



HAL
open science

Les sentences arbitrales des tribunaux internationaux d'arbitrage d'investissement et le régime européen d'aide d'état

Agapia Kirilova

► To cite this version:

Agapia Kirilova. Les sentences arbitrales des tribunaux internationaux d'arbitrage d'investissement et le régime européen d'aide d'état. Droit. 2017. hal-03179326

HAL Id: hal-03179326

<https://hal.univ-lorraine.fr/hal-03179326>

Submitted on 24 Mar 2021

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

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



Université de Lorraine

Master 2 „Droit de la construction européenne“

***Les sentences arbitrales des tribunaux internationaux
d'arbitrage d'investissement et le régime européen
d'aide d'état***

Mémoire préparé par

Agapia Krasimirova Kirilova

sous la direction de

*M. Yves Petit, Professeur à l'Université de Lorraine, responsable du Master 2
Droit de la construction européenne et Directeur de Centre du droit européen, et*

M. Ivan Stoynev, Professeur associé à l'Université de Sofia

2017

*Avec mes remerciements à M. Yves Petit et à M. Ivan Stoynev pour le soutien et
les conférences inspirantes de droit européen*

INTRODUCTION	3
PARTIE I LA COORDINATION NON-ABOUTIE DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE ET DU DROIT INTERNATIONAL D'INVESTISSEMENT AU NIVEAU DE L'ARBITRAGE COMMERCIAL	5
<i>CHAPITRE I LA COMPATIBILITE DES TRAITES BILATERAUX D'INVESTISSEMENT AVEC LE DROIT DE L'UNION EUROPEENNE</i>	6
<i>Section 1 La nature juridique des traités bilatéraux d'investissement</i>	6
<i>Section 2 La validité et l'applicabilité des traités bilatéraux d'investissement</i>	14
§1 La relation entre les traités bilatéraux d'investissement et l'ordre juridique européen avant le traité de Lisbonne	14
§2 Interaction entre les traités bilatéraux d'investissement et le droit de l'UE après le traité de Lisbonne	19
<i>CHAPITRE II APPLICATION DE DROIT DE L'UNION EUROPEENNE DANS LES PROCEDURES ARBITRALES, LIEES A L'INEXECUTION DE TBI</i>	23
<i>Section 1 Le droit de l'Union européenne comme loi applicable</i>	24
<i>Section 2 La possibilité de la Commission d'agir en tant que amicus curiae</i>	28
PARTIE II LA COMPATIBILITE DES SENTENCES ARBITRALES AVEC LA DISPOSITION DE L'ARTICLE 107 TFUE	38
<i>CHAPITRE III L'APPLICATION DU REGIME GENERAL DES AIDES D'ETAT AUX SENTENCES ARBITRALES</i>	40
<i>SECTION 1 LA QUESTION DES ORIGINES DES RESSOURCES ETATIQUES OCTROYEES</i>	40
<i>Section 2 La question et la sélectivité</i>	45
<i>CHAPITRE IV LA DIFFERENTIATION DU REGIME EXECUTOIRE DES SENTENCES ARBITRALES DANS LE CONTEXTE DE L'ARTICLE 107 TFUE</i>	48
<i>Section 1 L'exécution des sentences arbitrales sous le régime du Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements (Convention CIRDI)</i>	48
<i>Section 2 L'exécution des sentences arbitrales sous le régime de Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York)</i>	53
CONCLUSION	60
BIBLIOGRAPHIE	61

Introduction

En 2015 une Décision de la Commission a provoqué un débat aigüe dans la doctrine et dans la pratique. Il s'agit de la Décision « *Micula* »¹. Dans les années 90 entre la Roumanie et la Suède est conclu un accord bilatéral de garantir et de stimuler les investissements dans les deux pays. Selon ce traité la Roumanie devrait créer un système de garanties nationales qui viendrait de protéger tous les investissements étrangers mais aussi de donner certains avantages aux investisseurs suédois. En cas de non-respect des engagements il est prévu une clause arbitrale qui expressément fait référence à la Convention CIRDI. Les frères Micula sont suédois d'origine roumaine qui investit à la Roumanie et qui ont bénéficié du régime favorable prévu dans le traité bilatéral. En 2006 dans le cadre de processus d'adhésion, la Roumanie, sous l'influence de la Commission, a abrogé la loi de stimulation des investissements et a retiré tous les stimulés donnés aux frères Micula, car selon la Commission cela représentait une aide d'état, incompatible avec le marché intérieur. La même année les frères ont initié une procédure arbitrale telle qu'elle avait été prévue dans le traité bilatéral. En 2013 le tribunal arbitral a arrêté une décision en faveur des frères Micula et condamne la Roumanie de payer une somme globale de 180 million euro dommages et intérêts². La Commission a été constituée devant le tribunal arbitral en tant que « *amicus curiae* » et pendant tout le procès a soutenu la position de la Roumanie et plus précisément que le comportement de l'état membre était légale, en respectant le droit de l'UE et que si le tribunal va juger une compensation, cette compensation représentera une nouvelle aide d'état. Même si la Commission a perdu devant le tribunal arbitral, elle intervient au niveau national et prend une décision d'interdiction d'exécution de la sentence arbitrale sur le territoire roumain. La décision de la Commission est objet d'un recours en annulation devant le Tribunal³. L'affaire est encore pendante.

¹ Décision de la Commission du 30 mars 2015, Aff. n° 2015/1470, concernant l'aide d'État SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) mise en œuvre par la Roumanie — Sentence arbitrale dans l'affaire Micula/Roumanie du 11 décembre 2013

² ICSID, Sentence finale du 11 Décembre 2013, Aff. No. ARB/05/20, *IOAN MICULA, VIOREL MICULA, S.C. EUROPEAN FOOD S.A., S.C. STARMILL S.R.L. AND S.C. MULTIPACK S.R.L. v. ROMANIA*

³ Trb. T-704/15, Recours introduit le 28 novembre 2015 — Micula e.a./Commission, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A62015TN0704>

Cette interdiction entre en conflit avec les engagements internationaux de la Roumanie et contrevent avec les règles et principes de droit international, en posant des questions importantes sur le régime de garanti des investissements étrangères et leur compatibilité avec le droit de l'UE.

Dans ce mémoire on va essayer de traiter l'un des questions posées et plus précisément, la question de la compatibilité des sentences arbitrales avec le régime européen d'aide d'état. Dans une première partie du mémoire on va analyser l'absence d'une coordination entre le droit de l'Union et le droit international d'investissement au niveau de l'arbitrage internationale. Cette absence pose des problèmes majeurs à deux niveaux. Le premier, c'est au niveau des traités bilatéraux et leur validité et applicabilité. Tandis que le second, c'est au niveau d'application de droit de l'Union en tant que droit applicable par les tribunaux arbitraux.

Dans la seconde partie du mémoire on analysera la question de la compatibilité des sentences arbitrales avec le droit européen et plus précisément le régime d'aide d'état. Tout d'abord, il sera traiter l'application du régime général des aides d'état aux sentences arbitrales, en faisant une référence vers la jurisprudence de la CJEU et des tribunaux arbitraux. Cette analyse permettra de constater que la Cour dans sa jurisprudence a accepté sous certaines conditions l'exécution des sentences arbitrales, mais aussi que cette exécution pourra entrer en contradiction avec le régime des aides d'état si les conditions de sélectivité et d'origine étatique des ressources octroyés ne sont pas respecter.

Dans le second chapitre de cette deuxième partie on se consacrera sur l'analyse de respect de ces conditions en dépendance du régime exécutoire applicable. Et plus précisément les régimes d'exécution des sentences arbitrales prévues dans la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements (Convention CIRDI) et dans la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York).

