

Journal du Droit International *Clunet*

Paraissant tous les trois mois

Juillet-Août-Septembre 2019
n° 3/2019

Directeurs : Emmanuel GAILLARD et Jean-Baptiste RACINE
Fondé en 1874 par Édouard CLUNET

Continué par André PRUDHOMME (de 1923 à 1948),
Berthold GOLDMAN (de 1950 à 1993), Philippe KAHN (de 1985 à 2002)
et Jean-Michel JACQUET (de 2003 à 2018).

Sous le haut patronage de :
J.-D. BREDIN, J. DEHAUSSY,
J. LEMONTEY, M. LONG†,
J. VASSOGNE, S. ROZES, P. WEIL†

**Journal publié avec le
concours de la CNUDCI**

20 Règlement des différends relatifs aux investissements. – Protection des investissements. – Critères de compatibilité – Droit de l'Union européenne. – CETA. – Standards de protection. – Achmea

L'avis 1/17 rendu le 30 avril 2019 par la Cour de justice de l'Union européenne revêt une importance capitale pour le droit des investissements.

Intervenant à la suite des contestations sur le règlement des litiges en matière d'investissements, l'avis 1/17 marque un durcissement des critères de compatibilité des traités de protection des investissements avec le droit de l'Union par rapport à l'arrêt Achmea et repose sur une interprétation restrictive des standards de protection du CETA. L'avis 1/17 fait du CETA le modèle sur lequel tous les nouveaux traités de protection des investissements conclus par l'Union devront être négociés. Il soulève également la question de la compatibilité avec le droit de l'Union de l'ensemble des traités existants de protection des investissements conclus avec des États tiers.

CJUE. – ass. plén. – 30 avr. 2019. – avis 1/17. – JCP G 2019, 493.

[...]

III. Résumé des interrogations formulées par le Royaume de Belgique

A. Interrogations sur la compatibilité du mécanisme RDIE envisagé avec l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union

46 Le Royaume de Belgique rappelle que, au point 246 de son avis 2/13 (Adhésion de l'Union à la CEDH), du 18 décembre 2014 (EU:C:2014:2454), la Cour a énoncé « le principe de la compétence exclusive de la Cour dans l'interprétation définitive du droit de l'Union ».

47 Le respect de cette compétence exclusive serait nécessaire pour assurer l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. À cet égard, le Royaume de Belgique rappelle que la Cour a dit pour droit, dans l'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), qu'il y a une incompatibilité avec l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union lorsqu'une juridiction

internationale établie par un accord liant l'Union peut être appelée à interpréter et à appliquer non seulement les dispositions de cet accord, mais également des dispositions du droit primaire ou dérivé de l'Union, des principes généraux du droit de l'Union ou des droits fondamentaux de celle-ci.

48 Or, en l'occurrence, la délimitation de la compétence du Tribunal de l'AECG, opérée à l'article 8.31 de cet accord, ne changerait rien au fait que, lorsque ce tribunal devra examiner si une mesure prise par l'Union viole l'une des dispositions du chapitre huit, sections C et D, de cet accord, il sera contraint d'interpréter la portée de cette mesure, sans nécessairement pouvoir se fonder sur une interprétation déjà fournie par la Cour.

49 En outre, la compétence du Tribunal de l'AECG pour examiner si une mesure prise par le Canada, par l'Union ou par un État membre viole l'une des dispositions de la section C ou D de ce chapitre, habiliterait ce

tribunal, nonobstant les limitations découlant de l'article 8.31 de l'AECG, à se livrer à des appréciations fondamentales impliquant, lorsque la mesure contestée a été prise par l'Union, le droit primaire de celle-ci. Ce tribunal pourrait, en effet, être amené à tenir compte, lors de son examen du différend, des dispositions du droit primaire de l'Union sur le fondement desquelles l'Union a adopté cette mesure. Il devrait, dans un tel cas, effectuer une appréciation de la portée de ces dispositions.

50 Dès lors que le mécanisme RDIE envisagé ne prévoit ni l'obligation ni même la possibilité pour le Tribunal de l'AECG de saisir la Cour d'une question préalable sur l'interprétation du droit de l'Union, le Royaume de Belgique se demande si ce mécanisme, qui peut conduire à des sentences définitives liant l'Union, est compatible avec le principe de la compétence exclusive de la Cour dans l'interprétation définitive du droit de l'Union.

[...]

C. Interrogations sur la compatibilité du mécanisme RDIE envisagé avec le droit d'accès à un tribunal indépendant

56 Le Royaume de Belgique se demande si le chapitre huit, section F, de l'AECG est compatible avec le droit fondamental d'accès à un tribunal indépendant, tel qu'énoncé, notamment, à l'article 47 de la Charte.

57 Il observe, en premier lieu, que le régime prévu à ladite section F pourrait rendre excessivement difficile l'accès des petites et moyennes entreprises au Tribunal de l'AECG, dès lors qu'il découle de l'article 8.27, paragraphe 14, de l'AECG que les honoraires et les frais des membres de ce tribunal en charge du différend devront être supportés par les parties à ce différend, et que l'article 8.39, paragraphe 5, de l'AECG énonce que tant les dépens de la procédure que les frais de représentation et d'assistance juridique seront, excepté dans des circonstances exceptionnelles, supportés par la partie perdante.

58 Par ailleurs, l'AECG n'offrirait actuellement pas la possibilité d'octroi d'une aide juridictionnelle, alors même que l'article 47, troisième alinéa, de la Charte consacre expressément le droit à une telle aide dans la mesure nécessaire pour assurer l'accès à la justice, la Cour ayant, en outre, précisé, dans son arrêt du 22 décembre 2010, DEB (C-279/09, EU:C:2010:811), que ce droit s'étend aux entreprises.

[...]

60 Le Royaume de Belgique s'interroge, en deuxième lieu, sur la compatibilité des conditions de rémunération des membres du Tribunal et du Tribunal d'appel de l'AECG, telles que prévues aux articles 8.27, paragraphes 12 à 15, et 8.28, paragraphe 7, sous d), de l'AECG, avec le droit d'accès à « un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi », qui est énoncé à l'article 47, deuxième alinéa, de la Charte. Dès lors que ces conditions de rémunération sont non pas principalement fixées dans le texte même de l'AECG, mais laissées dans une large mesure à l'appréciation discrétionnaire du Comité mixte de l'AECG, il serait permis d'avoir des doutes sur leur compatibilité avec les principes applicables en matière de séparation des pouvoirs.

61 Le fait que l'AECG prévoit que la rémunération des membres du Tribunal consistera non pas, ou du moins pas dans l'immédiat, en un salaire fixe et régulier, mais en une rétribution mensuelle à laquelle s'ajouteront des honoraires en fonction des journées de travail consacrées à un différend, pourrait se révéler incompatible avec le droit d'accès à un tribunal indépendant. À cet égard, le Royaume de Belgique se réfère à l'article 6 de la charte européenne sur le statut des juges, adoptée le 10 juillet 1998 par le Conseil de l'Europe, aux termes duquel la rémunération des juges doit être fixée « de façon à les mettre à l'abri de pressions visant à influencer sur le sens de leurs décisions ».

[...]

63 Le Royaume de Belgique s'interroge, en troisième lieu, sur la compatibilité, avec l'article 47, deuxième alinéa, de la Charte, des règles en matière de nomination des membres du Tribunal et du Tribunal d'appel, telles que prévues à l'article 8.27, paragraphes 2 et 3, ainsi qu'à l'article 8.28, paragraphes 3 et 7, sous c), de l'AECG.

[...]

65 En quatrième lieu, le Royaume de Belgique s'interroge sur la compatibilité, avec l'article 47, deuxième alinéa, de la Charte, des conditions de révocation des membres du Tribunal et du Tribunal d'appel de l'AECG, telles que prévues à l'article 8.30, paragraphe 4, de l'AECG, cette disposition permettant qu'un membre soit révoqué par décision du Comité mixte de l'AECG. Or, il découlerait de la charte européenne sur le statut des juges et des recommandations du CCJE que toute décision de révocation d'un juge doit impliquer un organe indépendant,

être rendue selon une procédure équitable qui respecte les droits de la défense et être susceptible d'un recours devant une instance supérieure à caractère juridictionnel. En tout état de cause, pour garantir l'indépendance des juges, le pouvoir exécutif ne devrait pas avoir la possibilité de les révoquer.

66 En cinquième et dernier lieu, le Royaume de Belgique s'interroge sur la compatibilité, avec l'article 47, deuxième alinéa, de la Charte, des règles d'éthique auxquelles les membres desdits tribunaux devront se conformer en vertu de l'article 8.28, paragraphe 4, de l'article 8.30, paragraphe 1, et de l'article 8.44, paragraphe 2, de l'AECG.

[...]

108 Il s'ensuit que l'AECG, en ce qu'il prévoit, comme il découle du point 6, sous f), g) et i), de l'instrument interprétatif commun et ainsi que M. l'avocat général l'a observé au point 18 de ses conclusions, une judiciarisation du règlement des différends entre les investisseurs et les États par l'instauration d'un Tribunal et d'un Tribunal d'appel de l'AECG et, à plus long terme, d'un Tribunal multilatéral des investissements, ne peut être compatible avec le droit de l'Union qu'à la condition de ne pas porter atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union.

109 Cette autonomie, qui existe au regard tant du droit des États membres que du droit international, découle des caractéristiques essentielles de l'Union et de son droit. Ce dernier 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, notamment, arrêt du 10 décembre 2018, *Wightman e.a.*, C-621/18, EU:C:2018:999, point 45 ainsi que jurisprudence citée).

110 Ladite autonomie réside ainsi dans la circonstance que l'Union est dotée d'un cadre constitutionnel qui lui est propre. Relèvent de ce cadre les valeurs fondatrices énoncées à l'article 2 TUE, aux termes duquel l'Union « est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme », les principes généraux du droit de l'Union, les

dispositions de la Charte, ainsi que les dispositions des traités UE et FUE, lesquelles comportent, notamment, les règles d'attribution et de répartition des compétences, les règles de fonctionnement des institutions de l'Union et du système juridictionnel de celle-ci, ainsi que les règles fondamentales dans des domaines spécifiques, structurées de manière à contribuer à la réalisation du processus d'intégration rappelé à l'article 1^{er}, deuxième alinéa, TUE [voir, en ce sens, avis 2/13 (Adhésion de l'Union à la CEDH), du 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454, point 158].

111 Pour garantir la préservation de ces caractéristiques spécifiques et de l'autonomie de l'ordre juridique ainsi créé, les traités ont institué un système juridictionnel destiné à assurer la cohérence et l'unité dans l'interprétation du droit de l'Union. Conformément à l'article 19 TUE, c'est aux juridictions nationales et à la Cour qu'il appartient de garantir la pleine application de ce droit dans l'ensemble des États membres ainsi que la protection juridictionnelle effective, la Cour détenant une compétence exclusive pour fournir l'interprétation définitive dudit droit. À cette fin, ce système comporte, en particulier, la procédure du renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE [avis 2/13 (Adhésion de l'Union à la CEDH), du 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454, points 174 à 176 et 246].

