, les juridictions de l'État en cause, organes de celui-ci, ne paraissent pas, tant structurellement qu'aux yeux de l'investisseur dont il s'agit de gagner la confiance, bénéficier de la neutralité essentielle à l'idée d'un procès équitable. L'arbitre, substitut d'une juridiction supranationale inexistante, n'appartenant ni à l'ordre juridique de l'État d'accueil ni à celui de l'État d'origine de l'investisseur, est le juge structurellement neutre susceptible de garantir qu'aucune des parties ne bénéficiera d'un avantage – réel ou supposé – dans le règlement des différends. Davantage encore que le fond de la protection offerte, la promesse d'arbitrer figurant dans les traités de protection et de promotion des investissements est la pierre angulaire du système. C'est la garantie qui, en rassurant les investisseurs, profite à l'économie de

8) P. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958.  
 9) V. CJUE 6 mars 2018, aff. C-284/16, *République slovaque c. Achmea BV*, AJDA 2018. 1026, chron. P. Bonneville, E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänsler; D. 2018. 560; v. égal. JDI, 2018. 903, note critique Y. Nouvel; S. Lemaire, « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements », *Rev. arb.*, 2018. 424; P. Pinolle, I. Michou, « Arbitrage : l'arrêt *Achmea*, la fin des traités d'investissements intra-UE ? », *Dalloz actualité*, 7 mars 2018; D. Simon, « L'arbitrage en matière d'investissement remis en cause par la Cour de justice ? À propos de l'arrêt du 6 mars 2018, *Achmea* », *Europe*, n° 5, 2018, p. 5-9; M. Laazouzi, « L'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne contre l'arbitrage d'investissement intra-européen », *Annuaire de droit de l'Union européenne*, à paraître; J. Cazala, « L'incompatibilité avec le droit de l'Union européenne du système d'arbitrage investisseur-État contenu dans un traité bilatéral d'investissement intra-UE », *RTD eur.* à paraître; A. Pinna « The Incompatibility of Intra-EU BITs with European Union law », *Cah. arb.*, 2018. 73; B. Hess, « The Fate of Investment Dispute Resolution after the *Achmea* Decision of the European Court of Justice », *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series*, 2018(3), mars 2018; M. Audit, note à paraître à la Revue trimestrielle de droit financier. Sur l'ensemble de la question, les rapports très complets de P. Paschalidis, V. Skouris et M. Paparinskis in *EU Law and International Investment Arbitration*, IAI Series on International Arbitration n° 11, 2018. V. également les conclusions de l'avocat général Wathelet qui n'ont pas été suivies par la Cour (ECLI:EU:C:2017:699).

l'État d'accueil en attirant les investissements dont il a besoin. Cette logique économique a du reste été mise en avant par l'Union elle-même lorsque celle-ci a fait figurer dans les traités conclus avec les États aspirant à la rejoindre la nécessité de conclure avec ses États membres des traités de promotion des investissements qui devaient contribuer à accélérer la croissance de ces candidats et leur permettre de remplir plus vite les conditions de l'adhésion<sup>10</sup>. Confiance mutuelle ou recherche d'un juge neutre: les postulats ne pouvaient être plus opposés.

La collision était d'autant plus prévisible que l'exclusivisme jaloux des organes de l'Union pour connaître de tout ce qui peut toucher, de près ou de loin, à l'interprétation ou à l'application du droit de l'Union, connu sous les termes faussement neutres d'« autonomie du système juridique de l'Union », s'était déjà manifesté à l'égard de la Cour européenne des droits de l'Homme en 2014. La Cour de justice de l'Union européenne avait en effet considéré, par son avis du 18 décembre 2014, que le projet d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'était pas compatible avec le Traité sur l'Union européenne (TUE), dans la mesure où

il était susceptible de porter atteinte aux caractéristiques spécifiques et à l'autonomie du droit de l'Union, et où il confiait le contrôle juridictionnel de certains des actes de l'Union exclusivement à un organe externe<sup>11</sup>. Ce qui était vrai pour la Cour européenne des droits de l'Homme ne pouvait que l'être pour des tribunaux arbitraux d'investissement affaiblis, dans l'esprit du public, par la campagne conduite depuis près d'une décennie par certaines organisations non gouvernementales hostiles à la mondialisation<sup>12</sup>. Le fait que les critiques les plus fréquemment avancées (absence de transparence, incohérence des solutions, frein à l'activité réglementaire) soient prises en compte par le système ou ne reposent sur aucune réalité<sup>13</sup> n'en altère pas l'efficacité et l'on ne peut s'empêcher de penser que cet environnement hostile a joué un rôle dans la décision radicale retenue par la Cour dans l'affaire *Achmea*.