Partie I

La coordination non-aboutie du droit de l'Union européenne et du droit international d'investissement au niveau de l'arbitrage commercial

Le droit de l'UE s'est intégré dans le droit international des investissements au fil du temps, en mettant le terme à l'ère du parallélisme de ces régimes. Cette interaction a été intensifiée après l'effondrement de l'ère communiste quand un nouvel ordre juridique a émergé pour les pays d'Europe centrale et orientale qui souhaitent leurs économies en économies de marché. Ces Etats avaient du mal à se renaître de ses cendres en recourant à des privatisations, des réformes juridiques et des investissements étrangers, assurant un système fiable de protection des investissements par la conclusion des traités bilatéraux d'investissement. Cependant, l'adhésion de ces états provoque une tension par rapport à la compatibilité du droit communautaire avec leurs traités de protections des investissements étranger préexistants.

Cette tension a été reflétée dans l'affaire Micula, cas dans lequel une indemnité a été accordée en faveur des investisseurs en raison de l'échec de la Roumanie d'assurer un traitement juste et équitable en vertu du Traité bilatéral d'investissement avec la Suède. La pomme de discorde était la révocation des incitations économiques aux régions défavorisées où les frères Micula avaient investi. La Commission européenne, au cours de la procédure, est intervenu comme *amicus curiae* et elle a soulevé l'objection que toute compensation pour la perte de ces privilèges constituerait une nouvelle aide d'État illégale en vertu de la législation européenne et la sentence serait inapplicable dans l'UE.

Cette affaire a suscité un débat sur les défis devant la coordination, encore non-aboutie, entre le droit de l' UE et le droit international d'investissement. Bien qu'une question juridictionnelle du tribunal en tant que conflit entre le TBI et le droit de l'UE n'ait pas été soulevée, il est nécessaire de étudier les arguments soulevés par la CE et les États défendeurs contre la validité des TBI et l'applicabilité du droit de l'Union dans des procédures arbitrales, fondée sur ces traités.

Chapitre I

La compatibilité des traités bilatéraux d'investissement avec le droit de l'Union européenne

Après l'élargissement de l'UE et l'acquisition par l'UE d'une compétence exclusive dans le domaine des investissements directs étrangers, conformément à l'article 207 TFUE, des doutes, concernant la conformité des TBI existants avec l'ordre juridique de l'UE, ont été soulevés. Ces doutes sont liés avant tout avec la nature juridique de traités bilatéraux d'investissement en tant que traité du droit international et la validité de ses traités, déjà transformés en TBI intracommunautaires, puisqu'ils étaient considérés comme «une anomalie interne au marché européen»⁴.

Section 1 La nature juridique des traités bilatéraux d'investissement

Le droit de l'investissement est l'un des domaines les plus dynamiques du droit international économique au cours des quatre dernières décennies. Cela peut être expliqué par la forte opposition entre les pays développés et les pays en développement au début des années 1970. Les pays développés et les pays en développement doivent assurer un environnement juridique stable à des investissements internationaux. Bien entendu, ils n'appréhendent pas le problème au même point de vue. Les pays développés investissent, en grande partie, dans l'exportation d'investissements, tandis que les pays en développement sont des pays importateurs d'investissements. À cet égard, les pays développés doivent encourager les investissements de leurs citoyens dans les pays en développement, tandis que les pays en développement doivent attirer des investissements de ressortissants des pays développés⁵.

⁴ CH. MAKRYGIANNI, 'EU State aid law and the enforcement of intra-EU investment arbitral awards', Mémoire, International Hellenic University, 2016, p.10

⁵ T. Gazzini, 'Bilateral investment treaties', in International investment law: the sources of rights and obligations, T. Gazzini, E. De Brabandere, eds., The Hague: Martinus Nijhoff, 2012, disponible sur <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=52000611609607501306910210606412400512003706204602902507106411707106912207407108600501810701602604005804809006609509810210211704007200904702811109612309411300109708608906904709911611811200208312009310810>

créent par elles-mêmes des conséquences importantes pour la cohérence globale du système.

Compte tenu de la variété des formes des accords d'incitation à l'investissement, cet ouvrage ne sera focalisé que sur l'examen de traités bilatéraux d'investissement. Du point de vue de leur forme, les traités bilatéraux d'investissement représentent des traités internationaux classiques conclus entre deux pays, dont les objectifs principaux sont la promotion des investissements étrangers effectués dans ces pays, ainsi que la protection des investisseurs dans l'État-hôte. Pour garantir leur efficacité, ils sont fondés sur le principe de la réciprocité.

De ce point de vue, les traités bilatéraux d'investissement sont compris dans la définition de traité, conformément à l'art. 2, alinéa 1, lettre « a » de la Convention de Vienne sur le droit des traités et sont donc assujettis aux règles générales du droit international public. Ces traités poursuivent deux objectifs principaux. D'une part, ils visent à investir dans le flux des investissements étrangers et à créer un environnement juridique stable et prévisible pour leur gouvernance. D'autre part, ils encouragent le développement économique de l'État-hôte et les relations économiques entre les parties⁷.

Comme le montrent plusieurs décisions d'arbitrage, ces objectifs sont liés et interdépendants. Afin d'atteindre les objectifs fixés dans les traités bilatéraux d'investissement, il existe un certain nombre d'instruments juridiques contraignants qui garantissent le statut de l'investisseur et les investissements effectués par celui-ci. Des dispositions telles que le principe de la nation la plus favorisée pour des investissements établis, le traitement équitable, des garanties de compensation en cas d'aliénation et de transferts gratuits, ainsi que l'accord pour résoudre les différends entre les deux États contractants et entre les investisseurs et l'État sont contenus dans un grand nombre de traités déjà conclus. Comme il ressort de ce qui a été dit jusqu'ici, on peut conclure que presque toutes les dispositions de fond contenues dans ces contrats visent à protéger les investisseurs étrangers qui, bien qu'ils ne soient pas

⁷ UNCITRAL, Sentence de 20 Juin 2006, *National Grid plc v Argentina*, para 85., UNCITRAL, Sentence de 17 Mars 2006, *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, para 300

officiellement parties aux traités, sont leurs principaux bénéficiaires. Un argument à l'appui de cette assertion peut être trouvé dans la possibilité pour les investisseurs privés d'avoir un accès direct à un tribunal international d'arbitrage en cas de différend avec l'État-hôte, sans qu'il soit nécessaire que l'investisseur s'adresse aux juridictions nationales des États contractants⁸. C'est cet accès direct aux tribunaux internationaux qui a provoqué dans la doctrine et la pratique le débat sur la nature des droits accordés aux investisseurs et le statut de l'investisseur en droit international. Selon l'un des deux principaux points de vue, qui peut être trouvé aussi dans la décision du Tribunal d'arbitrage international dans l'arrêt *Plama consortium v. la République de Bulgarie*⁹ faisant référence à l'art. 26 du traité sur la Charte de l'énergie, le tribunal note que ce type de contrat d'investissement

„is itself a very significant treaty for investors, marking another step in their transition from objects to subjects of international law”¹⁰.

Selon l'autre point de vue, qui peut être qualifié de plus réservé, les investisseurs étrangers peuvent être considérés comme des participants au droit international. Selon Higgins, de cette manière la division trop restrictive entre sujets et objets du droit international peut être surmontée. L'hypothèse de base de cette approche est que

« there is no inherent reason why the individual should not be able directly to invoke international law and to be the beneficiary of international law »¹¹.