[...]

113 Aux fins de cet examen, il y a lieu de constater, d'emblée, que le mécanisme RDIE envisagé se situe en dehors du système juridictionnel de l'Union.

114 En effet, le for envisagé par l'AECG est distinct des juridictions internes du Canada, de l'Union et des États membres de celle-ci. Le Tribunal et le Tribunal d'appel de l'AECG ne sauraient, dès lors, être considérés comme faisant partie du système juridictionnel de l'une ou de l'autre de ces Parties.

115 Toutefois, le caractère extérieur du mécanisme RDIE envisagé par rapport au système juridictionnel de l'Union ne signifie pas, en lui-même, que ce mécanisme porte atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union.

116 En effet, s'agissant des accords internationaux conclus par l'Union, la compétence des juridictions visées à l'article 19 TUE pour interpréter et appliquer ces accords ne prévaut ni sur celle des juridictions des États tiers avec lesquels ces accords ont été conclus

ni sur celle des juridictions internationales que de tels accords instaurent.

117 Partant, si lesdits accords font partie intégrante du droit de l'Union et peuvent dès lors faire l'objet de renvois préjudiciels (voir, notamment, arrêts du 30 avril 1974, *Haegeman*, 181/73, EU :C :1974 :41, points 5 et 6 ; du 25 février 2010, *Brita*, C-386/08, EU :C :2010 :91, point 39, ainsi que du 22 novembre 2017, *Aebtri*, C-224/16, EU :C :2017 :880, point 50), ils concernent tout autant lesdits États tiers et peuvent donc également être interprétés par les juridictions de ces États. C'est, en outre, précisément en raison du caractère réciproque des accords internationaux et de la nécessité de préserver la compétence de l'Union dans les relations internationales qu'il est loisible pour celle-ci, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence citée au point 106 du présent avis, de conclure un accord qui confère à une juridiction internationale la compétence pour interpréter cet accord sans que cette juridiction soit soumise aux interprétations dudit accord que fournissent les juridictions des Parties.

118 Il résulte de ces éléments que le droit de l'Union ne s'oppose ni à ce que le chapitre huit, section F, de l'AECG prévoie la création d'un tribunal, d'un tribunal d'appel et, ultérieurement, d'un tribunal multilatéral des investissements ni à ce qu'il leur confère la compétence pour interpréter et appliquer les dispositions de l'accord à l'aune des règles et des principes de droit international applicables entre les Parties. En revanche, ces tribunaux étant extérieurs au système juridictionnel de l'Union, ils ne sauraient être habilités à interpréter ou à appliquer des dispositions du droit de l'Union autres que celles de l'AECG ou à rendre des sentences qui puissent avoir pour effet d'empêcher les institutions de l'Union de fonctionner conformément au cadre constitutionnel de celle-ci.

119 Par conséquent, afin de vérifier la compatibilité du mécanisme RDIE envisagé avec l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, il importe de s'assurer :

- que le chapitre huit, section F, de l'AECG ne confère aux tribunaux envisagés aucune compétence d'interprétation ou d'application du droit de l'Union autre que celle d'interpréter et d'appliquer les dispositions de cet accord à l'aune des règles et des principes de droit international applicables entre les Parties, et
- que ledit chapitre huit, section F, n'aménage pas les compétences de ces tribunaux de

manière à ce que ceux-ci, sans pour autant procéder eux-mêmes à l'interprétation ou à l'application des règles du droit de l'Union autres que celles dudit accord, puissent rendre des sentences ayant pour effet d'empêcher les institutions de l'Union de fonctionner conformément au cadre constitutionnel de celle-ci.

[...]

121 À cette fin, ce tribunal appliquera, aux termes de l'article 8.31, paragraphe 1, de l'AECG, « le présent accord tel qu'il est interprété en conformité avec la [convention de Vienne], et les autres règles et principes de droit international applicables entre les Parties ». En revanche, ledit Tribunal n'aura pas compétence, ainsi que le précise l'article 8.31, paragraphe 2, première phrase, de cet accord, « pour statuer sur la légalité d'une mesure dont il est allégué qu'elle constitue une violation du présent accord en se fondant sur le droit interne d'une Partie ».

122 Il en découle que la compétence d'interprétation et d'application conférée à ce tribunal se limite aux dispositions de l'AECG et qu'une telle interprétation ou application doit être effectuée conformément aux règles et aux principes de droit international applicables entre les Parties.

123 Le chapitre huit, section F, de l'AECG se distingue en cela du projet d'accord portant création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets, déclaré incompatible avec le droit de l'Union dans l'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).

124 En effet, le « droit applicable » dans le cadre de ce projet, défini à son article 14 bis, incluait, entre autres, « la législation communautaire directement applicable, notamment le règlement [...] du Conseil sur le brevet communautaire, et la législation nationale [...] mettant en œuvre la législation communautaire ». La Cour en a déduit, au point 78 de cet avis, que la juridiction du brevet dont la création était envisagée serait appelée à interpréter et à appliquer non seulement les dispositions de l'accord en question, mais également le futur règlement sur le brevet communautaire ainsi que d'autres instruments du droit de l'Union, notamment des règlements et des directives avec lesquels ledit règlement devrait, le cas échéant, être conjointement. Elle a également souligné, audit point, que cette juridiction pourrait être appelée à trancher un litige pendant

devant elle au regard des droits fondamentaux et des principes généraux du droit de l'Union, voire à examiner la validité d'un acte de l'Union.

125 Ces éléments ont contribué au constat, par la Cour, selon lequel la conclusion dudit projet d'accord aurait dénaturé les compétences que les traités confèrent aux institutions de l'Union et aux États membres qui sont essentielles à la préservation de la nature même du droit de l'Union [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 89].

126 Le chapitre huit, section F, de l'AECG se distingue également de l'accord d'investissement en cause dans l'affaire ayant conduit à l'arrêt du 6 mars 2018, *Achmea* (C-284/16, EU:C:2018:158), dès lors que, ainsi que la Cour l'a relevé aux points 42, 55 et 56 de cet arrêt, cet accord instituait un tribunal amené à résoudre des litiges pouvant concerner l'interprétation ou l'application du droit de l'Union.

127 Ledit arrêt concernait, en outre, un accord entre des États membres. Or, la question de la compatibilité, avec le droit de l'Union, de l'instauration ou du maintien d'un tribunal d'investissement par un tel accord diffère de celle de la compatibilité, avec ce droit, de l'instauration d'un tel tribunal par un accord entre l'Union et un État tiers (arrêt du 6 mars 2018, *Achmea*, C-284/16, EU:C:2018:158, points 57 et 58).

128 En effet, les États membres sont, dans tout domaine qui relève du droit de l'Union, tenus au respect du principe de confiance mutuelle. Ce principe impose à chacun de ces États de considérer, sauf dans des circonstances exceptionnelles, que tous les autres États membres respectent le droit de l'Union, en ce compris les droits fondamentaux, tels que le droit à un recours effectif devant un tribunal indépendant énoncé à l'article 47 de la Charte [voir notamment, en ce sens, avis 2/13 (Adhésion de l'Union à la CEDH), du 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454, point 191, et arrêt du 26 avril 2018, *Donnellan*, C-34/17, EU:C:2018:282, points 40 et 45].

129 Or, ce principe de confiance mutuelle, notamment s'agissant du respect du droit à un recours effectif devant un tribunal indépendant, ne s'applique pas dans les relations entre l'Union et un État tiers.

130 La constatation opérée au point 122 du présent avis n'est pas infirmée par l'article 8.31, paragraphe 2, de l'AECG, qui prévoit que, « en statuant sur la conformité d'une mesure au présent accord, le Tribunal peut tenir compte, s'il y a lieu, du droit interne d'une Partie en tant que question de fait » et énonce que, « [d]ans un tel cas, le Tribunal suit l'interprétation dominante donnée au droit interne par les juridictions ou les autorités de cette Partie », en ajoutant que « le sens donné au droit interne par le Tribunal ne lie pas les juridictions et les autorités de cette Partie ».

131 En effet, ces précisions n'ont pas d'autre objet que celui de refléter la circonstance que le Tribunal de l'AECG, lorsqu'il sera amené à examiner la conformité avec l'AECG de la mesure contestée par l'investisseur qui a été adoptée par l'État d'accueil de l'investissement ou par l'Union, devra inévitablement procéder, sur le fondement des informations et des arguments qui lui seront présentés par ledit investisseur ainsi que par cet État ou par l'Union, à un examen de la portée de ladite mesure. Cet examen peut, le cas échéant, nécessiter une prise en compte du droit interne de la Partie défenderesse. Or, ainsi que l'article 8.31, paragraphe 2, de l'AECG l'indique sans ambiguïté, ledit examen ne saurait être assimilé à une interprétation, par le Tribunal de l'AECG, de ce droit interne, mais consiste, au contraire, en une prise en compte de ce droit en tant que question de fait, ce tribunal étant, à cet égard, tenu de suivre l'interprétation dominante dudit droit donnée par les juridictions et les autorités de ladite Partie, et ces juridictions ainsi que ces autorités n'étant, au demeurant, pas liées par le sens qui serait donné à leur droit interne par ledit tribunal.

132 L'absence de compétence pour interpréter les règles du droit de l'Union autres que les dispositions de l'AECG est également reflétée à l'article 8.21 de cet accord, qui confère non pas au Tribunal de l'AECG, mais à l'Union le pouvoir de déterminer, lorsqu'un investisseur canadien vise à contester des mesures adoptées par un État membre et/ou par l'Union, si le différend doit, eu égard aux règles de répartition des compétences entre l'Union et ses États membres, être porté contre ledit État membre ou contre l'Union. La compétence exclusive de la Cour pour statuer sur la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres est ainsi préservée, le chapitre huit, section F, de l'AECG se distinguant à cet

égard du projet d'accord qui a fait l'objet de l'avis 2/13 (Adhésion de l'Union à la CEDH), du 18 décembre 2014 (EU :C :2014 :2454, points 224 à 231).