Depuis le transfert de compétence opéré au profit de l'Union par le Traité de Lisbonne sur la matière de protection des investissements étrangers directs, la Commission européenne n'a eu de cesse de critiquer les traités intra-UE, accusés notamment de créer des distorsions de concurrence au sein de l'Union, de porter atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et d'être une source d'insécurité juridique<sup>14</sup>. N'ayant eu aucun succès

- (10) V. par ex. l'art. 72 (2) de l'accord européen conclu entre les Communautés européennes et la Hongrie le 16 décembre 1991 (JO 1993, L 347/2). Les accords conclus avec la Pologne en 1991 (JO 1994, L 348/1), la Roumanie (JO 1994, L 357/2) et la République slovaque en 1993 (JO 1994, L 359/2) et la Croatie en 2001 (JO 2005, L 26/3), suivent le même modèle.
- (11) CJUE, avis (Adhésion de l'Union à la CEDH), 18 déc. 2014, 2/13 (EU:C:2014:2454), AJDA 2015. 329, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser; D. 2015. 75, obs. O. Tambou; RTD civ. 2015. 335, obs. L. Usunier; RTD eur. 2014. 823, édito. J. P. Jacqué; v. déjà CJUE, avis, 8 mars 2011, 1/09 (EU:C:2011:123, point 67), D. 2011. 2434, obs. L. d'Avout et S. Bollée; *ibid.* 2012. 520, obs. J. Raynard; RTD eur. 2011. 805, obs. L. Coutron, concernant la compatibilité du système de contrôle juridictionnel mis en place par l'accord EEE avec les traités CEE (prédécesseurs du TFUE) en matière de brevets.
- (12) V. par ex., « Profiting from injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom », *Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute*, Bruxelles/Amsterdam, 2012.
- (13) V. sur la question, l'excellent article du regretté D. Caron qui montre en quoi les critiques affichées ne sont que des manifestations détournées d'une hostilité de principe à la mondialisation et qu'en conséquence, le fait de les prendre au pied de la lettre ne fait pas évoluer le débat: D. Caron et E. Shirlow, « Dissecting Backlash: The Unarticulated Causes of Backlash and its Unintended Consequences », in *The Judicialization of International Law – A Mixed Blessing?*, A. Føllesdal et G. Ulfstein (dir.), Oxford University Press, 2018.
- (14) V. le communiqué de presse de la Commission européenne du 18 juin 2015 intitulé « La Commission demande aux États membres de mettre fin à leurs accords bilatéraux d'investissement intra-EU ». Sur la question, v. égal. C. Kessedjian et C. Leben (dir.), *Le droit européen et l'investissement*, LGDJ, 2009.

devant les tribunaux arbitraux qui ont systématiquement rejeté l'argument des États défendeurs soutenant que l'accession à l'Union avait rendu caducs les traités conclus par les nouveaux membres avec les anciens<sup>15</sup>, ni auprès des États membres de l'Union qui, à quelques exceptions près, ne s'étaient pas empressés de dénoncer les traités intra-UE<sup>16</sup>, la Commission européenne attendait l'occasion de porter la question devant la Cour où elle ne pouvait que trouver une oreille plus favorable. Cette occasion a été fournie par l'affaire opposant la société néerlandaise Achmea (anciennement Eureko) à la République slovaque. Après l'ouverture du marché de l'assurance privée réalisée en 2004, Achmea a investi quelque 70 millions d'euros dans le secteur en République slovaque avant que diverses mesures ne soient prises, après le changement de gouvernement intervenu en 2006, à l'encontre de cette activité (interdiction de l'intervention de courtiers, de la distribution des bénéficiaires engendrés par cette activité, puis de la vente de portefeuilles d'assurances). Estimant que ces mesures constituaient des violations du traité de protection des investissements conclu en 1991 entre les Pays-Bas et la Tchécoslovaquie, à laquelle a succédé la République slovaque, avant de devenir membre de l'Union en 2004, Achmea

a formé à l'encontre de la République slovaque une demande d'arbitrage tendant à la réparation du préjudice subi du fait des mesures incriminées. Le tribunal arbitral constitué en application du règlement de la CNUDCI siégeant à Francfort, et composé de MM. V. Lowe, président, A. J. van den Berg et V.V. Veeder, arbitres, a fait partiellement droit à ces demandes et a estimé, par une sentence finale du 7 décembre 2012, que l'interdiction de distribution des bénéficiaires et l'interdiction des transferts violaient diverses dispositions du traité et a condamné l'État à un montant de dommages et intérêts de 22 millions d'euros. Auparavant, le Tribunal arbitral avait rejeté, par une sentence du 26 octobre 2010 sur la compétence, l'exception d'incompétence soulevée par l'État au motif que l'accession de la République slovaque à l'Union rendait les dispositions du traité inapplicables, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), plus récent, couvrant les mêmes matières, et que la convention d'arbitrage figurant au traité était incompatible avec le droit de l'Union. Le recours en annulation formé contre la sentence sur la compétence n'ayant pas prospéré, c'est le recours en annulation formé contre la sentence finale, d'abord rejeté par le Tribunal régional supérieur de Francfort puis porté devant la Cour