Indépendamment du rôle de premier plan que les investisseurs étrangers ont dans le système des traités bilatéraux d'investissement, il ne faut pas oublier que dans ce type de traités internationaux, les États en tant que sujets de droit international conservent « *the transaction's exclusive and absolute domini* »¹². Cela signifie que

⁸ T. GAZZINI, "Bilateral investment treaties", op.cit. p.10

⁹ ICSID, Sentence final de 8 février 2005, Aff. No. ARB/03/24, *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*,

¹⁰ Ibid, par. 141

¹¹ R. HIGGINS, *Problems & Process: International Law and How We Use It*, Oxford, Clarendon, 1994, p. 54

¹² T. GAZZINI, "Bilateral investment treaties", op.cit. p.18

seuls les États sont autorisés à conclure, à interpréter, à modifier (formellement ou informellement) voire à résilier un traité bilatéral d'investissement soit conformément aux règles énoncées dans le traité lui-même, soit en appliquant les règles générales du droit international conventionnel. Par conséquent, les investisseurs peuvent être exposés au risque à la suite d'un changement dans le cadre juridique garantissant la protection de leurs investissements, en raison du comportement unilatéral ou bilatéral des États contractants¹³. De ce point de vue et conformément aux règles générales du droit international conventionnel, le fait qu'un investisseur étranger soit exclu du processus menant à la conclusion, à la modification ou à la résiliation des traités bilatéraux d'investissement a des retombées importantes par rapport à l'application de ce type de traité international.

Tout d'abord, les Parties contractantes aux traités bilatéraux d'investissement peuvent à tout moment modifier ou compléter le contenu du traité, soit par la conclusion d'un protocole spécial, soit en créant une pratique courante¹⁴. Dans ces cas, aux fins de l'application des dispositions du traité, en cas de litige, il faut garder à l'esprit que les changements ne peuvent pas avoir d'effet rétroactif, voire dans les cas où cela est prévu par les parties contractantes, car les droits de l'investisseur conformément au traité devraient être protégés dans un cadre juridique stable et prévisible. Il s'agit, par sa nature, d'une manifestation d'un des principes juridiques fondamentaux, à savoir le principe de sécurité juridique. On peut trouver un argument à l'appui de cela dans l'arrêt d'arbitrage du 22.05.2007 *Enron Corporation and Ponderosa v. Argentine*¹⁵. Dans la décision, les arbitres, en interprétant l'art. 11 du traité bilatéral d'investissement conclu entre l'Argentine et les États-Unis, arrivent à la conclusion que

« [e]ven if [the self-judging] interpretation were shared today by both parties to the Treaty, it would still not result in a change of its terms. States are of course free to amend the Treaty by

¹³ Ibid, p. 19

¹⁴ P-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, 16^e édition, Paris, Dalloz, 2016 ; D. CARREAU, P. JUILLARD, *Droit international économique*, 3^e édition, Paris, Dalloz, 2007

¹⁵ ICSID, Sentence de 22 mai 2007, aff. ARB/01/3, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina*,

consenting to another text, but this would not affect rights acquired under the Treaty by investors or other beneficiaries »¹⁶.

Non en dernier lieu, il faut tenir compte du fait que les investissements sont généralement des opérations à long terme et il faut donc prendre en considération la protection garantie qu'ils reçoivent conformément aux traités dans les négociations menées par les parties contractantes pour modifier ou résilier les traités¹⁷. L'analyse de la pratique montre que dans presque tous les traités bilatéraux d'investissement, il est envisagé que les États conservent leur plein droit de résilier les traités mais en étendant la protection des investisseurs sur une période qui leur permettra de recouvrer les investissements réalisés. Cette période est habituellement d'une durée de 10 à 15 ans et dans des cas rares, elle peut atteindre 20 ans. En outre, afin d'assurer la sécurité juridique au cours de la modification ou la résiliation des traités bilatéraux d'investissement, un délai minimum de préavis, de 6 à 12 mois, doit être obligatoirement respecté¹⁸.

La spécificité des traités bilatéraux d'investissement se manifeste également par rapport à l'interprétation des traités. Un certain nombre de tribunaux d'arbitrage estiment que les traités d'investissement doivent être interprétés conformément aux règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui reflètent le droit international coutumier¹⁹, à savoir : l'interprétation doit d'abord respecter la volonté des États contractants, reflétée dans les dispositions des traités, compte tenu des termes utilisés et des définitions données dans les traités. Ce point de vue a souvent fait l'objet d'une attaque menée par les parties au litige d'arbitrage avec l'argument que les règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités accordent dans l'interprétation la priorité aux intérêts de l'État-hôte au détriment de l'intérêt de l'investisseur étranger. Cependant, à l'exception de quelques cas isolés, ce point de vue n'a pas été adopté par les tribunaux d'arbitrage. Selon eux, les dispositions des articles 31-33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités contiennent une

¹⁶ Ibid. para 337

¹⁷ T. GAZZINI, "Bilateral investment treaties", op.cit. p.20

¹⁸ Ibid. p. 21

¹⁹ UNCITRAL, *Saluka v. Czech Republic*, op.cit, para 296; ICSID, Sentence de 11 octobre 2002, aff. ARB(AF)/99/2 (NAFTA), *Mondev International Ltd. v. United States*, para. 43; ICSID, Sentence de 9 novembre 2004, aff. ARB/02/13, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Jordan*, para 75; ICSID, *Plama v. Bulgaria*, op.cit, para 117;

approche équilibrée prenant en compte à la fois les intérêts des États contractants et, dans une large mesure, l'intérêt des entités juridiques jouissant des droits conférés par les traités bilatéraux d'investissement²⁰. Ainsi, par exemple, dans son arrêt *Tunari v. Bolivie* le tribunal d'arbitrage accepte que :

« [i]nterpretation under Article 31 of the Vienna Convention is a process of progressive encirclement where the interpreter starts under the general rule with (1) the ordinary meaning of the terms of the treaty, (2) in their context and (3) in light of the treaty's object and purpose, and by cycling through this three step inquiry iteratively closes in upon the proper interpretation »²¹.

Indépendamment du fait que la pratique accepte actuellement l'applicabilité inconditionnelle de la Convention de Vienne sur les traités par rapport à l'interprétation sans la soumettre à un examen critique, il ne faut pas oublier que les dispositions des articles 31-33 de ladite Convention ne révèlent pas certaines faiblesses qui imposent la nécessité d'introduire des mécanismes de correction déterminés par les tribunaux d'arbitrage. Ainsi, par exemple, l'art. 31 de la Convention de Vienne est entièrement construit sur la présomption de l'existence d'une cohérence inhérente entre les différents éléments de l'analyse mais la norme ne contient pas de consignes concernant la manière dont ladite disposition dans le traité bilatéral d'investissement doit être interprétée lorsque les différents éléments sont en concurrence et ils ont, eux-mêmes, besoin d'une interprétation supplémentaire. L'arrêt *Tokios Tokelés v. Ukraine*²² est susceptible de fournir un exemple des problèmes que cette restriction de l'art. 31 puisse poser.