133 Le Tribunal d'appel de l'AECG ne sera pas, non plus, amené à interpréter ou à appliquer les règles du droit de l'Union autres que les dispositions de l'AECG. En effet, l'article 8.28, paragraphe 2, sous a), de cet accord énonce que le Tribunal d'appel pourra « confirmer, modifier ou infirmer une sentence rendue par le Tribunal pour [...] erreurs dans l'application ou l'interprétation du droit applicable », ce « droit applicable » visant, eu égard au droit pouvant être appliqué par le Tribunal de l'AECG en vertu de l'article 8.31, paragraphe 1, de cet accord, l'AECG ainsi que les règles et les principes de droit international à l'aune desquels ledit accord doit être interprété et appliqué. Si l'article 8.28, paragraphe 2, sous b), de l'AECG ajoute que le Tribunal d'appel pourra également constater des « erreurs manifestes dans l'appréciation des faits, y compris l'appréciation du droit interne pertinent », il résulte néanmoins de ce qui précède qu'il ne relève pas de l'intention des Parties de conférer au Tribunal d'appel une compétence d'interprétation du droit interne.

134 Le Tribunal et le Tribunal d'appel de l'AECG étant extérieurs au système juridictionnel de l'Union et leur compétence d'interprétation étant limitée aux dispositions de l'AECG à l'aune des règles et des principes de droit international applicables entre les Parties, il est, pour le reste, cohérent que l'AECG ne prévoit aucune procédure d'implication préalable qui habiliterait ou obligerait ce tribunal ou ce tribunal d'appel à saisir la Cour à titre préjudiciel.

135 Pour les mêmes raisons, il est, par ailleurs, cohérent que l'AECG confère à ces tribunaux le pouvoir de statuer définitivement sur le différend porté par un investisseur contre l'État d'accueil de son investissement ou contre l'Union, sans instaurer une procédure de réexamen de la sentence par une juridiction de cet État ou par la Cour et sans permettre à l'investisseur – sous réserve des exceptions ciblées énumérées à l'article 8.22, paragraphe 5, de l'AECG – de porter, pendant ou à l'issue de la procédure devant lesdits tribunaux, le même différend devant une juridiction dudit État ou devant la Cour.

136 Il résulte de ce qui précède que le chapitre huit, section F, de l'AECG ne

confère aux tribunaux envisagés aucune compétence d'interprétation ou d'application du droit de l'Union autre que celle portant sur les dispositions de cet accord.

3. Sur l'absence d'effet sur le fonctionnement des institutions de l'Union conformément au cadre constitutionnel de celle-ci

137 Le Royaume de Belgique et certains des gouvernements ayant présenté des observations ont souligné que, afin de trancher les différends portés devant lui contre l'Union, le Tribunal de l'AECG pourrait, dans le cadre de son examen des faits pertinents, lesquels peuvent comprendre le droit primaire sur le fondement duquel la mesure contestée a été adoptée, mettre en balance l'intérêt constitué par la liberté d'entreprise, invoqué par l'investisseur requérant, avec les intérêts publics, énoncés dans les traités UE et FUE ainsi que dans la Charte, invoqués par l'Union à l'appui de sa défense.

138 Ce tribunal serait ainsi amené à faire, sans pour autant formuler une interprétation de ces traités ou de la Charte, une appréciation de la portée de ceux-ci et à décider sur le fondement de ladite mise en balance, notamment, si la mesure de l'Union est « juste et équitable », au sens de l'article 8.10 de l'AECG, si elle constitue une expropriation indirecte, au sens de l'article 8.12 de cet accord, ou si elle doit être considérée comme étant une restriction injustifiée de la liberté de paiements et de transferts de capitaux telle que prévue à l'article 8.13 dudit accord. Ledit tribunal pourrait ainsi se prononcer sur des actes de droit dérivé de l'Union sur le fondement d'appréciations parallèles à celles que la Cour est habilitée à faire. Or, de telles appréciations du Tribunal de l'AECG conduiraient à des décisions définitives liant l'Union. Se poserait, dès lors, la question de savoir si de telles situations, qui risqueraient d'être fréquentes, porteraient atteinte à la compétence exclusive de la Cour dans l'interprétation définitive du droit de l'Union et, ainsi, à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union.

139 Afin de répondre à cette interrogation, il y a lieu de relever, premièrement, que la définition de la notion d'« investissement », contenue à l'article 8.1 de l'AECG, est particulièrement étendue et permet ainsi aux tribunaux envisagés de prendre connaissance d'un large éventail de différends. Ceux introduits contre l'Union ou un État membre pourront, sous réserve des exceptions ciblées mentionnées dans l'AECG, porter sur des mesures dans tout domaine qui concerne,

dans l'Union, l'exploitation d'entreprises et l'utilisation de biens meubles et immeubles, de titres financiers, de droits de propriété intellectuelle, de créances ou de tout autre type d'investissement.

140 Il convient de relever, deuxièmement, que, nonobstant l'article 8.21 de l'AECG, qui habilite l'Union à déterminer si, en cas de plainte déposée devant le Tribunal par un investisseur canadien, elle assumera elle-même le rôle de défendeur ou laissera cette tâche à l'État membre d'accueil de l'investissement, l'Union ne pourra pas s'opposer, lorsque la mesure contestée a été adoptée par elle, à ce que cette mesure soit examinée par ce tribunal. Il ressort, en effet, des règles procédurales énoncées dans l'AECG, et en particulier de l'article 8.25, paragraphe 1, de cet accord, que le défendeur, que ce soit l'État membre d'accueil de l'investissement ou l'Union elle-même, est censé consentir à ce que le différend soit réglé par ledit Tribunal.

141 Il y a lieu de constater, troisièmement, que, si, par la définition de la notion d'« investisseur » énoncée à son article 8.1, ainsi que par la précision contenue au point 6, sous d), de l'instrument interprétatif commun, l'AECG limite le droit de porter un différend devant le Tribunal de l'AECG contre l'Union ou un État membre aux personnes physiques et morales qui présentent un lien réel avec le Canada, il n'en demeure pas moins que cet accord permet à ces personnes de contester, devant ce tribunal, toute « mesure », au sens de l'article 1.1 de l'AECG, tel que délimité, s'agissant du chapitre huit de cet accord, par l'article 8.2 de celui-ci.

142 Dès lors que ledit article 1.1 définit le terme « mesure » comme comprenant « une loi, un règlement, une règle, une procédure, une décision, un acte administratif, une prescription, une pratique ou tout autre type de mesure d'une Partie », les différends contre l'Union pourront porter sur tout type d'acte ou de pratique de celle-ci, pourvu que, conformément à l'article 8.2 de l'AECG, lu en combinaison avec le chapitre huit, sections C, D et F, de cet accord, l'acte ou la pratique en cause « concerne » un « investissement visé », au sens de l'article 8.1 du même accord ou l'« investisseur de l'autre Partie » en ce qui concerne cet investissement visé.

143 S'il ressort ainsi de l'AECG que le différend doit porter sur une mesure qui concerne le requérant ou son investissement

visé, cet accord n'exclut toutefois pas que cette mesure ait une portée générale ou mette en œuvre un acte de portée générale.

144 Quatrièmement, il y a lieu de relever que, si le Tribunal de l'AECG ne peut, ainsi qu'il ressort du terme « uniquement » figurant à l'article 8.39, paragraphe 1, de cet accord et du libellé du paragraphe 4 de cet article, ni annuler la mesure contestée ou exiger la mise en conformité du droit interne de la Partie concernée avec l'AECG ni infliger une sanction à la Partie défenderesse, il peut, en revanche, lorsqu'il constate que cette mesure viole l'une des dispositions du chapitre huit, section C ou D, de l'AECG, condamner, en vertu de la disposition sous a) dudit article 8.39, paragraphe 1, la Partie défenderesse à verser à l'investisseur requérant une somme visant à compenser les dommages subis par celui-ci en raison de ladite violation et incluant tout intérêt applicable.

145 Dès lors que l'article 8.41, paragraphe 2, de l'AECG précise qu'« une partie au différend reconnaît la sentence et s'y conforme sans retard », l'Union devra procéder au paiement de cette somme lorsqu'elle se voit condamnée par une sentence définitive du Tribunal de l'AECG ou, selon les modalités énoncées à l'article 8.28, paragraphe 9, de cet accord, du Tribunal d'appel de l'AECG.

146 À cet égard, il convient d'observer que la compétence, prévue à l'article 8.39, paragraphe 1, sous a), de l'AECG, pour les tribunaux envisagés, d'accorder à un investisseur privé des dommages-intérêts est un aspect du régime RDIE instauré par cet accord qui distingue ce régime du système, en vigueur dans l'Organisation mondiale du commerce (OMC), de règlement des différends entre les parties contractantes à l'OMC, ce système étant en partie fondé sur des négociations entre ces parties contractantes et comportant plusieurs options pour mettre en œuvre des sentences (voir, en ce sens, arrêt du 9 septembre 2008, FIAMM e.a./Conseil et Commission, C-120/06 P et C-121/06 P, EU :C :2008 :476, point 116).

147 Les caractéristiques de la compétence du Tribunal et du Tribunal d'appel de l'AECG exposées aux points 139 à 145 du présent avis sont, certes, cohérentes avec la protection des investisseurs étrangers visée par cet accord.

148 Toutefois, sans préjudice du cas de figure où les Parties auraient convenu, dans le cadre de l'AECG, de rapprocher leurs

législations, la compétence de ces tribunaux porterait atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union si elle était aménagée de manière à ce que lesdits tribunaux puissent, dans le cadre de leurs appréciations de restrictions de la liberté d'entreprise visées dans une plainte, mettre en cause le niveau de protection d'un intérêt public ayant présidé à l'introduction de telles restrictions par l'Union à l'égard de l'ensemble des opérateurs qui investissent dans le secteur commercial ou industriel en cause du marché intérieur, plutôt que de se limiter à vérifier si le traitement d'un investisseur ou d'un investissement visé est entaché d'un vice mentionné au chapitre huit, section C ou D, de l'AECG.

149 En effet, si le Tribunal et le Tribunal d'appel de l'AECG étaient compétents pour rendre des sentences constatant que le traitement d'un investisseur canadien est incompatible avec l'AECG en raison du niveau de protection d'un intérêt public fixé par les institutions de l'Union, cette dernière risquerait d'être amenée, sous peine d'être itérativement contrainte par le Tribunal de l'AECG à verser des dommages-intérêts à l'investisseur requérant, à renoncer à atteindre ce niveau de protection.

150 Si l'Union concluait un accord international susceptible d'avoir pour effet que l'Union – ou un État membre dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union – doive modifier ou retirer une réglementation en raison d'une appréciation faite par un tribunal extérieur à son système juridictionnel du niveau de protection d'un intérêt public fixé, conformément au cadre constitutionnel de l'Union, par les institutions de celle-ci, force serait de conclure qu'un tel accord compromet la capacité de l'Union à fonctionner de manière autonome dans son propre cadre constitutionnel.

151 Il y a lieu de souligner, à cet égard, que le législateur de l'Union adopte les réglementations de celle-ci à l'issue du processus démocratique défini dans les traités UE et FUE, et que ces réglementations sont censées, en vertu des principes d'attribution des compétences, de subsidiarité et de proportionnalité édictés à l'article 5 TUE, être à la fois appropriées et nécessaires pour réaliser un objectif légitime de l'Union. Conformément à l'article 19 TUE, c'est au juge de l'Union qu'il appartient d'assurer le contrôle de la conformité du niveau de protection des intérêts publics fixé par une telle réglementation avec, notamment, les traités UE et FUE,

la Charte et les principes généraux du droit de l'Union.