- 15) *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) c. République tchèque*, aff. SCC n° 088/2004, Sentence partielle du 27 mars 2007, rendue par MM. P. A. Karrer, président, R. Volterra et E. Gaillard, § 142-172; *Rupert Joseph Binder c/ République tchèque*, Sentence sur la compétence du 6 juin 2007 rendue en application du règlement de la CNUDCI par MM. H. Danelius, président, J. Creutzig et E. Gaillard, § 59-66; *Jan Oostergetel et Theodora Laurentius c. République slovaque*, décision sur la compétence du 30 avril 2010 rendue en application du règlement de la CNUDCI par M<sup>me</sup> G. Kaufmann-Kohler, présidente, MM. M. Wladimiroff et V. Trapl, § 72-98; *Eureko B.V. c/ République slovaque*, aff. PCA n° 2008-13, Sentence sur la compétence, l'arbitrabilité et la suspension du 26 octobre 2010 rendue par MM. V. Lowe, président, A. J. van den Berg et V. V. Veeder, § 231-265; *European American Investment Bank AG (Austria) c/ République slovaque*, aff. PCA n° 2010-17, Sentence sur la compétence du 22 octobre 2012 rendue par MM. C. Greenwood, président, A. Petsche et M<sup>me</sup> B. Stern, § 155-238; *WNC Factoring LTD (United Kingdom) c/ République tchèque*, aff. PCA n° 2014-34, Sentence du 22 février 2017 rendue par MM. G. Griffith, président, R. Volterra et J. Crawford, § 295-311; *Anglia Auto Accessories Limited c/ République tchèque*, aff. SCC n° V 2014/181, Sentence finale du 10 mars 2017 rendue par M<sup>me</sup> Y. Banifatemi, présidente, MM. A. Reinisch et P. Sands, § 113-118; *I.P. Busta & J.P. Busta c/ République tchèque*, aff. SCC n° V 2015/014, Sentence finale du 10 mars 2017 rendue par M<sup>me</sup> Y. Banifatemi, présidente, MM. A. Reinisch et P. Sands, § 113-118; *PL Holdings S.à.r.l. c/ Pologne*, aff. SCC n° V 2014/163, Sentence partielle du 28 juin 2017 rendue par MM. G. Bermann, président, J. Lew et M. Schneider, § 308-313; *Mr. Jürgen Wirtgen et al c/ République tchèque*, aff. PCA n° 2014-03, Sentence finale du 11 octobre 2017 rendue par M<sup>me</sup> G. Kaufmann-Kohler, présidente, MM. G. Born et P. Tomka, § 252-253 (dans cette affaire, l'argument avait été soulevé par la Commission européenne agissant comme *amicus curiae*).
- 16) V. par ex. le communiqué de presse de la Commission européenne précité qui précise que 26 États membres maintenaient, en juin 2015, des accords de protection des investissements intra-UE. Ce constat était toujours d'actualité en décembre 2016: v. la réponse apportée par M. V. Dombrovskis, vice-président de la Commission européenne, aux questions posées le 22 décembre 2016 au sein du Parlement européen, doc. E-007885/2016.

suprême allemande, qui a donné lieu à la question préjudicielle qui a permis à la CJUE de se prononcer.

Trois questions préjudicielles lui ont en effet été posées par la Cour suprême allemande. La première portait sur la compatibilité avec l'article 344 TFUE (interdisant aux États membres de soustraire les différends concernant l'interprétation de l'application des traités de l'Union aux juridictions de l'Union) de la clause de règlement des différends d'un traité conclu avant l'adhésion de l'un des États à l'Union, étant précisé que la procédure arbitrale avait été introduite postérieurement. La deuxième, subsidiaire, portait sur la compatibilité de cette clause avec l'article 267 TFUE (relatif aux questions préjudicielles devant être soumises à la CJUE) et la troisième, plus subsidiaire encore, à l'article 18, alinéa 1<sup>er</sup>, TFUE (interdisant toute discrimination sur le fondement de la nationalité). La Cour regroupera les deux premières questions et, compte tenu de sa réponse, se dispensera de trancher la troisième. La Cour estimera en effet, dans son arrêt

du 6 mars 2018, que les articles 267 et 344 TFUE « doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition contenue dans un accord international conclu entre les États membres, telle que l'article 8 du TBI, aux termes de laquelle un investisseur de l'un de ces États membres peut, en cas de litige concernant des investissements dans l'autre État membre, introduire une procédure contre ce dernier État membre devant un tribunal arbitral, dont cet État membre s'est obligé à accepter la compétence ».

Bien qu'elle ait été prévisible en ce qu'elle participe d'une autre logique, cette décision a constitué, pour les juristes familiers du système de protection des investissements, un coup de tonnerre dont on n'a pas fini de mesurer les répercussions.

C'est la raison pour laquelle on se propose d'examiner tour à tour, dans la tradition la plus classique du commentaire d'arrêt, le sens et la valeur de la décision (I) avant d'en apprécier la portée (II).