Ce dernier élément caractéristique des traités bilatéraux d'investissement est lié au système de règlement des différends découlant de l'application des traités. Traditionnellement, les investisseurs étrangers peuvent s'adresser pour la protection de leurs droits aux juridictions nationales de l'État-hôte, ou bien aux autorités de

²⁰ M. FITZMAURICE, „Dynamic (Evolutive) Interpretation“, 21th Hague Yearbook of International Law, 2008, p.101; T.W. WALDE, „Interpreting Investment Treaties: Experiences and Examples“, in C. BINDER et al, *International Investment Law for the 21th Century. Essays in Honour of C. Schreuer* Oxford, Oxford University Press, 2009, p.746

²¹ ICSID, Décision à l'objection sur la compétence de 21 Octobre 2005, aff. ARB/02/3, *Aguas del Tunari S.A. v. Bolivia*, para 91

²² ICSID, Sentence de 29 avril 2004, aff. ARB/02/18, *Tokios Tokelés v. Ukraine*

l'État d'origine pour obtenir une protection diplomatique. Pour diverses raisons, aucun de ces procédés utilisés dans le passé n'offre actuellement aux investisseurs étrangers la protection nécessaire et suffisante. D'une part, les tribunaux nationaux ne peuvent pas toujours rendre leurs arrêts assez rapidement et ce qui est plus important – d'une manière indépendante, et, d'autre part, la protection diplomatique étant fonction de l'action politique du gouvernement de l'État d'envoi, l'investisseur est exposé au risque d'avoir une décision dont les motifs sont politiques. C'est pour ces raisons que les traités bilatéraux d'investissement modernes contiennent un système autonome de règles qui régit les différends entre les parties contractantes ou entre l'une d'entre elles et l'investisseur étranger. La première catégorie de différends peut être résolue soit par la médiation, soit par la négociation, soit par le recours à la cour internationale²³. L'arbitrage d'investissement entre États est relativement rare et dans la majorité des cas, il est *ad hoc*.

En ce qui concerne le deuxième type de différends entre un État contractant et un investisseur étranger, la possibilité de règlement extrajudiciaire du différend par la voie de négociations, de médiation, de consultation ou de conciliation n'est pas exclue ici, non plus. Toutefois, si un tel règlement extrajudiciaire du différend échoue, son règlement peut être soumis aux tribunaux internationaux d'arbitrage. L'importance de l'accès au tribunal d'investissement a été soulignée à maintes reprises et par rapport à l'un d'eux il est explicitement signalé que :

« [t]he creation of ICSID and the adoption of bilateral investment treaties offered to investors assurances that disputes that might flow from their investments would not be subject to the perceived hazards of delays and political pressures of adjudication in national courts. Correspondingly, the prospect of international arbitration was designed to offer to host states freedom from political pressures by governments of the state of which the investor is a national »²⁴.

Les règles pour trancher les litiges entre un investisseur et un État peuvent varier par rapport à la portée du champ d'application mais aussi à l'égard du choix

²³ T. GAZZINI, "Bilateral investment treaties", op.cit. p.26

²⁴ ICSID, Sentence de 17 juin 2005, aff. ARB/03/10, *Gas Natural SDG v Argentina*, paras 29, notes de bas page.

de tribunal d'arbitrage, de la loi applicable, et d'autres questions de procédurales. Certains traités bilatéraux d'investissement désignent explicitement le tribunal d'arbitrage compétent pour résoudre les différends entre les investisseurs et l'État-hôte, tandis que d'autres contiennent une clause de prorogation permettant à l'investisseur étranger de choisir un arbitrage d'investissement précis. Dans les modèles plus anciens de traités bilatéraux d'investissement, une condition procédurale préalable obligatoire pour le recours à l'arbitrage était l'exigence d'une procédure de conciliation préliminaire, mais cette exigence est presque complètement disparue dans les traités bilatéraux d'investissement modernes²⁵. Cette évolution des modèles de traités d'investissement est influencée par la disposition de l'art. 26 de la Convention du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)²⁶. Compte tenu de l'argumentation exposée ci-dessus, on peut conclure que la nature juridique des traités bilatéraux d'investissement leur permet de jouer un rôle important dans le développement et l'encouragement de l'investissement international et de l'intégration économique, mais cette même caractéristique soulève des questions importantes liées à la validité et à l'application de ces traités dans le cadre du droit de l'Union européenne.

Section 2 La validité et l'applicabilité des traités bilatéraux d'investissement

La question de la validité et de l'applicabilité des traités bilatéraux d'investissement dans le contexte du droit de l'Union européenne doit être analysée en deux volets : avant le traité de Lisbonne et après le traité de Lisbonne.

§1 La relation entre les traités bilatéraux d'investissement et l'ordre juridique européen avant le traité de Lisbonne

La structure de l'ordre juridique européen est extrêmement complexe, fondée sur l'interaction entre un système juridique supranational et les systèmes nationaux des États membres²⁷. Dans le cadre de l'intégration européenne, les États membres transfèrent certains de leurs pouvoirs d'autorité et de cette manière permettent à

²⁵ C. SCHREUER, „Travelling the BIT Route – Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road“, *Journal of World Investment & Trade* n°5, 2004 p. 231

²⁶ T. GAZZINI, “Bilateral investment treaties”, op.cit. p.27

²⁷ A.SEMOV, *La système juridique de l'Union européenne*, 2017, p.58

l'Union d'agir à leur place²⁸. En même temps, selon le principe de l'attribution de compétence, l'Union agit uniquement dans les domaines pour lesquels des compétences lui sont dévolues par les États membres²⁹. Dans le cadre des pouvoirs ainsi délimités, l'Union dispose de trois catégories de compétences: exclusives, partagées, et pour appuyer, coordonner ou compléter les actions des États membres. Chacune de ces catégories de compétences se caractérise par une intensité spécifique des pouvoirs d'intervention de l'Union. Dans les domaines de compétence exclusive, seule l'Union peut entreprendre des actions, et les États ne peuvent agir que si l'Union les autorise explicitement. Dans les domaines de compétence partagée, l'Union et les États membres peuvent entreprendre des actions et l'exercice en parallèle de ces compétences s'effectue conformément aux principes de subsidiarité et de proportionnalité. Concernant le troisième type de compétence, les États membres ont conservé leurs pouvoirs, en accordant à l'Union des pouvoirs limités pour déterminer les lignes directrices générales, mais sans possibilité d'adopter des actes juridiquement contraignants³⁰.

Avant l'amendement des traités constitutifs avec la révision de Lisbonne, le TCE prévoyait que les questions concernant les investissements étrangers relevaient d'un domaine de compétence partagée³¹. Le TCE contenait un certain nombre de dispositions relatives aux investissements étrangers. Par exemple, les articles 43 et 48 en rapport avec l'art. 56 du TCE prévoyait le droit d'établissement, et les articles de 56 à 60 du TCE réglaient la libre circulation des capitaux. En complément de ces dispositions, on peut signaler comme pertinentes pour la question examinée les dispositions de l'art. 181 TCE, qui permettent à la CE de conclure des accords avec des pays en développement dans le cadre de la politique commerciale commune, ainsi que l'art. 310 du traité, qui conférait à la Communauté la conclusion de contrats ou d'accords fondés sur le principe de réciprocité. Bien que le TCE contienne des dispositions visant à réglementer les investissements étrangers, dans la mesure où cette matière n'a pas été reconnue en tant que domaine de compétence exclusive, le droit de conclure des traités internationaux d'investissement n'a pas été accordé à la

²⁸ Ibid.

²⁹ J.-P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 8^{ème} ed. Dalloz, Paris, 2015

³⁰ Ibid.

³¹ T. EILMANSBERGER, « Bilateral Investment Treaties and EU Law », CMLR n°46., 2009, p. 387.

Communauté (à l'Union), ces domaines relevaient de la compétence des États membres. Au cours de la période précédant le traité de Lisbonne, les États membres ont largement utilisé ces pouvoirs pour négocier et conclure des traités internationaux d'investissement³². En même temps, l'interaction entre les dispositions des traités internationaux d'investissement et l'ordre juridique européen soulevait un certain nombre de questions pratiques qui mettaient en doute la compatibilité de ces traités avec les règles du droit de l'Union européenne. Compte tenu de l'exhaustivité de l'exposé, il convient de noter que ces problèmes avaient un contexte différent en fonction des traités internationaux d'investissement et plus précisément si ces traités ont été conclus entre deux États membres ou bien entre un État membre et un pays tiers³³.