152 En ce qui concerne la compétence des tribunaux envisagés pour constater des violations des obligations contenues au chapitre huit, section C, de l'AECG, l'article 28.3, paragraphe 2, de cet accord énonce que les dispositions de cette section C ne pourront pas être interprétées comme empêchant une Partie d'adopter et d'appliquer les mesures nécessaires à la protection de la sécurité publique ou de la moralité publique, au maintien de l'ordre public, à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, sous la seule réserve que de telles mesures ne soient pas appliquées de manière à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Parties où des conditions similaires existent, ou une restriction déguisée au commerce entre les Parties.

153 Il ressort de ce qui précède que, dans ces conditions, le Tribunal de l'AECG n'est pas compétent pour reconnaître le caractère incompatible avec l'AECG du niveau de protection d'un intérêt public fixé par les mesures de l'Union visées au point 152 du présent avis et pour condamner, sur ce fondement, l'Union au paiement de dommages-intérêts.

154 De la même manière, en ce qui concerne la compétence des tribunaux envisagés pour constater des violations des obligations contenues au chapitre huit, section D, de l'AECG, l'article 8.9, paragraphe 1, de cet accord rappelle explicitement le droit des Parties « de réglementer sur leurs territoires en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que la protection de la santé publique, de la sécurité, de l'environnement ou de la moralité publique, la protection sociale ou des consommateurs, ou la promotion et la protection de la diversité culturelle ». Par ailleurs, l'article 8.9, paragraphe 2, dudit accord prévoit qu'« [i]l est entendu que le simple fait qu'une Partie exerce son droit de réglementer, notamment par la modification de sa législation, d'une manière qui a des effets défavorables sur un investissement ou qui interfère avec les attentes d'un investisseur, y compris ses attentes de profit, ne constitue pas une violation d'une obligation prévue dans la présente section ».

155 En outre, le point 1, sous d), et le point 2 de l'instrument interprétatif commun disposent que l'AECG « n'aura pas [...] pour effet d'affaiblir [les] normes et réglementa-

tions [de chaque Partie] concernant l'innocuité alimentaire, la sécurité des produits, la protection des consommateurs, la santé, l'environnement ou la protection du travail », que « [l]es biens importés, les fournisseurs de services et les investisseurs doivent continuer de respecter les exigences imposées au niveau national, y compris les règles et réglementations applicables », et que l'AECG « préserve la capacité de l'Union [...] et de ses États membres ainsi que du Canada à adopter et à appliquer leurs propres dispositions législatives et réglementaires destinées à réglementer les activités économiques dans l'intérêt public ».

156 Il ressort d'une lecture combinée de ces dispositions que le pouvoir d'appréciation du Tribunal et du Tribunal d'appel de l'AECG ne va pas jusqu'à leur permettre de remettre en cause le niveau de protection d'un intérêt public défini par l'Union à l'issue d'un processus démocratique.

157 Telle est également la portée du point 3 de l'annexe 8-A de l'AECG, aux termes duquel « [i]l est entendu que, sauf dans de rares circonstances où l'impact d'une mesure ou d'une série de mesures est si grave au regard de leur but qu'elles semblent manifester des excès, les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées afin de protéger des objectifs légitimes de bien-être public, notamment en matière de santé, de sécurité et d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte ».

158 Il importe d'ajouter que la compétence du Tribunal de l'AECG pour constater des violations de l'obligation, énoncée à l'article 8.10 de l'AECG, d'accorder un « traitement juste et équitable » aux investissements visés est spécifiquement circonscrite, dès lors que le paragraphe 2 de cet article énumère exhaustivement les cas de figure dans lesquels une telle constatation peut être faite.

159 À cet égard, les Parties se sont notamment focalisées sur des situations de traitement abusif, de traitement arbitraire manifeste et de discrimination ciblée, ce qui révèle, une fois encore, que le niveau requis de protection d'un intérêt public, tel qu'établi à l'issue d'un processus démocratique, échappe à la compétence dont sont investis les tribunaux envisagés pour vérifier si un traitement accordé par une Partie à un investisseur ou à un investissement visé est « juste et équitable ».

160 Il ressort ainsi de l'ensemble de ces clauses contenues dans l'AECG que, en délimitant expressément la portée du chapitre huit, sections C et D, de cet accord, seules sections pouvant être invoquées devant les tribunaux envisagés par la section F de ce chapitre, les Parties ont pris le soin d'exclure toute compétence, pour ces tribunaux, de remettre en cause les choix démocratiquement opérés au sein d'une Partie en matière, notamment, de niveau de protection de l'ordre public, de la sécurité publique, de la moralité publique, de la santé et de la vie des personnes et des animaux, de l'innocuité alimentaire, des végétaux, de l'environnement, du bien-être au travail, de la sécurité des produits, des consommateurs ou encore des droits fondamentaux.

161 Eu égard aux éléments qui précèdent, il y a lieu de conclure que le chapitre huit, section F, de l'AECG ne porte pas atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union.
[...]

190 À cet égard, il découle dudit article 47, au respect duquel l'Union est tenue en vertu de la jurisprudence rappelée aux points 165 et 167 du présent avis, que, en concluant un accord international qui comprend l'établissement d'organes ayant des caractéristiques juridictionnelles prédominantes et appelés à régler des différends, notamment, entre investisseurs privés et États, tels que le Tribunal et le Tribunal d'appel de l'AECG, l'Union est soumise, s'agissant des modalités d'accès à ces organes et de l'indépendance de ceux-ci, aux dispositions de l'article 47, deuxième et troisième alinéas, de la Charte.

191 Ainsi, l'Union doit veiller, au regard de la nature et des spécificités de tels organes ainsi que du contexte international dans lequel lesdits organes s'inscrivent, à ce que le chapitre huit, section F, de l'AECG et tout autre texte qui en détermine la portée garantissent que, une fois cet accord conclu et mis en œuvre, les tribunaux constitués auront, chacun, les caractéristiques d'un tribunal accessible et indépendant.

192 Cette constatation n'est pas infirmée par la circonstance que l'État tiers avec lequel l'Union négocie l'accord n'est pas concerné par les garanties offertes en droit de l'Union. En l'occurrence, si le Canada n'est certes pas lié par ces garanties, l'Union l'est toutefois et ne saurait donc, ainsi qu'il découle de la jurisprudence rappelée aux points 165 et 167 du présent avis, conclure un accord qui instaure des tribunaux compétents pour rendre des sentences obligatoires à l'égard de

l'Union et pour traiter des différends portés devant eux par des justiciables de l'Union sans que lesdites garanties soient offertes.

193 Ladite constatation n'est pas non plus infirmée par le fait que le mécanisme RDIE envisagé est, ainsi qu'il a été observé devant la Cour, « hybride » en ce qu'il contient, outre des caractéristiques juridictionnelles, plusieurs éléments qui demeurent fondés sur les mécanismes traditionnels de l'arbitrage en matière d'investissements.

194 À ce dernier égard, il importe de relever que, si les règles contenues au chapitre huit, section F, de l'AECG sur l'introduction des affaires devant le Tribunal de l'AECG sont largement inspirées des mécanismes RDIE traditionnels, il en va autrement pour les règles relatives à la composition de ce tribunal et au traitement de ces affaires.

[...]

197 Partant, sans qu'il soit nécessaire de savoir si les Parties qualifieront formellement ces tribunaux d'« organes judiciaires » ni si leurs membres porteront, ainsi que le suggère la déclaration no 36, le titre de « juge », il découle des éléments qui précèdent que lesdits tribunaux exerceront essentiellement des fonctions juridictionnelles. Ils seront permanents et auront une origine légale résidant dans les actes d'approbation de l'AECG adoptés par les Parties. Ils appliqueront, à l'issue d'une procédure contradictoire, des règles de droit, devront exercer leurs fonctions en toute autonomie et rendront des décisions définitives et obligatoires.

198 Concernant le caractère obligatoire de la compétence desdits tribunaux, il y a lieu de relever que cette compétence s'imposera non seulement à l'égard du défendeur, qui devra accepter celle-ci en vertu de l'article 8.25 de l'AECG, mais également à l'égard de l'investisseur requérant, dans l'hypothèse où celui-ci entend se prévaloir directement des dispositions de l'AECG. En effet, dès lors que l'article 30.6 de l'AECG prive les investisseurs de la possibilité de se prévaloir directement de l'AECG devant les juridictions internes des Parties, toute action directement fondée sur les dispositions de cet accord devra être introduite devant le Tribunal de l'AECG. Par la suite, tout appel contre la décision de ce tribunal devra être introduit devant le Tribunal d'appel de l'AECG.

199 En ce qui concerne le niveau d'accessibilité et d'indépendance auquel ces tribunaux doivent répondre afin que le chapitre huit, section F, de l'AECG puisse être consi-

déré comme étant compatible avec l'article 47 de la Charte, il importe de relever que l'insertion dans l'AECG de dispositions en matière de traitement non discriminatoire et de protection des investissements, et l'instauration de tribunaux extérieurs aux systèmes juridictionnels des Parties pour assurer le respect de ces dispositions, ont pour but de donner pleine confiance aux entreprises et aux personnes physiques d'une Partie qu'elles seront traitées, quant à leurs investissements sur le territoire de l'autre Partie, sur un pied d'égalité par rapport aux entreprises et personnes physiques de cette dernière, et qu'elles bénéficieront de la sécurité de leurs investissements sur le territoire de cette autre Partie.

200 En prévoyant la création d'un tel mécanisme extérieur aux systèmes juridictionnels des Parties, le chapitre huit, section F, de l'AECG a, ainsi que l'ont observé le Conseil et la Commission, pour objet d'assurer que ladite confiance des investisseurs étrangers s'étende à l'instance compétente pour constater des violations, par l'État d'accueil de leurs investissements, des sections C et D de ce chapitre. Il s'avère, ainsi, que l'indépendance des tribunaux envisagés à l'égard de l'État d'accueil et l'accès à ces tribunaux pour les investisseurs étrangers, sont indissociablement liés à l'objectif du commerce libre et équitable énoncé à l'article 3, paragraphe 5, TUE et poursuivi par l'AECG.

201 S'agissant de la garantie d'accessibilité, celle-ci implique que la possibilité prévue à l'article 8.18 de l'AECG pour tout investisseur visé à l'article 8.1 de cet accord de porter un différend devant le Tribunal de l'AECG, afin de faire constater une violation de ladite section C ou D, puisse être limitée uniquement par des restrictions proportionnées, y compris celles liées au paiement des frais de justice, qui poursuivent un but légitime et ne portent pas atteinte à la substance même du droit d'accès à un tel tribunal (arrêt du 30 juin 2016, Toma et Biroul Executorului Judecătoresc Horatiu-Vasile Cruduleci, C-205/15, EU:C:2016:499, point 44 et jurisprudence citée).