624

## I – Sens et valeur de l'arrêt *Achmea*

### A – Les justifications avancées par la Cour

Le raisonnement de la Cour est le suivant. Elle commence par rappeler les principes, fermement établis, qui fondent le droit de l'Union : l'« autonomie » du système juridique de l'Union notamment inscrit à l'article 344 TFUE ; sa « source autonome », constituée par les traités, caractérisée par sa primauté et l'effet direct du nombre de ses dispositions ; la « prémisse fondamentale » qui tient au principe de confiance mutuelle ; enfin, le fait que la clé de voûte du système réside dans la procédure de renvoi préjudiciel prévue

à l'article 267 TFUE qui « instaur[e] un dialogue de juge à juge, précisément entre la Cour et les juridictions des États membres » de façon à « assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union, permettant ainsi d'assurer sa cohérence, son plein effet et son autonomie ainsi que, en dernière instance, le caractère propre du droit institué par les traités » (points 32 à 37).

Sur le fondement de ces principes, difficilement contestables, son raisonnement se développe en trois temps, correspondant à trois questions. La première consiste à se demander si les tribunaux arbitraux saisis sur le

fondement des traités intra-UE « sont susceptibles » de connaître de litiges relatifs à l'interprétation ou à l'application du droit de l'Union. Elle y répond par l'affirmative au motif que le tribunal doit, aux termes du traité, tenir compte du droit de l'Union, tant du fait de son intégration au droit de l'État d'accueil que de sa nature d'accord entre États membres de l'Union. La deuxième question est alors de savoir si le tribunal se situe dans le système juridictionnel de l'Union et peut poser des questions préjudicielles en tant que « juridiction d'un des États membres » au sens de l'article 267 TFUE. La réponse est négative, le tribunal n'étant pas « un élément du système juridictionnel établi aux Pays-Bas et en Slovaquie », ni une juridiction commune à plusieurs États membres, comme peut l'être par exemple la Cour de justice du Benelux. Le troisième est de savoir si le contrôle exercé sur la sentence par les juridictions des États membres est de nature à garantir que les questions de droit de l'Union que le tribunal pourrait être conduit à traiter puissent être soumises à la Cour par voie de question préjudicielle. Le fait que le tribunal choisisse son siège, et donc l'étendue du contrôle sur la sentence à intervenir, le caractère limité du contrôle dans les États de l'Union, portant essentiellement sur la validité de la convention d'arbitrage et le respect de l'ordre public, permettent à la Cour de juger que, par la conclusion du traité, les États membres ont instauré un mécanisme de résolution des litiges « susceptible d'exclure que ces litiges, alors même qu'ils pourraient concerner l'interprétation ou l'application du droit de l'Union, soient tranchés d'une manière garantissant la pleine efficacité de ce droit » (point 56).

En définitive, c'est sur un double fondement, celui de la confiance mutuelle et celui de l'autonomie de l'ordre juri-

dique de l'Union, que la Cour déclare la clause de règlement des différends incompatible avec le droit de l'Union. Une telle disposition est en effet « de nature à remettre en cause, outre le principe de confiance mutuelle entre les États membres, la préservation du caractère propre du droit institué par les traités, assurée par la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE ». Partant, elle « porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union » (points 58 et 59).

## B – Appréciation critique du raisonnement

La première et la troisième des étapes du raisonnement de la Cour nous paraissent particulièrement contestables.

La première parce qu'elle se fonde sur une éventualité, celle de l'interprétation ou de l'application du droit de l'Union par les tribunaux arbitraux. En réalité, dans la plupart des cas, aucune question de droit de l'Union ne sera soulevée<sup>17</sup>. L'affaire *Achmea* elle-même ne concernait en rien le droit de l'Union. Il eût donc été facile de cantonner la portée de la décision aux situations dans lesquelles une question de droit de l'Union était effectivement en cause, ce qui peut se produire par exemple lorsque l'État défendeur fait valoir la nature d'aide d'État d'une mesure sur laquelle il entend revenir en application du droit de l'Union. Encore, lorsqu'une norme du droit de l'Union sera soulevée devant lui, un tribunal arbitral la considèrera généralement, dans la logique du droit international, comme un fait, et ne cherchera nullement à l'interpréter ou à l'appliquer en tant que telle. Comme le tribunal arbitral lui-même, qui avait observé n'avoir aucune compétence pour statuer sur de prétendues violations du droit de l'Union en tant que telles<sup>18</sup>,

17) L'affaire *Micula c. Roumanie*, toujours donnée en exemple par la Commission, ne mettait pas en cause le droit de l'Union, les mesures litigieuses précédant l'adhésion de la Roumanie à l'Union en 2007.

l'avocat général Wathelet avait relevé, en vain, que la sentence ne pouvait avoir aucune incidence sur le droit de l'Union puisque ni Achmea ni la République slovaque ne s'étaient fondées sur une disposition quelconque du droit de l'Union<sup>19</sup>. Il avait ensuite comparé, également en vain, les dispositions du traité à celles du droit de l'Union pour conclure que les garanties de protection des investissements introduites par le traité « sont différentes de celles accordées en droit de l'Union sans être incompatibles avec lui »<sup>20</sup>. Pour la Cour, une simple éventualité d'interprétation ou d'application du droit de l'Union suffit à déclencher la réaction de l'exclusivité (« autonomie ») du droit de l'Union. C'est en cela que sa décision est la plus critiquable.