L'existence de ce type de traités résulte de l'élargissement de l'UE avec les États de l'Europe centrale et orientale. Dans la période comprise entre la fin de la guerre froide et leur adhésion en 2004 et 2007, ces États ont conclu un certain nombre de traités bilatéraux d'investissement avec les États membres de la communauté de cette période, et après leur adhésion à l'UE, tous ces accords se transforment en traités intérieurs (intra-UE). Le nombre de ces traités n'est pas négligeable. Selon des données vers 2010, environ 190 traités intra-UE sont en vigueur³⁴. Des événements récents liés à l'application de ces traités bilatéraux d'investissement ont causé un certain nombre de problèmes concernant l'exécution des obligations des États membres conformément à ces traités et leur compatibilité avec le droit de l'Union européenne.

Un exemple typique dans le cadre de cette problématique peut être trouvé dans la décision arbitrale de l'arrêt *Eastern Sugar v. Czech Republic*³⁵. Il ressort clairement des faits de l'affaire qu'en 1991, la République fédérale tchèque, dans ses tentatives d'attirer des investissements directs étrangers nécessaires pour

³² C. ANDERER, 'Bilateral Investment Treaties and the EU Legal Order: Implications of the Lisbon Treaty', Brooklyn Journal of International Law, Vol. 35, disponible sur <http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1152&context=bjil> (dernière visite 02/09/2017), p.864

³³ Ibid.

³⁴ Country-Specific Lists of BITs, UNCTAD, <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2344&lang=1>

³⁵ UNCITRAL, 27 mars 2007, aff. N°088/2004, *Eastern Sugar BV (Netherlands) v Czech Republic*,

transformer l'économie planifiée en économie basée sur le marché, conclut un traité bilatéral d'investissement avec les Pays-Bas. En 1993, La République tchécoslovaque est divisée en deux États souverains indépendants et la nouvelle République tchèque devient le successeur du traité conclu avec les Pays-Bas. Dix ans après ces événements, en 2003, entre la société néerlandaise et la République tchèque, un différend d'investissement survient. À la fin de la même année, le différend est rapporté à un arbitrage ad hoc de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI /UNCITRAL). L'article 8 de cette convention stipule que chacune des Parties contractantes devrait, en cas de différend, demander un arbitrage qui applique les règles d'arbitrage de CNUDCI. Dans cette même période, en 2004, la République tchèque rejoint l'UE. Ainsi, le traité conclu entre elle et les Pays-Bas devient automatiquement un traité bilatéral d'investissement intra-UE. Au cœur du différend se trouve l'émission de trois décrets de la part des autorités tchèques, qui concernent directement les droits d'*Eastern Sugar* garantis par le traité bilatéral d'investissement. Le tribunal arbitral constate que la République tchèque a violé les règles du traitement juste et équitable (fair and equitable treatment) proclamées dans l'art. 3 de la procédure du traité bilatéral d'investissement³⁶. Cette décision présente un intérêt par rapport au sujet en question, dans la mesure où, dans le cadre de la procédure, la République tchèque soulève la question de la validité de ce traité après son adhésion à l'UE. Selon le représentant tchèque, le fait qu'elle devient un État membre de l'Union européenne modifie essentiellement ses relations avec les Pays-Bas et cela peut être considéré comme une résiliation *de facto* du traité. Ensuite, la République tchèque considère qu'avec son adhésion et sa soumission automatique à l'ordre juridique européen en vigueur, dans ce cas, le droit de l'UE prévaut automatiquement sur le traité et, par conséquent, les dispositions de ce traité devraient être interprétées à la lumière du droit de l'UE. En cas de contradiction constatée, les principes généraux de la mise en œuvre du droit de l'UE devraient être appliqués et l'État membre se voit dans l'obligation de mettre le traité concerné en conformité et, si cela est impossible, de faire résilier le traité. Sur la base de ces quelques arguments, la République tchèque prétend qu'il n'y a pas de traité bilatéral d'investissement valide et, par conséquent,

³⁶ Ibid.p.112

le tribunal arbitral n'a pas de compétence pour régler le différend. Le tribunal arbitral rejette les arguments avancés par la République tchèque, en se motivant que ni l'accord d'association, ni le traité d'adhésion, par lequel la République tchèque devient membre de l'UE, prévoient explicitement la résiliation du traité bilatéral d'investissement. Ensuite, il n'y a aucune disposition dans le traité bilatéral d'investissement lui-même indiquant qu'il cessera d'être en vigueur dès que les deux parties seront simultanément des États membres l'UE³⁷.

En outre de ces apparences de motifs, le tribunal d'arbitrage va un peu plus loin, en analysant les relations entre le traité bilatéral d'investissement et le droit de l'UE, en particulier le TCE, sous l'optique de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Selon l'art. 42 de la Convention, l'extinction d'un traité, sa dénonciation ne peuvent avoir lieu qu'en application des dispositions du traité, formulées explicitement et en leur absence, selon les règles générale de la Convention. Une règle similaire concernant les conditions d'extinction du traité international peut être trouver dans l'art. 59 de la CVDT, et selon la disposition citée pour qu'un traité international soit considéré comme ayant pris fin, l'une des trois conditions suivantes doit être remplie: (1) que toutes les parties au traité ont conclu ultérieurement un autre traité portant sur la même matière; (2) qu'il ressort explicitement du traité postérieur que selon l'intention des parties, la matière (les relations publiques) doit être régie par ce même traité signé ultérieurement; (3) que les dispositions du traité postérieur sont incompatibles avec celles du traité antérieur à tel point qu'il est impossible d'appliquer les deux traités en même temps.

Après avoir analysé cette disposition, les arbitres concluent qu'aucune de ces conditions n'est remplie en l'espèce et, par conséquent, il existe un traité international valablement conclu qui n'est pas automatiquement résilié avec l'adhésion de la République tchèque à l'UE³⁸. Dans son arrêt, la Cour ne rejette pas entièrement

³⁷ Agreement on Encouragement of Reciprocal Protection of Investments Between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic, art. 13(2) *“Unless notice of termination has been given by either Contracting Party at least six months before the date of the expiry of its validity, the present Agreement shall be extended tacitly for periods of ten years, each Contracting Party reserving the right to terminate the Agreement upon notice of at least six months before the date of expiry of the current period of validity”*

³⁸ UNCITRAL, 27 mars 2007, aff. N°088/2004, *Eastern Sugar BV (Netherlands) v Czech Republic*, par.112

l'argument de la République tchèque qu'avec l'adhésion de l'État à l'UE un autre ordre juridique prend effet par rapport à cet État, qui lui impose l'obligation de ne pas adopter d'actes conduisant à une contradiction entre l'ordre juridique national et européen, et de mettre en conformité avec le droit de l'UE les traités internationaux qui se trouveraient en contradiction avec le DUE et, si cela n'est pas possible, de mettre fin à ces traités. Cependant, selon les arbitres, cela devrait être fait avec une stricte observation des règles du droit international public relatives à l'amendement et à la résiliation des traités internationaux. La Commission européenne, en partageant un point de vue similaire, a pris des mesures pour faire pression sur les États membres pour faire résilier ou renégocier leurs traités bilatéraux d'investissement intra-UE, afin de se conformer aux règles de l'UE.

L'approche utilisée par la Commission européenne par rapport aux traités bilatéraux d'investissement extra-UE est semblable, mais il est également nécessaire d'apporter certaines précisions liées à ce traité bilatéral d'investissement, en ce qui concerne l'application de l'art. 307 du TCE. Selon l'art. 307, par. 2 du TCE, les États membres auraient dû prendre les mesures nécessaires pour éliminer les contradictions entre leurs obligations contractuelles vis-à-vis des pays tiers et leurs obligations conformément aux traités constitutifs³⁹. En même temps, l'art. 307, par. 1 du TCE prévoit que tous les droits et obligations découlant des traités qui ont été conclus par les États membres avant leur adhésion ne devraient pas être affectés par l'application du droit de l'UE.