202 L'exigence d'indépendance est, quant à elle, inhérente à la mission de juger et comporte deux aspects. Le premier aspect, d'ordre externe, suppose que l'instance concernée exerce ses fonctions en toute autonomie, sans être soumise à aucun lien hiérarchique ou de subordination à l'égard de quiconque et sans recevoir d'ordres ou d'ins-

tructions de quelque origine que ce soit, étant ainsi protégée contre les interventions ou les pressions extérieures susceptibles de porter atteinte à l'indépendance de jugement de ses membres et d'influencer leurs décisions. Cette indispensable liberté à l'égard de tels éléments extérieurs exige certaines garanties propres à protéger la personne de ceux qui ont pour tâche de juger, telles que l'immovibilité. La perception par ceux-ci d'un niveau de rémunération en adéquation avec l'importance des fonctions qu'ils exercent constitue également une garantie inhérente à l'indépendance [arrêt du 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, points 63 et 64 ainsi que jurisprudence citée].

203 Le second aspect, d'ordre interne, rejoint la notion d'impartialité et vise l'égalité de distance par rapport aux parties au litige et à leurs intérêts respectifs au regard de l'objet de celui-ci. Cet aspect exige le respect de l'objectivité et l'absence de tout intérêt dans la solution du litige en dehors de la stricte application de la règle de droit [arrêt du 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, point 65 et jurisprudence citée].

204 Ces garanties d'indépendance et d'impartialité postulent l'existence de règles, notamment en ce qui concerne la composition de l'instance, la nomination, la durée des fonctions ainsi que les causes d'abstention, de récusation et de révocation de ses membres, qui permettent d'écarter tout doute légitime, dans l'esprit des justiciables, quant à l'imperméabilité de ladite instance à l'égard d'éléments extérieurs et à sa neutralité par rapport aux intérêts qui s'affrontent [arrêt du 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, point 66].

[...]

207 Ainsi, les Parties énoncent, à l'article 8.39, paragraphe 6, de cet accord, qu'il incombera au Comité mixte de l'AECG d'« envisage[r] des règles complémentaires destinées à réduire le fardeau financier pesant sur les demandeurs qui sont des personnes physiques ou des petites et moyennes entreprises ».

208 Le « fardeau financier » dont la réduction est ainsi mise en perspective, comporte, en particulier, les frais et les dépens visés à l'article 8.39, paragraphe 5, dudit accord.

209 Il s'agit, d'une part, des frais de représentation et d'assistance juridique encourus tant par l'investisseur requérant que par la Partie défenderesse. Il découle de cet article 8.39, paragraphe 5, que l'investisseur risque, en cas de rejet de sa plainte, de devoir supporter l'entièreté de ces frais.

210 Ledit fardeau financier consiste, d'autre part, dans le paiement des dépens de la procédure. Il ressort à cet égard d'une lecture conjointe de l'article 8.39, paragraphe 5, de l'AECG et de l'article 8.27, paragraphe 14, de celui-ci que ces dépens incluent notamment les honoraires et les frais des membres du Tribunal qui sont désignés pour traiter le différend. L'investisseur requérant risque, en cas de rejet de sa plainte, de devoir supporter l'entièreté de ces honoraires et de ces frais.

211 Le risque financier encouru en introduisant une procédure devant le Tribunal de l'AECG peut ainsi être, pour une personne physique ou une petite ou moyenne entreprise, d'une ampleur telle qu'il dissuade cet investisseur d'entamer la procédure.

212 Ce manque d'accessibilité du Tribunal de l'AECG, auquel peuvent être confrontés de nombreux investisseurs, n'est pas infirmé par la possibilité, prévue à l'article 8.27, paragraphe 9, de l'AECG, de faire instruire le différend par un seul membre de ce tribunal. En effet, cette réduction partielle du fardeau financier sera, aux termes de cette disposition, seulement obtenue si le défendeur y consent.

213 Il s'avère ainsi que, en l'absence d'un régime visant à assurer l'accessibilité financière du Tribunal et du Tribunal d'appel de l'AECG aux personnes physiques et aux petites et moyennes entreprises, le mécanisme RDIE risque, en pratique, d'être accessible aux seuls investisseurs qui disposent d'importantes ressources financières. Une telle situation ferait naître une incohérence tant avec le champ d'application personnel du chapitre huit, section F, de l'AECG, qui s'étend à l'ensemble des entreprises et des personnes physiques de l'une des Parties qui investissent sur le territoire de l'autre Partie, qu'avec l'objectif du commerce libre et équitable, énoncé à l'article 3, paragraphe 5, TUE, que l'AECG vise à réaliser au moyen, notamment, de la voie d'action offerte aux investisseurs étrangers devant des tribunaux extérieurs au système juridictionnel de l'État d'accueil.

214 Il importe, par conséquent, afin d'apprécier la compatibilité du chapitre huit,

section F, de l'AECG avec l'article 47 de la Charte, d'examiner si les clauses, contenues dans cette section F et dans les textes qui déterminent la portée de celle-ci, au sujet de l'amélioration de l'accessibilité financière des tribunaux envisagés pour les personnes physiques et pour les petites et moyennes entreprises, traduisent des engagements selon lesquels un régime assurant le niveau d'accessibilité requis par l'article 47 de la Charte sera mis en place dès l'instauration de ces tribunaux.

215 De tels engagements ne sont contenus ni à l'article 8.27, paragraphe 15, de l'AECG, aux termes duquel le Comité mixte de l'AECG « peut », par décision, transformer la rétribution mensuelle et les autres honoraires et frais en salaire régulier, ni à l'article 8.39, paragraphe 6, de cet accord, qui dispose que le Comité mixte de l'AECG « envisage » des règles complémentaires destinées à réduire le fardeau financier pesant sur les personnes physiques et sur les petites et moyennes entreprises.

216 Les autres dispositions du chapitre huit, section F, de l'AECG ne contiennent pas non plus d'engagements juridiquement contraignants au sujet de l'accessibilité financière des tribunaux envisagés pour les investisseurs de petite ou moyenne taille.

217 En revanche, la déclaration no 36 énonce que « [l]'accès à cette nouvelle juridiction pour les usagers les plus faibles, c'est-à-dire les [petites et moyennes entreprises] et les particuliers, sera amélioré et facilité » et prévoit, à cette fin, que « [l]'adoption par le [C]omité mixte de règles complémentaires, prévue par l'article 8.39[], paragraphe 6, de l'AECG [...] sera diligentée de manière à ce que ces règles complémentaires puissent être adoptées dans les meilleurs délais » et que, « [i]ndépendamment de l'issue des discussions au sein du [C]omité mixte, la Commission proposera des mesures adéquates de (co-)financement public des actions des petites et moyennes entreprises devant cette juridiction ».

218 Force est de constater que, par cette déclaration, la Commission et le Conseil s'engagent à mettre en œuvre, de manière rapide et adéquate, l'article 8.39, paragraphe 6, de l'AECG ainsi qu'à assurer l'accessibilité des tribunaux envisagés aux petites et moyennes entreprises, et cela même dans

l'hypothèse où les efforts au sein du Comité mixte de l'AECG devraient échouer.

219 Cet engagement suffit, dans le cadre de la présente procédure d'avis, pour conclure que l'AECG, en tant qu'« accord envisagé », au sens de l'article 218, paragraphe 11, TFUE, est compatible avec l'exigence d'accessibilité desdits tribunaux.

220 En effet, aux termes d'une phrase explicative qui précède les déclarations dont fait partie la déclaration no 36, celles-ci « font partie intégrante du contexte dans lequel le Conseil adopte la décision d'autoriser la signature de l'AECG au nom de l'Union. Elles seront inscrites au procès-verbal du Conseil à cette occasion ».

221 L'engagement susvisé de l'Union de garantir l'accès réel aux tribunaux envisagés pour l'ensemble des investisseurs de l'Union visés par l'AECG conditionne ainsi l'approbation de cet accord par l'Union. Il importe de relever, à cet égard, que, aux termes de la déclaration no 36, ledit engagement fait partie des « principes » sur le fondement desquels « [l]a Commission s'engage à poursuivre sans retard la révision du mécanisme de règlement des différends [...], en temps utile pour que les États membres puissent la considérer dans leurs processus de ratification ». Eu égard à l'alinéa précédent de la même déclaration, par lequel le Conseil et la Commission confirment que l'entrée en vigueur des dispositions du chapitre huit, section F, de l'AECG ne sera pas antérieure à la ratification de l'AECG par tous les États membres, il y a lieu de constater que la conclusion de l'AECG par le Conseil est envisagée en se fondant sur la prémisse que l'accessibilité financière du Tribunal et du Tribunal d'appel de l'AECG à l'ensemble des investisseurs de l'Union visés sera assurée.

222 Compte tenu de ce lien formulé, par l'Union, entre l'accessibilité financière desdits tribunaux et la conclusion de l'AECG, il y a lieu de considérer que l'accord envisagé n'est pas incompatible, sous cet angle, avec l'article 47 de la Charte.

[...]

VI. Réponse à la demande d'avis

245 Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que le chapitre huit, section F, de l'AECG est compatible avec le droit primaire de l'Union.