Elle l'est également en ce qu'elle minimise, dans la troisième étape de son raisonnement, le contrôle exercé sur la sentence par les juridictions des États membres susceptibles d'avoir à en connaître. Le contrôle *a posteriori* de l'existence d'une convention d'arbitrage valable et surtout celui de la conformité de la sentence à l'ordre public aurait dû suffire à rassurer la Cour sur le fait qu'aucune sentence méconnaissant les dispositions essentielles du droit de l'Union, au rang desquelles figurent les quatre libertés fondamentales, le droit des aides d'État, le droit de la concurrence et les droits fondamentaux, n'est susceptible d'entrer dans l'ordre juridique des États membres de l'Union sans qu'un contrôle rigoureux ne soit exercé sur la sentence.

Le contrôle du respect de l'ordre public est un contrôle en fait et en droit, exercé *de novo* par le juge étatique<sup>21</sup> et celui-ci peut naturellement, en cas de doute sur l'interprétation d'une norme de l'Union, saisir la Cour d'une question préjudicielle. L'affaire *Genentech* en a fourni un exemple en matière de droit de la concurrence<sup>22</sup>. Il est vrai que ce contrôle est « limité » (point 53) mais il ne l'est qu'en ce sens qu'il exclut tout contrôle au fond de la sentence, ce qui est sans pertinence lorsqu'il s'agit de s'assurer que les dispositions essentielles du droit de l'Union seront respectées, en raison de leur caractère d'ordre public international. Quant à l'argument tiré de la possibilité pour le tribunal saisi sur le fondement d'un traité de fixer le siège de l'arbitrage en dehors de l'Union<sup>23</sup>, il prouve trop ou trop peu. Si tel est le cas et si un tribunal se prononce sur l'interprétation ou l'application du droit de l'Union, ce qui ne devrait se produire que très exceptionnellement, la sentence ne pourrait entrer dans l'ordre juridique de l'Union qu'après avoir subi un contrôle de l'*exequatur* permettant d'assurer le respect de l'ordre public de l'Union, avec le bénéfice éventuel de questions préjudicielles posées à la Cour. Reste l'hypothèse où la sentence est rendue et exécutée en dehors de l'Union mais c'est là une hypothèse sur laquelle, par définition, la décision de la Cour n'a pas de prise. La situation n'est pas différente de celle qui pourra voir, après *Achmea*, une sentence rendue et exécutée dans des États tiers si le tribunal et la ou les juridictions non européennes

(18) Sentence sur la compétence du 26 octobre 2010, § 290.

(19) Conclusions, § 178.

(20) Conclusions, § 179 à 228. Sur la question, v. aussi, M. Paparinskis, rapport préc.

(21) V. par ex., en dernier lieu, en France, Paris, 10 avr. 2018, *Société Alstom Transport SA et Société Alstom Network UK Ltd c/ Société Alexander Brothers Ltd*, Rev. arb. 2018, n° 3, note E. Gaillard.

(22) V. Paris, 23 sept. 2014, n° 12/21810, *Genentech Inc. c. Hoeschst GmbH et Sanofi-Aventis Deutschland GmbH*, D. 2014. 2541, obs. T. Clay; CJUE 7 juill. 2016, aff. C-567/14, *Genentech Inc. c/ Hoeschst GmbH et Sanofi-Aventis Deutschland GmbH*, D. 2017. 88, et les obs., note A. Mendoza-Caminade; Dalloz IP/IT 2016. 485, obs. C. Maréchal; RTD eur. 2016. 817, obs. L. Idot; Paris, 26 sept. 2017, n° 16/15338, *Genentech Inc. c/ Hoeschst GmbH et Sanofi-Aventis Deutschland GmbH*, D. 2017. 2559, obs. T. Clay.

(23) Le choix d'un mécanisme d'arbitrage tel que le CIRDI qui échappe, en théorie, au contrôle des juridictions du siège pour être remplacé par celui des comités *ad hoc* de l'article 52 de la Convention de Washington soulève la même interrogation. L'examen de la réalité contentieuse fait apparaître cependant que l'aspiration des rédacteurs de la Convention de remplacer le contrôle de l'*exequatur* par celui des comités *ad hoc* se traduit en pratique par un cumul des deux types de contrôle: v. par ex. la décision rendue par la High Court of Justice (Royaume-Uni) le 20 janvier 2017 dans l'affaire *Ioan Micula, Viorel Micula et al c/ Roumanie*.

saisies estiment qu'au regard du droit international, le traité demeure un fondement valide de compétence. Une solution plus mesurée, et peut-être plus efficace, aurait pu consister, pour la Cour, à juger les clauses de règlement des différends des traités compatibles avec le droit de l'Union dans la mesure où la sentence rendue sur leur fondement est susceptible de faire l'objet d'un contrôle adéquat, ce qui aurait permis de sauver, au regard du droit de l'Union, les sentences rendues sur le territoire d'un État membre <sup>24</sup>.

En revanche, la deuxième étape du raisonnement ne paraît pas critiquable. Si

un tribunal arbitral présente toutes les caractéristiques d'une juridiction <sup>25</sup>, il peut difficilement être qualifié de juridiction « d'un des États membres », en dépit des efforts de l'avocat général Wathelet pour convaincre la Cour du contraire <sup>26</sup>.