§2 Interaction entre les traités bilatéraux d'investissement et le droit de l'UE après le traité de Lisbonne

La révision du traité de Lisbonne entraîne des changements importants dans le domaine de l'investissement direct étranger. Après des années de débats, le traité de Lisbonne a étendu la portée de la compétence de l'UE dans le domaine de la politique commerciale commune, qui est déjà explicitement mentionnée parmi les compétences exclusives de l'UE. Après 2009, la politique commerciale commune comprend déjà des aspects de la propriété intellectuelle, des innovations et des investissements étrangers directs. Après le traité de Lisbonne, le terme

³⁹CJCE, Arrêt de 2009, aff. C-205/06, *European Commission v. Republic of Austria* et CJCE, Arrêt de 2009, aff. C-249/06, *European Commission v. Republic of Sweden*

d'«investissement direct étranger» est pour la première fois utilisé explicitement dans les traités constitutifs mais sans que ce terme soit défini, ce qui crée certaines confusions dans l'analyse du champ d'application des normes des articles 206 et 207 du TFEU. Ne rien laisser dans l'imprécision est essentiel pour déterminer les limites de la compétence de l'UE et des États membres dans le domaine de la promotion de l'investissement. En d'autres termes, malgré la nouvelle rédaction du TFUE, il existe la confusion subsiste en ce qui concerne la portée exacte des compétences exclusives de l'Union en matière d'investissement étranger, s'agit-il uniquement de la libéralisation des investissements directs étrangers, ou bien la libéralisation, la protection et la promotion de ces investissements sont aussi concernées⁴⁰. L'article 207 du TFUE ne définit pas avec précision les limites de la compétence de l'Union en ce qui concerne l'investissement direct étranger, ce qui crée la possibilité de donner des interprétations assez variées voire contradictoires dans certains cas⁴¹. Selon le professeur Woolcock, l'article 207 confère à l'Union, seule, la compétence par rapport à la libéralisation des investissements, ce qui signifie que l'UE peut négocier ou conclure des accords internationaux qui définissent le cadre général mais n'assure pas la protection des investissements étrangers une fois entrés sur le territoire de l'Etat membre⁴². Ce sont ceux derniers qui devraient garantir et promouvoir les investissements directs étrangers, en conclurant à cette fin des traités bilatéraux d'investissement. Cependant, d'autres auteurs, comme la CE, interprètent cette disposition beaucoup plus largement et, à leur avis, elle se rapporte également à la libéralisation des investissements directs étrangers et à leur protection. Selon une telle interprétation, les États membres ne pourront plus négocier et conclure des traités bilatéraux d'investissement. Il ressort clairement de ce qui est exposé ci-dessus que ces deux interprétations contraires de la disposition ne contribuent pas à surmonter les imprécisions par rapport au champ d'application de la disposition, ce qui impose de s'adresser obligatoirement à la CJUE pour une interprétation, afin d'assurer la sécurité juridique. L'UE devrait procéder de manière pragmatique concernant cette question. Si elle acceptait la première interprétation plus étroite de

⁴⁰ S. WOOLCOCK, « The Potential Impact of the Lisbon Treaty on European Union External Trade Policy », *Swedish institut for european policy analysis*, June 2008

⁴¹ Ibid. p.4

⁴² Ibid.

l'art. 207, cela compromettrait la réalisation des objectifs poursuivis avec l'inclusion des investissements directs étrangers dans le cadre de la politique commerciale commune. C'est comme cela parce que l'UE continuera à chercher des solutions pour les contradictions et les incohérences qui surgiront à la suite du fonctionnement d'un système d'accords internationaux qui sont aussi européens et nationaux. D'autre part, si l'UE adoptait une interprétation plus large de la disposition de l'art. 207, cela entraînerait de graves bouleversements dans le système de garantie des investissements directs étrangers dans les États membres, ce qui, même s'il est surmonté à moyen terme, aurait des répercussions économiques majeures, tant pour les États eux-mêmes que pour l'ensemble de l'UE.

Afin de surmonter ces problèmes, l'UE devrait adopter des interprétations plus larges, mais dans l'exercice de sa compétence exclusive, les États membres doivent participer activement au système de garantie des investissements étrangers⁴³. Le droit de l'UE n'exclut pas une telle possibilité, au contraire même, selon la jurisprudence de la CJUE dans l'arrêt *Donkerwolcke v. Procureur de la République*⁴⁴, même lorsque l'UE exerce une compétence exclusive dans un domaine, elle peut habiliter les États membres à agir dans ce même domaine de compétence exclusive de la part de l'Union. L'UE pourrait autoriser les États membres à continuer à négocier et à conclure des traités bilatéraux d'investissement, mais avec une stricte observation de certains paramètres communs, en évitant ainsi les contradictions dans le système des accords. La rédaction du TFEU après 2009, ne pose pas de questions concernant seulement et uniquement les futurs traités bilatéraux d'investissement, mais aussi par rapport au statut juridique des accords d'incitation aux investissements déjà conclus par les États membres. Comme il a été déjà noté, l'ancien art. 307, par. 2 du TCE prévoyait une obligation pour les États membres de prendre toutes les mesures appropriées pour surmonter les contradictions entre leurs relations contractuelles avec des pays tiers et les engagements découlant des traités constitutifs. L'art. 351 du TFUE a littéralement

⁴³ C.SERAGLINI, J.ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien, 2013, M-E. ANCEL, P.DEUMIER, M. LAAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, Paris, Dalloz, 2017

⁴⁴ CJCE, 15 December 1976, Aff. 41/76, *Suzanne Criel, née Donckerwolcke and Henri Schou v Procureur de la République au tribunal de grande instance de Lille and Director General of Customs*, Rec. 1976, p. 01921

reproduit la disposition susmentionnée, ce qui signifie que les États membres pour assurer la satisfaction à l'obligation qui en découle, doivent, soit mettre fin au traité bilatéral d'investissement, soit le modifier essentiellement. Cependant, ceci est en contradiction avec le droit international coutumier et les dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Selon l'art. 27 de ladite Convention, les parties contractantes ne peuvent pas se référer aux dispositions de leur droit interne pour justifier le non-respect des traités. Selon l'art. 42 de la Convention, la résiliation du traité est entièrement dans le pouvoir discrétionnaire des parties contractantes et peut résulter de l'application des dispositions du traité concret ou conformément aux règles de la CVDT⁴⁵. Par conséquent, les dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités limitent la capacité de l'UE à obliger les États membres à mettre fin à leur traités bilatéraux d'investissement. Tout cela conduit à la conclusion que, pour que les États membres puissent remplir l'obligation prévue à l'art. 351 du TFUE, il est nécessaire que les institutions de l'UE adoptent une politique d'application souple du droit de l'UE avec un renforcement progressif de la compétence de l'UE dans le domaine de l'investissement direct étranger. Dans cette politique de flexibilité, un rôle de premier plan devrait être joué par la CE à laquelle les traités constitutifs imposent le droit et le devoir de fournir une assistance complète et nécessaire aux États membres dans la conclusion de leurs traités internationaux ou bien dans l'amendement en vue de leur cohérence.

⁴⁵ P.-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, op.cit.

Chapitre II

Application de droit de l'Union européenne dans les procédures arbitrales, liées à l'inexécution de TBI

Le contenu du droit de l'UE et celui du droit des investissements internationaux ne sont pas les mêmes, bien que la portée d'application des deux systèmes juridiques soit partiellement interconnectée.