NOTE. – L’avis 1/17 de la Cour de justice de l’Union européenne (CJUE) rendu le 30 avril 2019 sur conclusions de l’avocat général Y. Bot (*EU:C:2019:72*) est le pendant, pour les traités de protection des investissements conclus entre l’Union ou un État membre et un État tiers (traités extra-UE), de l’arrêt rendu le 6 mars 2018 dans l’affaire *Achmea* (CJUE, 6 mars 2018, *aff. C-284/16, République Slovaque c/ Achmea B.V. : JurisData n° 2018-005270 ; Rev. crit. DfP 2018, p. 616, notre commentaire*) à propos de la compatibilité avec le droit de l’Union des traités de même nature conclus entre États membres (traités intra-UE). L’arrêt *Achmea* a eu l’effet d’une déflagration pour le monde de l’arbitrage (sur l’ensemble de la question, V. les rapports très complets de *P. Paschalidis et V. Skouris, EU Law and International Investment Arbitration : IAI Series on International Arbitration n° 11, 2018*). Même si elle était prévisible pour les spécialistes du droit de l’Union compte tenu de la jurisprudence de la Cour (CJUE, avis 2/13 (*Adhésion de l’Union à la CEDH*), 18 déc. 2014, *chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Ganser ; D. 2015, p. 75, obs. O. Tambou ; RTD civ. 2015, p. 335, obs. L. Usunier ; RTD eur. 2014, 823, édito. J.-P. Jacqué. – CJUE, avis 1/09 (Accord sur la création d’un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets), 8 mars 2011, obs. L. d’Avout et S. Bollée ; D 2012, p. 520, obs. J. Raynard ; RTD eur. 2011, p. 805, obs. L. Coutron), la décision de déclarer, contre l’avis de l’avocat général M. Wathelet (*V. concl. de l’av. gén. M. Wathelet dans l’affaire Achmea*), « incompatible avec le droit de l’Union » la clause de règlement des différends de tous les traités de protection des investissements intra-UE, et potentiellement l’application intra-UE du Traité sur la Charte de l’Énergie (TCE) de 1994 (les États membres divergent sur ce point, la Finlande, le Luxembourg, le Malte, la Slovaquie, la Suède ne prenant pas de position sur l’incidence de l’arrêt *Achmea* sur le TCE et seule la Hongrie affirmant que cet arrêt n’est pas applicable à ce traité), avait choqué et suscité un nombre de commentaires négatifs (*V. spéc. JDI 2018, comm. 14, p. 903, note crit. Y. Nouvel. – S. Lemaire, Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements : Rev. arb. 2018, p. 424. – P. Pinsolle, I. Michou, Arbitrage : l’arrêt Achmea, la fin des traités d’investissements intra-UE ? : Dalloz actualité, 7 mars 2018. – A. Pinna, The Incompatibility of Intra-EU BITs with European Union law : CAPJIA, 2018, p. 73. – O. 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 2018, étude 3. – 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. 2018, p. 597*).*

13 mois plus tard, l’avis 1/17 déclarant le mécanisme de règlement des différends de l’accord économique et commercial global signé entre l’Union européenne, ses États membres et le Canada le 30 octobre 2016, plus connu sous le nom de CETA (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*), compatible avec le droit primaire de l’Union suscite des réactions moins vives. Pourtant, parce qu’il affecte très profondément non seulement le CETA mais également les quelques 1 500 traités de protection des investissements conclus par les États membres de l’Union et des États tiers ainsi que le TCE (ITV. II), son importance est infiniment plus grande que celle de l’arrêt *Achmea* qui ne remettait en cause, en tout cas directement, que moins de 200 traités de protection des investissements intra-UE. Il n’est sans doute pas exagéré

d'affirmer qu'il s'agit, pour la physionomie de ce que sera le droit des investissements dans une vingtaine d'années, d'un événement aussi important que la création du Centre de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) en 1965. C'est en effet la moitié des traités de protection des investissements existants dans le monde qui sont affectés et l'on sait que l'effet d'émulation est tel dans ce domaine que, lorsqu'ils concluront entre eux de nouveaux traités, les États tiers à l'Union ne pourront manquer de s'interroger sur le modèle qu'il convient d'adopter. Les bouleversements attendus sont donc considérables et l'on n'a pas fini d'en mesurer l'étendue.

C'est la raison pour laquelle le présent commentaire se bornera à tenter d'apprécier l'impact de l'avis 1/17 sur le règlement des différends relatifs aux investissements après en avoir décrit la teneur. L'abandon, dans la trilogie classique sens-valeur-portée, de tout développement spécifique sur la valeur de l'avis (sur la valeur de l'arrêt *Achmea*, V. en revanche nos obs. précitées, *Rev. crit. DIP* 2018, p. 625) ne signifie pas que celui-ci en est dépourvu. Il entend simplement marquer le fait que, dans le monde extraordinairement polarisé qu'est devenu le droit des investissements, toute appréciation de valeur ne fait que refléter une prise de position politique sur l'opportunité de l'existence, et, pour ceux qui répondent par l'affirmative, sur les contours idéaux d'un mécanisme de règlement des différends relatifs aux investissements. Cette appréciation de la manière dont les litiges relatifs aux investissements doivent être résolus appartient en dernier ressort aux États et aux organisations régionales à qui il incombe de déterminer ce que requiert l'intérêt de leurs ressortissants et la protection de la règle de droit, et de négocier, de manière bilatérale ou multilatérale, cette question avec leurs partenaires commerciaux. Sur le plan de la technique juridique, il est sans doute plus intéressant, dans le contexte limité d'un commentaire, de tenter de comprendre le sens de l'avis (I) et, dans la mesure où le principe de cohérence est respecté, ce qui ne peut être tenu pour acquis compte tenu de la dimension éminemment politique de la matière, sa portée (II).

I. – LA TENEUR DE L'AVIS 1/17

L'avis 1/17 marque un durcissement des critères de compatibilité des traités de protection des investissements avec le droit de l'Union par rapport à l'arrêt *Achmea* (A), une interprétation restrictive des standards de protection du CETA (B) et introduit un élément non négligeable d'unilatéralisme dans le droit de la protection des investissements (C). Dans le même temps, la Cour salue les innovations du CETA sur le droit d'accès des investisseurs à un tribunal indépendant (D).

A. – Le durcissement des critères de compatibilité d'un traité de protection des investissements avec le droit de l'Union

L'arrêt *Achmea* reposait sur deux principes essentiels du droit de l'Union : l'autonomie, qui constitue en réalité une forme d'exclusivisme, de l'ordre juridique de l'Union, et la confiance mutuelle entre les États membres. Selon la Cour, chacun de ces principes suffisait à condamner le recours à un mécanisme de règlement des différends entre États membres et investisseurs d'un autre État membre. On ne reviendra pas sur le principe de confiance mutuelle, en vertu

duquel aucun État membre ne peut être suspecté de se défier des juridictions d'un autre État membre, ce principe ne trouvant pas à s'appliquer dans les relations avec les États tiers. Sur le principe d'autonomie, le raisonnement s'articule en trois temps. Un tribunal arbitral constitué sur le fondement d'un traité est « susceptible », selon les dispositions du traité, de connaître des litiges relatifs à l'interprétation ou à l'application du droit de l'Union. N'étant pas une « juridiction d'un des États membres », ce tribunal ne peut poser de questions préjudicielles à la Cour. Enfin, le contrôle exercé sur les sentences par les juridictions des États membres n'est pas de nature à garantir 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 » (pt 56).

L'avis 1/17 constate pour sa part, sur la première étape du raisonnement, que le CETA ne permet aux tribunaux CETA que de « tenir compte, s'il y a lieu, du droit interne d'une partie en tant que question de fait » (art. 8.31, § 2). De ce fait, ces tribunaux n'ont « aucune compétence d'interprétation ou d'application du droit de l'Union » (pt 136). La Cour aurait pu s'en tenir là, les autres étapes du raisonnement Achmea n'ayant pour objet que de s'assurer de l'orthodoxie de « l'interprétation » ou de « l'application » du droit de l'Union. Contrairement à l'avocat général Bot qui s'était concentré sur la capacité des tribunaux CETA à appliquer ou à interpréter le droit de l'Union (V. concl. préc., pt 110, 121 à 156), la Cour poursuit son analyse du mécanisme de règlement des différends du CETA afin d'examiner sa compatibilité avec le droit de l'Union. À la condition que cet accord ne donne aux tribunaux saisis sur son fondement « aucune compétence d'interprétation ou d'application du droit de l'Union », il ajoute celle que l'accord « n'aménage pas les compétences de ces tribunaux de manière à ce que ceux-ci puissent rendre des sentences ayant pour effet d'empêcher les institutions de l'Union de fonctionner conformément au cadre constitutionnel de celle-ci » (pt 119). Le critère de « l'effet » marque le souci de laisser une marge d'appréciation considérable aux organes de l'ordre juridique de l'Union qui seront, le cas échéant, chargés d'apprécier la compatibilité d'une sentence avec le droit de l'Union (V. II). En elle-même, la condition est particulièrement exigeante. La manière dont la Cour la comprend lorsqu'elle l'applique aux dispositions du CETA (pt 137 à 161) le confirme.

Même si le CETA ne permet pas à un tribunal d'imposer aux parties une quelconque mesure d'exécution en nature (art. 8.39, § 1 et 4), la Cour se préoccupe de l'effet que d'importantes condamnations pécuniaires pourraient avoir sur l'aptitude de l'Union et des États membres à prendre ou à maintenir les mesures d'intérêt général qu'ils estiment nécessaires dans leur appréciation souveraine du « niveau de protection d'un intérêt public » requis. Le considérant de principe figure au point 150 de l'avis aux termes duquel « si l'Union concluait un accord international susceptible d'avoir pour effet que l'Union – ou un État membre dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union – doive modifier ou retirer une réglementation en raison d'une appréciation faite par un tribunal extérieur à son système juridictionnel du niveau de protection d'un intérêt public fixé, conformément au cadre constitutionnel de l'Union, par les institutions de celle-ci, force serait de conclure qu'un tel accord compromet la capacité de l'Union à fonctionner de manière autonome dans son propre cadre

constitutionnel ». La Cour ajoute que « le législateur de l'Union adopte les réglementations de celle-ci à l'issue d'un processus démocratique [...] et que les réglementations sont censées, en vertu du principe d'attribution des compétences, de subsidiarité et de proportionnalité édictés à l'article 5 TUE être à la fois appropriées et nécessaires pour réaliser un objectif légitime de l'Union » (*pt 151, 1^{re} phrase*). Elle poursuit en affirmant que « c'est au juge de l'Union qu'il appartient d'assurer le contrôle de la conformité du niveau de protection des intérêts publics fixés par une telle réglementation » avec le droit de l'Union (*pt 151, 2^e phrase*).

C'est donc bien le spectre du « gel réglementaire », agité par les opposants au CETA et relayé par la Belgique dans sa demande d'avis, qui est traité de manière frontale par la Cour. La Cour n'estime le mécanisme de règlement des différends du CETA compatible avec le droit primaire de l'Union que parce qu'elle considère que les dispositions de l'article 28.3, paragraphe 2, du CETA selon lesquelles les dispositions du chapitre 8 du CETA relatives à l'établissement et au traitement non discriminatoire des investissements « ne peuvent être interprétées comme empêchant l'adoption ou l'application pour une Partie de mesures nécessaires [...] à la protection de la sécurité publique ou de la moralité publique, [...] au maintien de l'ordre public[,] à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux [...] » signifient que le tribunal saisi en application du CETA « n'est pas compétent pour reconnaître le caractère incompatible avec [le CETA] du niveau de protection d'un intérêt public fixé par les mesures de l'Union [...] et pour condamner, sur ce fondement, l'Union au paiement de dommages-intérêts » (*pt 153*). C'est sur la foi de ces dispositions, ainsi interprétées, et d'autres qui concourent aux mêmes fins (*V. pt 154 et 155*), que la Cour conclut que « le pouvoir d'appréciation » des tribunaux CETA « ne vas pas jusqu'à leur permettre de remettre en cause le niveau de protection d'un intérêt public défini par l'Union européenne à l'issue d'un processus démocratique » (*pt 156*). Cette conclusion est doublée d'une seconde par laquelle la Cour insiste sur le fait que les Parties au CETA « ont pris soin d'exclure toute compétence pour [les tribunaux CETA] de remettre en cause les choix démocratiquement opérés au sein d'une Partie » (*pt 160*).