Au total, la décision laisse une impression d'insatisfaction, tant la Cour aurait pu, sur l'un ou l'autre des piliers de son raisonnement, parvenir à un résultat différent à l'issue d'une démarche plus pragmatique. Le caractère manifestement téléologique du raisonnement n'en rend que plus difficile l'appréciation de la portée de l'arrêt.

## II – Portée de l'arrêt *Achmea*

Du plus proche au plus lointain, on peut s'interroger sur l'impact de la décision sur l'affaire en cours (A), sur l'ensemble des traités intra-UE (B), sur l'application du Traité sur la Charte de l'Énergie (TCE) dans les relations intra-UE (C), sur les traités conclus par les États de l'Union avec les États tiers (D) et sur l'arbitrage commercial (E).

### A – L'affaire *Achmea*

La Cour ne faisant que se prononcer sur des questions de droit, c'est aux juridictions allemandes qu'il appartiendra d'en tirer les conséquences sur l'affaire en cours. La détermination de l'« incompatibilité » entre le droit de l'Union et

la clause de règlement des différends du traité concerné, ou l'affirmation que le droit de l'Union « s'oppose » à l'offre d'arbitrer prévu à l'article 8 du traité laissent place à la discussion. Il sera sans doute soutenu qu'une telle incompatibilité est de nature à engager la responsabilité de l'État ou des États qui l'ont créée mais qu'elle n'affecte pas automatiquement la validité de l'offre d'arbitrer émise par l'État dans le traité et acceptée par l'investisseur <sup>27</sup>. Il est permis de douter que cet argument trouve un écho favorable devant le juge allemand qui pourra difficilement donner effet à un consentement déclaré incompatible avec le droit de l'Union par la plus haute autorité de l'Union sans méconnaître l'ordre public de l'Union et, par là même, l'ordre public allemand <sup>28</sup>. Un débat de

24) Dans cet esprit, l'ALENA impose que le siège de tout arbitrage introduit sur le fondement de son chapitre 11 se déroule sur le territoire d'un État membre, article 1130.

25) Si l'origine légale, le caractère obligatoire de leur compétence et la nature contradictoire de la procédure sont certains, leur permanence, quatrième critère utilisé par la Cour pour reconnaître une juridiction, était plus artificielle. V. la discussion dans les conclusions de l'avocat général Wathelet, § 86-125.

26) Conclusions, § 126-131.

27) L'argument est esquissé par Y. Nouvel, note préc., JDI 2018. 903.

28) Une décision contraire engagerait la responsabilité de la République fédérale d'Allemagne et l'exposerait à une action en manquement et en dommages et intérêts: v. par ex. CJUE 30 sept. 2003, aff. C-224/01, *Köbler*, AJDA 2003. 2146, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert; *ibid.* 2004. 315, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert; *ibid.* 423, étude J. Courtial; D. 2003. 2546, et les obs.; RSC 2004. 178, chron. L. Idot; RTD eur. 2015. 232, obs. C. Yannakopoulos; *ibid.* 232, obs. C. Yannakopoulos.

cette nature sera plus ouvert devant les tribunaux arbitraux saisis sur le fondement de traités analogues à celui qui a servi de fondement à la demande dans l'affaire *Achmea*. Les résolutions qui ne manqueront d'être prises en commun par les États membres, y compris l'État d'origine de l'investisseur, en application de l'arrêt de la Cour, joueront sans doute un rôle important dans les décisions à intervenir des tribunaux arbitraux.

## B – L'ensemble des traités intra-UE

Des esprits optimistes – ou tactiques – se sont emparés des spécificités de l'affaire *Achmea* pour tenter de faire valoir que le raisonnement de la Cour ne vaudrait que pour le traité conclu entre les Pays-Bas et la République Tchécoslovaque en 1991 et les traités contenant des clauses identiques mais non pour tous les traités intra-UE de protection des investissements<sup>(29)</sup>. Le traité en cause déclarait applicable le droit de l'État d'accueil, ce qui a permis à la Cour de considérer que le tribunal arbitral saisi pouvait appliquer le droit slovaque et donc le droit de l'Union, ce qui, faute de renvoi préjudiciel, devenait, à ses yeux, problématique. Tous les traités intra-UE ne contiennent pas une telle référence, certains se contentent de viser au titre du droit applicable, le traité et le droit

international<sup>30</sup>. On peut douter qu'ils s'en trouvent pour autant épargnés par l'arrêt *Achmea*. Celui-ci prend en effet soin de relever qu'il suffit que le tribunal arbitral, appelé à se prononcer sur les seules violations de l'accord de protection des investissements, soit invité à « tenir compte notamment du droit en vigueur de la partie contractante concernée ainsi que tout accord pertinent entre les parties contractantes » (point 40) pour que les foudres de l'exclusivisme (« autonomie ») du droit de l'Union s'abattent sur lui. C'est donc bien ceux des quelque deux cent traités intra-UE qui ont jamais existé et qui n'avaient pas été dénoncés lors de son prononcé qui sont frappés par l'arrêt *Achmea*. Il en va de même, pour les mêmes raisons, des traités intra-UE arrivés à expiration ou dénoncés mais dont la clause de survie, destinée à protéger pendant un certain temps les investissements effectués avant l'expiration du traité à l'encontre de mesures prises après, pourrait être, en théorie, appelée à jouer<sup>31</sup>. L'offre d'arbitrer contenue dans leur clause de règlement des différends est désormais – et rétroactivement – contraire au droit de l'Union.