Indépendamment de cela, l'arbitrage commercial international et le droit de l'UE peuvent interagir entre eux par beaucoup de moyens et cela peut conduire à des incohérences potentielles. En fait, ces conflits sont inévitables au même niveau en raison de la nature du processus d'intégration européenne effectué par l'UE et du rôle joué par la création d'un espace européen de justice pour résoudre les litiges civils et commerciaux.

L'arbitrage, d'autre part, comprend d'attribuer aux parties le pouvoir de se retirer des litiges devant les tribunaux des États membres, en transférant de cette manière leurs pouvoirs à des sujets opérant en dehors de l'ordre juridique européen mentionné ci-dessus. L'arbitrage peut donc faciliter les objectifs de l'UE d'assurer l'accès à une justice efficace et un règlement de litiges, mais il peut aussi entraver les objectifs de l'UE d'harmoniser et de garantir l'application de droit matériel concret.

Par conséquent, la question de la relation correcte entre le droit de l'UE et l'arbitrage commercial est d'une importance primordiale. L'impact excessif du droit de l'UE sur l'arbitrage commercial ébranlera l'utilité d'un mécanisme important de règlement de différends, qui s'avère d'un grand bénéfice pour le monde des affaires européen. Cependant, l'inverse risquerait de permettre l'utilisation de l'arbitrage dans certaines situations en tant que moyen d'éviter d'autres restrictions applicables qui sont considérées comme importantes pour le bon fonctionnement de l'UE. C'est dans la section suivante que l'analyse se focalisera sur certains de ces domaines de conflits potentiels entre le droit de l'UE et l'arbitrage.

Section 1 Le droit de l'Union européenne comme loi applicable

L'un des principaux arguments à l'appui de la thèse de l'incompatibilité entre le système européen et le système international d'arbitrage d'investissement est que les tribunaux d'investissement ne sont pas obligés de se conformer au droit de l'UE même s'ils règlent des différends dont l'objet est englobé par le droit de l'UE. En ce qui concerne le problème avec le droit applicable, il faut noter que la jurisprudence dans le domaine de l'arbitrage des investissements n'est pas conséquente. D'une part, dans *AES v. la Hongrie*⁴⁶, le tribunal a arrêté que dans un litige d'investissement, le droit de l'UE peut être considéré comme un fait, en affirmant qu'un État ne peut pas se référer à sa législation nationale pour justifier des violations présumées de ses obligations internationales.

D'autre part, dans son arrêt *Electrabel v. la Hongrie*⁴⁷, le tribunal arbitral affirme que le droit de l'UE lie les arbitres dans les procédures d'investissement internationales, en raison de son caractère juridique international. Dans son jugement *Eureko BV v. la République slovaque*⁴⁸, le tribunal a arrêté que le droit de l'UE peut faire partie du droit applicable dans un différend d'investissement international, dans la mesure où le traité bilatéral d'investissement respectif prévoit l'application de la législation en vigueur dans l'État-hôte ou lorsque l'arbitrage se trouve dans un État membre.

Par conséquent, selon l'affaire *Eureko*, le droit de l'UE peut donc être applicable non pas parce qu'il fait partie du droit international public, mais parce qu'il fait partie du système juridique de l'État-hôte, ce qui peut être pertinent dans deux cas: 1. si le traité bilatéral d'investissement déclare que le tribunal doit décider également sur la base de la législation en vigueur dans l'État contractant impliqué dans la procédure; 2. si le droit de l'UE fait partie de *lex loci arbitri*, compte tenu du fait que l'arbitrage est saisi dans un État membre.

⁴⁶ ICSID, Sentence du 23 Septembre 2010, Aff. No. ARB/07/22, AES SUMMIT GENERATION LIMITED AES-TISZA ERŐMŰ KFT v. THE REPUBLIC OF HUNGARY

⁴⁷ ICSID, Sentence du 25 novembre 2015, aff. No. ARB/07/19, Electrabel S.A. (Belgium) v. Republic of Hungary

⁴⁸ UNCITRAL, 26 Octobre 2010, aff. No 2008-13, *Eureko BV v Slovak Republic*

Si l'on admet que le droit de l'UE doit être considéré comme applicable par un tribunal international d'arbitrage, un problème supplémentaire avec la compatibilité apparaît par rapport aux conditions de la procédure du renvoi préjudiciel. Conformément à l'article 267 du TFUE, la Cour de justice de l'Union européenne se porte garante de l'application conséquente du droit de l'UE, en aidant les tribunaux des États membres dans leur obligation d'interpréter le système des décisions préjudicielles.

Comme il est précisé par rapport à l'affaire *Nordsee*⁴⁹, les tribunaux arbitraux ne peuvent pas être considérés comme des tribunaux d'un État membre et ne peuvent pas donc soumettre à la Cour de justice une demande de décision préjudicielle. Par conséquent, même si on accepte que les tribunaux d'investissement ont le devoir d'appliquer le droit de l'UE, on peut affirmer que les traités bilatéraux d'investissement dans le cadre de l'UE sont incompatibles avec ce droit parce qu'ils prévoient un mécanisme de règlement des différends qui contredit l'article 267 du TFUE. En d'autres termes, dans l'ordre juridique européen, la concertation dans l'interprétation et l'application du droit de l'UE est assurée par les tribunaux des États membres et leur interaction avec la Cour de justice de l'Union européenne.

On affirme également que les tribunaux d'investissement au sein de l'UE ne sont pas compatibles eux aussi avec le droit de l'UE, dans la mesure où ils appliquent le droit de l'UE en dehors du système européen des tribunaux. On peut constater qu'un tel argument est fondé en droit dans l'article 344 du TFUE, en vertu duquel les États membres s'engagent à ne soumettre aucun différend concernant l'interprétation ou l'application de traités pour d'autres moyens de règlement différents de ceux qui y sont prévus. Selon cette argumentation, l'autorisation d'arbitrage d'investissement entre deux États membres équivaldrait l'investissement dans des institutions privées d'arbitrage, ayant le pouvoir d'interpréter et d'appliquer les traités de l'UE. Dans cette optique, les traités internationaux seraient en contradiction avec l'article 344 du TFUE.

⁴⁹ CJCE, 23 March 1982, Aff. 102/81, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG*, Rec. 1982, p. 01095

Les arguments susmentionnés ont été avancés par la République slovaque dans la contestation de l'arrêt *Eureka* devant le tribunal régional supérieur de Francfort (Frankfurt Oberlandesgericht)⁵⁰. Dans le cadre de la procédure, la Slovaquie a soutenu que le tribunal d'arbitrage n'était pas compétent, en ce qui concerne la prétendue incompatibilité entre le droit du traité bilatéral d'investissement et le droit de l'UE, mais les arguments ont été rejetés par le tribunal dans sa décision de 2012. Le tribunal de Francfort a statué que le traité bilatéral d'investissement néerlandais-slovaque contenait une clause d'arbitrage en vigueur, conformément au droit allemand (§ 1029 ZPO) et que cette clause ne violait pas l'article 344 du TFUE. Le tribunal signale à cet égard, que l'article 344 s'applique uniquement aux différends entre deux États membres, alors qu'en l'espèce, seule une des parties à l'arbitrage est un État membre de l'UE et l'autre est un investisseur privé⁵¹. Toutefois, la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE ne contient pas d'indications claires sur l'applicabilité de l'article 344 à l'arbitrage d'investissement. Et comme cela a été confirmé par rapport à l'affaire *Mox Plant*⁵², la disposition concerne uniquement les litiges interétatiques et ne s'applique pas aux litiges entre personnes physiques.