Ce raisonnement, qui ajoute à l'arrêt *Achmea* des conditions qu'il ne contenait pas et utilise, de propos délibéré, des notions qui laissent une large place à l'appréciation de la satisfaction au cas d'espèce des principes énoncés, est porteur d'infinies querelles (*V. infra II*). C'est d'autant plus le cas que la Cour retient, chemin faisant, une interprétation restrictive de certaines dispositions essentielles de la protection de fond prévue par le CETA.

B. – L'interprétation restrictive des standards de protection du CETA

Afin d'étayer sa conclusion selon laquelle « les Parties ont pris le soin d'exclure toute compétence, pour [les] tribunaux [CETA], de remettre en cause les choix démocratiques opérés au sein d'une Partie » en matière de protection des intérêts généraux (*pt 160*), la Cour ne tient pas seulement compte du droit des parties « de réglementer » instauré par l'article 8.9, paragraphe 1, du CETA, mais interprète, au fil de son raisonnement, les dispositions du CETA relatives aux standards de protection des investisseurs et des investissements de manière très restrictive. La Cour prend acte de la limitation de la notion d'« expropriation

indirecte » opérée par le point 3 de l'annexe 8-A du CETA selon laquelle, sauf cas exceptionnel, « les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées afin de protéger des objectifs légitimes de bien-être public, notamment en matière de santé, de sécurité et d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte » (pt 157). Elle ajoute en revanche au texte lorsqu'elle se réfère à l'article 8.10 du CETA (traitement juste et équitable) pour estimer que la liste des cas dans lesquels une partie peut être considérée comme ayant violé cette disposition est « exhaustive », alors que cela ne ressort nullement de son libellé. La Cour en conclut que la compétence des tribunaux CETA sur ce point « est spécifiquement circonscrite » (pt 158).

C. – L'introduction d'une vision unilatérale dans le droit de la protection des investissements

Conformément à l'article 218, paragraphe 11, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), la Cour, garante de l'interprétation uniforme du droit de l'Union, ne se prononce que « sur la compatibilité d'un accord envisagé avec les traités [UE et FUE] », ce qui inclut les principes généraux du droit de l'Union et la Charte des droits fondamentaux. Elle ne se préoccupe donc – et l'on ne saurait lui en faire grief – que des effets que l'accord concerné peut avoir sur le droit primaire de l'Union. Ceci la conduit inévitablement à développer du droit de la protection des investissements une vision unilatérale, centrée sur la préservation de la liberté du législateur de l'Union de prendre toute mesure d'intérêt général qu'il estime nécessaire à la protection d'un intérêt public, alors que cette vision n'est pas nécessairement partagée par son partenaire commercial. À cet égard, l'avocat général Y. Bot avait souligné l'opportunité de ne pas examiner le respect du principe d'autonomie par les dispositions du CETA sans prendre compte de « la dimension réciproque de la protection matérielle et procédurale recherchée » (V. concl., pt 85). Selon lui, la protection accordée aux investisseurs canadiens sur le territoire de l'Union, dont le mécanisme de règlement de différends, trouvait sa justification dans le fait qu'il constituait la contrepartie nécessaire du désir de protéger les investisseurs de l'Union lorsqu'ils effectuent des opérations dans des États tiers (V. concl., pt 72 à 90, spéc. pt 87 à 89). En faisant choix de ne pas suivre l'avocat général sur ce terrain, la Cour se place résolument dans une logique unilatéraliste, toute entière centrée sur la préservation du pouvoir « réglementaire » du législateur de l'Union.

D. – L'approbation des innovations du CETA sur le droit d'accès des investisseurs à un tribunal indépendant

La Cour procède également à un examen approfondi du mécanisme de règlement des différends du CETA à l'aune du droit à l'accès à un tribunal indépendant garanti par l'article 47 de la Charte. Au fil de son analyse, la Cour prend acte de toute une série de garanties instaurées par le CETA, dont les fonctions « juridictionnelles » exercées par les tribunaux CETA. Outre le fait que la déclaration n° 36 de la Commission et du Conseil annexée au CETA qualifie les membres des tribunaux CETA de « juges », la Cour tient compte du fait que ces tribunaux seront permanents et auront une origine légale, qu'ils appliqueront, à l'issue d'une procédure contradictoire, des règles de droit, qu'ils

devront exercer leurs fonctions en toute autonomie et qu'ils rendront des décisions définitives et obligatoires (pt 197). La Cour attache une importance particulière aux garanties d'indépendance et d'impartialité dont bénéficieront les membres des tribunaux CETA en ce qui concerne notamment la composition de l'instance, leur nomination, leur rémunération, la durée de leurs fonctions et leur inamovibilité. Enfin, la Cour prend acte de l'engagement de la Commission et du Conseil de mettre en œuvre, de manière rapide et adéquate, un mécanisme d'aide juridictionnelle dont bénéficieront les petites et moyennes entreprises (pt 218 et 219). C'est au vu de l'ensemble de ces considérations que la Cour déclare le mécanisme de règlement des différends du CETA compatible avec l'article 47 de la Charte.

Comme celui qui concerne la crainte du « gel règlementaire », ce raisonnement invite à s'interroger sur la question de savoir si, dans l'esprit de la Cour, l'absence, dans les traités existants de protection des investissements, de tout ou partie de ce qu'elle considère comme des garanties de fond ou d'accès à un tribunal indépendant, rend ces traités nécessairement incompatibles avec le droit de l'Union.

II. – L'IMPACT DE L'AVIS 1/17

L'avis 1/17 soulève à l'évidence la question de la compatibilité avec le droit de l'Union de l'ensemble des traités existants de protection des investissements conclus avec des États tiers (A). Il y a lieu de s'interroger également sur l'impact que cet avis est susceptible d'avoir sur le fonctionnement du CETA lui-même ou de tout traité qui a vu ou viendrait à voir le jour sur le modèle du CETA (B).

A. – L'impact de l'avis 1/17 sur les traités existants de protection des investissements extra-UE

La plupart des traités existants de protection des investissements conclus entre États membres et États tiers ne contiennent pas les dispositions qui ont permis à la Cour, forte de sa propre interprétation de celles-ci, de déclarer le mécanisme de règlement des différends du CETA compatible avec le droit de l'Union. Cela concerne tant les dispositions de fond que celles qui garantissent l'accès à un tribunal indépendant.

La question du statut juridique, et donc du sort de ces traités, tant de *lege ferenda* que de *lege lata*, s'en trouve directement posée.

1 – De *lege ferenda*, il ne fait guère de doute que la Commission n'aura de cesse que d'assurer la conformité de tous les traités existants avec la logique du CETA validée par la Cour. Les amateurs de néologismes évoqueront la « ceta-isation » de tous les traités, tandis que la Commission insistera sur la nécessité de leur « modernisation ». Indépendamment de la sémantique, ce qui est visé est bien l'alignement de tous les traités existants sur le CETA (V. par. ex. la *Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres au Groupe de travail III de la CNUDCI, 18 janv. 2019 (A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1)*). En réalité, plusieurs instruments de même génération ont été négociés en parallèle par la Commission : le *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP), dont les élections américaines de 2016 ont causé l'abandon ; l'accord de protection des investissements signé le 19 octobre 2018 entre l'Union et ses États membres

et Singapour (initialement négocié comme un chapitre de l'accord de libre-échange UE-Singapour mais ultérieurement dissocié pour tenir compte de l'avis 2/15 de la Cour, Accord de libre-échange avec Singapour, du 16 mai 2017, EU :C :2017 :376 estimant que les investissements indirects et les clauses de règlement des différends ne relèvent pas de la compétence exclusive de l'Union) et le CETA. Parmi tous ces instruments aux dispositions voisines, c'est le CETA qui fera désormais officiellement figure de modèle pour avoir été le premier dont la compatibilité des dispositions de fond et de règlement des différends avec le droit de l'Union a été soumise pour avis à la Cour.

Le règlement (UE) n° 1219/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres et des pays tiers (*JOUE n° L 351, 20 déc. 2012, p. 40*) donne à la Commission les moyens d'imposer ses vues aux États membres sur les dispositions que devraient contenir les nouveaux traités, même lorsque ceux-ci seront négociés, par dérogation, par les États membres. La Commission devra en effet approuver non seulement le texte à conclure ou à modifier avant le début des négociations mais également le texte résultant des négociations entre l'État membre et l'État tiers concerné. La Commission pourra ainsi bloquer toute disposition qu'elle jugera incompatible avec le droit de l'Union. Le nouveau modèle de traité de l'Union économique belgo-luxembourgeoise mis en place en 2019 fournit un exemple de cette nouvelle génération de traités « ceta-compatibles » (*V. chambre des représentants de Belgique, Rapp. de progrès 2019 du vice-premier ministre et ministre des Affaires étrangères et européennes, chargé de Beliris et des Institutions culturelles fédérales, relatif aux traités commerciaux : Doc. 54 1806/007, p. 24-69*).

La principale victime de l'avis 1/17 n'en restera pas moins le Traité sur la Charte de l'Énergie de 1994, qui lie aujourd'hui l'Union européenne et 37 États, outre la Biélorussie qui l'applique à titre provisoire, la Russie dont la dénonciation de l'application provisoire intervenue le 18 octobre 2009 prendra effet, pour les investissements réalisés avant cette date, en 2029 du fait de la clause de survie, et l'Italie qui, après avoir dénoncé le traité avec effet au 1^{er} janvier 2016 restera liée pour les investissements antérieurs jusqu'en 2026. Ce traité marque sans doute le sommet de la protection des investissements. En effet, en 1994, tant les États exportateurs que les États importateurs de capitaux, essentiellement les États de l'ancien bloc de l'Est, étaient désireux d'assurer aux investisseurs une protection forte de façon à attirer dans les meilleurs délais les capitaux nécessaires à la remise en état d'infrastructures dont l'état de délabrement supposait une intervention urgente.

Moins de 15 jours après le prononcé de l'avis 1/17, la Commission a demandé au Conseil l'autorisation de participer aux négociations relatives à la « modernisation » du TCE (*V. Recommendation for a Council Decision authorising the entering into negotiations on the modernisation of the Energy Charter Treaty : COM(2019) 231 final*). La Commission déclare souhaiter « clarifier et mieux définir » toute une série des dispositions du TCE. La liste, non exhaustive, inclut les clauses relatives au traitement juste et équitable, à la protection et à la sécurité constantes ainsi que la clause de respect des engagements (*art. 10, § 1*), la clause de la nation la plus favorisée (*art. 10, § 3*), l'expropriation (*art. 13*) de façon à « clarifier » la notion d'expropriation indirecte, le transfert des paiements

(art. 14), et la clause de déni du bénéfice de la protection (art. 17). Sans surprise, la Commission a également fait part de son souhait d'insérer dans le traité une disposition nouvelle sur le « droit de règlementer ».