## C – Le Traité sur la Charte de l'énergie

L'offre d'arbitrer figurant à l'article 26 du Traité sur la Charte de l'éner-

- (29) V. par ex. P. Pinsolle et I. Michou, « Arbitrage : L'arrêt *Achmea* la fin des traités d'investissement intra-UE? », *Dalloz actualité*, 7 mars 2018; v. également Y. Nouvel, note préc., *JDI* 2018. 903, prônant « une lecture minimaliste des conséquences qui découlent de l'arrêt dans la mesure où il prend appui [...] sur une clause d'une grande spécificité ». Et en sens contraire, S. Lemaire, « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements », *Rev. arb.* 2018. 4024, indiquant que « [s]'agissant [...] des arbitrages d'investissement intra-européens, il est difficile d'exclure tout impact de l'arrêt commenté. Plusieurs de ses motifs expriment implicitement mais nécessairement la volonté du juge européen d'aller au-delà de l'espèce qui lui était soumise »; v. également B. Hess, « The Fate of Investment Dispute Resolution after the *Achmea* Decision of the European Court of Justice », *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series*, 2018 (3), mars 2018.
- (30) V. par ex. l'accord sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements conclus le 6 novembre 1986 entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République populaire hongroise, qui prévoit en son article 9(3) que « [l]e tribunal d'arbitrage statue conformément aux dispositions du présent Accord et aux règles et principes du Droit international ».
- (31) On sait que, peu soucieuse du respect de l'attente légitime des investisseurs, la Commission européenne a incité certains États membres à renégocier le traité pour supprimer d'abord la clause de survie avant de dénoncer un instant de raison plus tard, le nouveau traité, sans clause de survie. Cela pourrait, à notre sens, constituer un fondement permettant d'engager la responsabilité de l'État, sinon celle de l'Union, de la part d'investisseurs qui perdent non seulement l'offre d'arbitrer, avec l'arrêt *Achmea*, mais également la protection de fond sur laquelle ils ont fondés leur décision d'investir.

gie ne distingue pas selon l'origine de l'investisseur et permet donc à un investisseur ressortissant d'un État de l'Union de former une demande d'arbitrage contre un autre État de l'Union dès lors qu'ils sont tous deux parties au Traité. L'argument de la clause de déconnexion implicite avancé par la Commission, et repris par les États membres, n'a eu aucun succès devant les tribunaux arbitraux<sup>32</sup>.

De telles actions seront-elles emportées par la logique de l'arrêt *Achmea*? On fera valoir que l'Union elle-même est partie au traité. Aucun État membre ni aucune institution de l'Union n'a demandé un avis à la Cour, ce qui suggère qu'aucun soupçon d'incompatibilité n'existait en 1994 à son sujet<sup>33</sup>. La sentence CIRDI rendue le 16 mai 2018 dans l'affaire *Masdar c. Espagne* suggère ainsi que l'arrêt *Achmea* ne s'étend pas aux traités multilatéraux auxquels l'Union est partie<sup>34</sup>. Il est vrai que l'arrêt paraît laisser la question ouverte lorsqu'il vise, à son point 58, le fait que le traité litigieux avait été conclu « non pas par l'Union mais par des États membres »<sup>35</sup>. La Cour sera sans doute appelée à connaître elle-même de la question, l'Espagne s'efforçant, à l'occasion de l'une des nombreuses actions formées à son encontre sur le fondement du Traité sur la charte de l'énergie, de la faire saisir d'une question préjudicielle à ce sujet.

## D – Les traités conclus avec les États tiers

La question du sort de l'offre d'arbitrer contenue dans les clauses de règlement des différends des traités conclus entre États membres et États tiers est réservée par l'arrêt *Achmea*. Celui-ci déclare en effet incompatible avec le droit de l'Union les clauses des traités « conclu[s] entre les États membres » qui permettent le recours à l'arbitrage. Ce sera donc à une autre occasion que la Cour se prononcera à ce sujet. Cette occasion pourrait ne pas être très lointaine puisque la Cour est actuellement saisie d'une demande d'avis sur la compatibilité avec le droit de l'Union de l'Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part<sup>36</sup>.