L'article 26 du TCE relatif au règlement des différends ne fait pas l'objet de recommandations spécifiques, la Commission souhaitant bénéficier, avant de se prononcer sur ce sujet, du résultat des négociations internationales susceptible d'aboutir à la création d'une juridiction multilatérale chargée du règlement des différends en matière d'investissements (*Multilateral Investment Court*). Il ne fait aucun doute cependant que, pour tenir compte de l'arrêt *Achmea*, la Commission souhaitera également exclure du champ d'application du traité le règlement des différends intra-UE.

2 – De *lege lata*, l'avis 1/17 ne pourra manquer de susciter d'innombrables contentieux. La plupart des instruments de protection des investissements existants ne contiennent pas de dispositions assurant le « droit de règlementer », définissant de manière restrictive les standards de protection et excluant toute éventualité qu'un tribunal arbitral puisse être appelé à interpréter ou à appliquer le droit de l'Union. Nombre de traités visent, comme le fait l'article 42 de la Convention CIRDI, le droit de l'État d'accueil, donc potentiellement le droit de l'Union, au rang des normes applicables par les arbitres. Par ailleurs, rares sont les traités existants qui trouveraient grâce, aux yeux de la Cour, sur le chapitre du « droit d'accès à un tribunal indépendant ». Dans ce contexte, il ne sera pas difficile pour un État assigné sur le fondement d'un traité d'une ancienne génération de soutenir que celui-ci est contraire au droit de l'Union. L'argument est d'autant plus inquiétant que, tant dans l'arrêt *Achmea* que dans l'avis 1/17, c'est le mécanisme de règlement des différends et non le fond de la protection qui est taxé d'incompatibilité avec le droit de l'Union en raison de l'existence ou de l'absence de certaines dispositions de fond. L'État tiers fera valoir que cette incompatibilité est objective et qu'il est fondé à s'en prévaloir même dans les hypothèses dans lesquelles l'ordre juridique de l'Union et son « droit de règlementer » ne sont pas en cause.

Tout laisse à penser que les tribunaux arbitraux appelés à se prononcer sur une telle argumentation y seront peu sensibles. La réaction de la jurisprudence arbitrale à l'arrêt *Achmea* en donne un avant-goût. À ce jour, aucune sentence connue n'en a fait application dans les contentieux arbitraux intra-UE. Certains tribunaux ont affirmé que l'objection de l'État membre à la compétence du tribunal sur le fondement de l'arrêt *Achmea* avait été soulevée de manière tardive (V. par ex. la *sentence rendue le 2 mai 2018 par Lord Collins, président, G. Born et P. Tomka dans l'affaire Antaris c/ République tchèque*, aff. CPA n° 2014-01, § 73. – Ou la *sentence rendue le 26 juill. 2018 par M. Pryles, président, S. Alexandrov et C. Thomas dans l'affaire Gavrilovi? c/ République de Croatie*, aff. CIRDI ARB/12/39, § 79). D'autres ont jugé que la jurisprudence *Achmea* ne s'appliquait pas au TCE (V. par ex. la *décision sur la demande de l'Italie de mettre fin à l'arbitrage fondée sur l'inapplicabilité du TCE aux différends intra-UE rendue le 7 mai 2019 par J. Kalicki, présidente, et B. Stern et M. G. Tawil dans l'affaire Eskosol SpA c/ République italienne*, aff. CIRDI n° ARB/15/50). D'autres enfin ont estimé que le fait qu'il s'agisse des tribunaux CIRDI justifiait de ne pas donner effet à l'arrêt *Achmea*, même si l'arbitrage en cause était fondé sur un traité intra-UE (V. par ex. la *sentence rendue le 9 oct. 2018 par K.-H. Böckstiegel*,

président, Y. Fortier et D. Bethlehem dans l'affaire *UP et CD Holding Internationale c/ Hongrie*, aff. CIRDI ARB/13/35). On ne peut penser que, dans bien des cas, une réaction similaire accueillera l'argumentation d'un État fondée sur l'avis 1/17.

La position de l'investisseur pourrait s'avérer plus délicate devant les juridictions des États membres lorsque celles-ci seront saisies d'un recours en annulation ou d'une demande de refus d'exequatur d'une sentence rendue par un tribunal dont la compétence trouve sa source dans un traité qui ne satisfait pas les critères de l'avis 1/17. L'État défendeur ne manquera pas d'invoquer l'article 19 TUE selon lequel les juridictions des États membres doivent assurer, en collaboration avec la Cour, le respect et la pleine application du droit de l'Union dans l'ensemble des États membres (CJUE, 27 févr. 2018, aff. C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, pt 33 : *JurisData* n° 2018-003920. – Et arrêt *Achmea*, préc., pt 36). On ne peut pas non plus exclure que de nouvelles questions préjudicielles soient posées à la Cour à cette occasion. C'est dire que le chapitre de l'histoire du droit des investissements ouvert par l'arrêt *Achmea* et surtout par l'avis 1/17 n'est pas prêt d'être refermé.

B. – L'impact sur le fonctionnement du CETA et des accords qui suivront son modèle

Un autre type de contentieux pourra voir le jour, sans doute à plus long terme, sur le fondement de l'avis 1/17. La Cour retient en effet une interprétation des dispositions du CETA – et par voie de conséquence de tous les traités qui le prendront pour modèle – qui s'éloigne parfois singulièrement du texte de l'accord. En particulier, la lecture de certaines dispositions de fond en termes d'incompétence alors qu'elles ne font qu'exclure la responsabilité d'une partie dans certaines circonstances paraît très éloignée du texte. C'est le cas, par exemple, de l'interprétation de l'article 28.3, paragraphe 2, du CETA aux termes duquel aucune de ses dispositions « ne peut être interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par une Partie de mesures nécessaires » pour la protection de certains intérêts publics que la Cour comprend comme privant les tribunaux CETA de « toute compétence [...] de remettre en cause les choix démocratiquement opérés au sein d'une Partie » (pt 160).

Comme le reconnaît la Cour elle-même, les tribunaux CETA ne seront pas liés par son interprétation (pt 116). Ils seront au contraire libres d'interpréter l'accord « sans [se soumettre] aux interprétations dudit accord que fournissent les juridictions des Parties » (pt 117).

On ne peut donc exclure l'hypothèse dans laquelle une interprétation divergente surviendrait entre la jurisprudence des tribunaux CETA, y compris le tribunal d'appel, et celle de la Cour. Dans une telle situation, à suivre le raisonnement de la Cour, le CETA lui-même devrait être considéré comme « incompatible avec le droit de l'Union » et la Commission comme ayant l'obligation de le renégocier ou, en dernier ressort, le dénoncer. Si un tel scénario venait à se produire, la Commission aurait, en ouvrant la boîte de Pandore *Achmea*, contribué à priver sa nouvelle compétence pour conclure les accords externes de l'Union en matière de protection des investissements de tout effet utile, alors qu'elle avait tant œuvré pour l'obtenir.

EMMANUEL GAILLARD

Mots-Clés : Règlement des différends relatifs aux investissements - CETA - Critères de compatibilité - Droit de l'Union européenne

21 Compétence judiciaire. – Règlement Bruxelles I. – Article 1, § 1. – Notion de matière civile et commerciale. – Responsabilité de l'État. – Acte *jure imperii*. – Dette souveraine émise par la Grèce. – Loi restructurant la dette grecque. – Clauses d'action collective.

Un litige relatif à une action introduite par une personne ayant acquis des obligations émises par un État membre, à l'encontre de celui-ci, visant à rétablir les termes initiaux des titres, que l'État membre a modifié par l'effet d'une loi, adoptée dans des circonstances exceptionnelles par le législateur national, en vertu de laquelle ces conditions ont été unilatéralement et rétroactivement modifiées par l'introduction d'une clause d'action collective permettant à une majorité de détenteurs des obligations concernées d'imposer cet échange à la minorité, ne relève pas de la « matière civile et commerciale ».

CJUE. – 1^{re} ch. – 15 nov. 2018. – aff. C-308/17. – Hellenische Republik c/ Leo Kuhn. – R. Silva de Lapuerta (rapporteuse), vice-présidente, faisant fonction de président de la première chambre. – MM. J.-C. Bonichot, E. Regan, C. G. Fernlund et S. Rodin, juges. – M.Y. Bot, avocat général. – M. I. Illéssy, greffier. – JurisData n° 2018-020455.

[...]

Le litige au principal et la question préjudicielle

À une date non précisée, antérieure à l'année 2011, M. Kuhn, domicilié à Vienne (Autriche), a, par l'intermédiaire d'une banque dépositaire établie en Autriche, acquis des obligations souveraines d'une valeur nominale de 35 000 euros, émises par la République hellénique, soumises au droit grec et négociées à la Bourse d'Athènes (Grèce) en tant que « droits-valeurs », c'est-à-dire des créances inscrites au registre de la dette publique. Ces droits-valeurs ont été enregistrés dans le système de comptes courants de la Banque centrale grecque.

Ces obligations souveraines, venant à échéance le 20 février 2012, ont été inscrites au crédit du compte-titres dont M. Kuhn est titulaire au sein de cette banque dépositaire. Il s'agit de titres au porteur donnant droit, conformément aux conditions d'emprunt, au remboursement du capital à l'échéance et au paiement d'intérêts.

La juridiction de renvoi estime qu'il n'existe aucune relation contractuelle entre M. Kuhn et la République hellénique.

Selon cette juridiction, il découle tant des dispositions de la loi 2198/1994 que des conditions d'emprunt relatives aux obligations souveraines concernées que ce sont, d'abord, les participants audit système de comptes courants de la Banque centrale grecque qui sont devenus des détenteurs et des créanciers de ces obligations, transmises par leur inscription au crédit du compte de ces participants, étant entendu que, si ces derniers peuvent octroyer des droits en rapport avec lesdites obligations à des tiers investisseurs, l'acte juridique par lequel sont octroyés ces droits ne produit cependant d'effet qu'à l'égard des parties concernées, à l'exclusion expresse de tout effet en faveur ou au détriment de la République hellénique.

À la suite de l'adoption de la loi 4050/2012, la République hellénique a procédé à une conversion des obligations acquises par M. Kuhn en les remplaçant par de nouvelles obligations souveraines d'une valeur nominale moindre.

La juridiction de renvoi indique que, selon les allégations de M. Kuhn, la République hellénique a, jusqu'au jour de cette conversion, versé des intérêts sur un compte ouvert au nom de celui-ci auprès d'une banque