On aurait tort de croire cependant tout danger écarté à ce sujet. L'arrêt *Achmea* repose en effet, comme on l'a vu, sur deux fondements. Le premier, tiré de la confiance mutuelle que se doivent les États de l'Union, est inapplicable dans les relations avec les États tiers. Le second, en revanche, tiré de la « préservation du caractère propre du droit institué par les traités, assurée par la procédure du renvoi préjudiciel » pourrait trouver à s'appliquer dans les relations extra-UE. Il ne serait pas difficile de concevoir un raisonnement selon lequel les tribunaux arbitraux mis en place dans ce contexte sont susceptibles d'interpréter ou d'appliquer le droit de l'Union, en ce

- 2) V. spéc. la sentence du 21 janvier 2016 rendue par MM. A. Mourre, président, G. Tawil, et C. Von Wobeser, dans l'affaire *Charanne B.V., Construction Investments S.A.R.L. c/ Espagne*, aff. SCC n° 062/2012, § 433-438; la décision sur la compétence rendue par MM. A. Pellet, président, P. Nikken et R. Volterra le 6 juin 2016 dans l'affaire *RREEF Infrastructure (G. P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. c/ Espagne*, aff. CIRDI n° ARB/13/30, § 81-87; la sentence du 17 juillet 2016 rendue par MM. Y. Derains, président, G. Tawil, et C. Von Wobeser dans l'affaire *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. c/ Espagne*, aff. SCC n° V2013/153, § 637-638 et la sentence du 4 mai 2017 rendue par MM. J. Crook, président, S. Alexandrov, et C. McLachlan dans l'affaire *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.à.r.l.*, aff. CIRDI n° ARB/13/36, § 185-196.
- 3) V. en ce sens les conclusions de l'avocat général Wathelet, § 43.
- 4) Sentence rendue dans l'affaire *Masdar Solar et al. c. Espagne*, Affaire CIRDI n° ARB/14/1, par un tribunal composé de M. J. Beechey, président, M. G. Born et M<sup>me</sup> B. Stern, § 679.
- 5) Pour un raisonnement plus sophistiqué et aux conclusions plus nuancées fondé sur le précédent de l'arrêt *Mox Plant* rendu dans l'affaire ayant opposé l'Irlande et la Royaume-Uni, v. P. Paschalidis, rapport préc., § 262 s.
- 6) V. la demande d'avis présentée par le Royaume de Belgique au titre de l'article 218, paragraphe 11 du TFUE (avis n° 1/17).

sens qu'ils peuvent en connaître, en tant qu'élément de fait, par exemple au soutien de l'argument selon lequel la mesure critiquée est prise en application du droit de l'Union, et, puisqu'ils ne peuvent interroger la Cour par voie de question préjudicielle, ils peuvent porter atteinte à l'« autonomie du droit de l'Union ». Cela affecterait non plus quelque deux cent traités intra-UE mais plus de 1300 traités extra-UE. C'est l'ensemble du système mondial de protection des investissements qui s'en trouverait profondément bouleversé. Le coup serait si dur pour les investisseurs européens que le caractère téléologique du raisonnement de la Cour pourrait ici jouer en faveur d'une attitude plus modérée.

## E – L'arbitrage commercial

À propos de l'arbitrage commercial, la Cour se veut rassurante. Elle y consacre deux paragraphes destinés à montrer que l'on se trouve en présence d'une pro-

blématique différente. La Cour rappelle avoir jugé que « les exigences tenant à l'efficacité de la procédure arbitrale justifient que le contrôle des sentences arbitrales exercé par les juridictions des États membres revête un caractère limité, pourvu que les dispositions fondamentales du droit de l'Union puissent être examinées dans le cadre de ce contrôle et, le cas échéant, faire l'objet d'un renvoi préjudiciel » (point 54). Elle distingue ensuite l'offre d'arbitrer contenue dans un traité « d'une procédure d'arbitrage commercial » qui « trouve son origine dans l'autonomie de la volonté des parties en cause » (point 55). Il s'agit de mettre à l'abri l'arbitrage commercial de la logique appliquée à l'arbitrage d'investissement. Cette attitude est heureuse. Aussi se gardera-t-on de faire observer que le contrôle des sentences commerciales et celui des sentences rendues en matière d'investissement hors CIRDI est le même et que les unes comme les autres peuvent rencontrer sur leur chemin des questions de droit de l'Union, de peur de tenter le diable.

# Nouvelle paralysie d'une clause attributive de juridiction dissymétrique

(Civ. 1<sup>re</sup>, 7 févr. 2018, n° 16-24.497)

Mots clés | Convention de Lugano du 30 octobre 2007 – Article 23 – Clause attributive de juridiction – Clause optionnelle unilatérale – Renvoi à une règle déterminée de droit interne ou international susceptible de fonder la compétence alternative (non) – Contrariété à l'objet et à la finalité de la Convention de Lugano (oui) – Impossibilité de se prévaloir de cette clause

*La validité d'une clause attributive de juridiction étant subordonnée à une exigence de précision afin de satisfaire à l'objectif de prévisibilité et de sécurité juridique poursuivi par l'article 23 de la Convention de Lugano, la clause attributive de juridiction litigieuse, laquelle impose à l'une des parties d'agir devant les juridictions d'un État déterminé tandis que l'autre peut agir contre celle-ci devant tout autre tribunal compétent, ne contient aucun élément objectif d'identification de ces autres juridictions, dès lors qu'elle*