En outre, la Cour a arrêté : bien que la CJUE fournisse des indications sur l'interprétation du droit de l'UE, il n'est pas obligatoire de lui soumettre toutes les questions d'interprétation du droit de l'UE. La conclusion de la Cour dans l'affaire *EcoSwiss*⁵³ à cet égard est que le tribunal d'arbitrage a le pouvoir d'appliquer le droit de l'UE en toute autonomie. Si la sentence arbitrale viole le droit de l'UE et sa mauvaise application constitue une violation de l'ordre juridique européen, la révision du procès sera possible dans la procédure d'exécution de l'arrêt. En outre, la Cour a arrêté que l'impossibilité de demander une décision préjudicielle peut être compensée par les juridictions nationales qui pourraient se référer à la Cour de justice

⁵⁰ Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Décision du 10 Mai 2012, Aff. No. 26 SchH 11/10, Achmea B.V. v. The Slovak Republic, disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0931.pdf> (dernière visite 02/09/2017)

⁵¹ K. V. PAPP, „Clash of “Autonomous Legal Orders”: Can EU Member State Courts Bridge the Jurisdictional Divide Between Investment Tribunals and the ECJ? A Plea for Direct Referral from Investment Tribunals to the ECJ” CMLR, 2013, n°50, p. 1039

⁵² CJCE, 30 mai 2006, Aff. C-459/03, *Mox Plant*, Rec. 2006, I-4635, paras. 80-139

⁵³ CJCE, 1 June 1999, Aff. C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*, Rec. 1999, p. I-03055

des Communautés européennes de la part du tribunal arbitral dans leur rôle de juge d'appui.

En conclusion, la Cour régionale supérieure de Francfort a rejeté l'argument selon lequel les traités bilatéraux d'investissement dans le cadre de l'UE ne sont plus valides, en raison de leur incompatibilité avec la législation de l'UE. Toutefois, il serait faux de tirer des conclusions très générales d'une telle décision. Il convient, en effet, d'accepter que l'un des principaux arguments du tribunal est la participation éventuelle des tribunaux des États membres qui peuvent déposer une demande de décision préjudicielle de la part du tribunal lors de la procédure d'arbitrage ou bien refuser d'exécuter la décision en vertu de l'ordre juridique européen. Cependant, tandis que l'affaire *Eureko* était un arbitrage spécial selon la Commission des Nations unies pour le Droit commercial international (CNUDCI ou bien UNCITRAL), le cadre juridique a considérablement changé dans les procédures de la Convention CIRDI (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements ou ICSID). En particulier, en vertu de la Convention CIRDI les juridictions nationales n'ont pas la possibilité de participer à la procédure d'arbitrage en tant que juge d'appui ou bien à la procédure d'exécution. Compte tenu de la nature autonome de l'arbitrage en vertu du CIRDI, les arguments de la Cour régionale supérieure de Francfort de l'arrêt *Eureko* sont susceptibles de ne pas être appliqués. Par conséquent, la question de la validité des traités bilatéraux d'investissement dans le cadre de l'UE est encore très controversée⁵⁴.

La CJUE n'impose pas à l'arbitre une obligation de soulever la question d'une violation éventuelle du droit communautaire dans le domaine de la concurrence, mais la sentence arbitrale peut devenir inapplicable si l'arbitre ignore les questions liées à la législation dans le domaine de la concurrence dans le processus décisionnel.

En conclusion, cela signifie que l'arbitre est tenu d'appliquer *ex officio* le droit de l'UE dans les cas où la sentence arbitrale peut être exécutée sur le territoire des États membres de l'UE. En effet, si l'arbitre n'applique pas le droit de l'UE, il risque d'annuler la sentence arbitrale. La juridiction nationale de l'État membre de l'UE doit

⁵⁴ E. BOHM, M.MOTAABBED, „Investment Arbitration, the European Union and the Unloved European BITs of its Member States », *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2014 p. 371

considérer la non-application du droit de l'UE comme une violation de la règle de l'ordre publique⁵⁵.

Section 2 La possibilité de la Commission d'agir en tant que *amicus curiae*

La CE participe activement et passivement aux procédures d'arbitrage des différends internationaux en matière d'investissement, en vertu du principe de l'application correcte et uniforme du droit de l'UE, c'est-à-dire non seulement à la suite d'une demande du tribunal d'arbitrage, mais aussi de sa propre initiative⁵⁶. Ce rôle proactif de la CE fait partie de sa stratégie consistant à « éradiquer » près de 200 traités bilatéraux d'investissement en vigueur entre les États membres de l'UE⁵⁷. Il est essentiel de souligner que les participants agissant comme *amicus curiae* dans les procédures sont différents des parties au différend, des tiers qui n'ont pas le droit d'intervenir dans le différend, mais ils peuvent seulement proposer une solution au différend, selon leurs propres points de vue. Une partie agissant à titre de *amicus curiae* est une personne qui participe aux procédures d'arbitrage pour aider le tribunal dans le processus décisionnel, en offrant un domaine d'expertise spécifique.

La raison fondée en droit de la participation de la CE à titre de *amicus curiae* est une question de discussion dans la doctrine et la pratique. Par exemple, dans l'affaire *Eureko v. Slovak Republic* le demandeur s'oppose à la proposition d'inviter la CE à la procédure avec le motif que

« cela entraînerait des retards et des dépenses supplémentaires et ne pourrait en aucun cas être pertinent ou décisif par rapport au jugement de l'arbitrage de sa juridiction en vertu de l'article 8 du traité bilatéral d'investissement »⁵⁸.

⁵⁵ G.BLANKE, « The Role of EC Competition Law in International Arbitration - A Plaidoyer », EBLR, vol. 16 (1), 2005 p. 175

⁵⁶ E. LEVINE, 'Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation', Berkeley Journal of International Law, Vol. 29, Issue 1, 2011, disponible sur <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1402&context=bjil> , (dernière visite 02/09/2017), p.200

⁵⁷ M.A. NOGALES, 'The Role of the European Union in intra-EU investment arbitration: the end of private dispute resolution in Europe?', Mémoire, Erasmus University of Rotterdam, 2016, p.10

⁵⁸ UNCITRAL, 26 Octobre 2010, aff. No 2008-13, *Eureko BV v Slovak Republic*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, para 152

Les investisseurs affirment que le tribunal d'arbitrage n'a pas le pouvoir d'inviter la CE à participer à la procédure d'arbitrage, arguant qu'une participation éventuelle de la CE augmenterait les dépenses et les retards, que cette implication imposerait aux parties, car le tribunal arbitral devra arrêter les procédures, jusqu'à ce qu'une note de la part de la Commission européenne (« *amicus brief* ») soit présentée. Toutefois, l'arbitrage en vertu de la Convention CIRDI dans l'article 37 par.2, ainsi que les Règles de transparence de la CNUDCI, ont reconnu la compétence du tribunal arbitral pour permettre la participation des parties qui ne participent pas au différend au cours de la procédure⁵⁹. Par conséquent, il apparaît à première vue que toute partie intéressée (y compris la Commission européenne) a le droit légitime de demander à participer aux procédures, et le tribunal arbitral, compte tenu des faits et des questions juridiques discutées, doit décider si la participation de la Commission européenne à titre de *amicus curiae* peut être considérée comme nécessaire.

La participation de tiers dans la procédure d'arbitrage peut avoir lieu soit par une demande écrite du tiers adressée au tribunal d'arbitrage dans laquelle la partie présente les motifs sur lesquels il fonde son droit de participation en tant que *amicus curiae*, soit en vertu d'une demande de la part du tribunal arbitral adressée au tiers potentiel. Dans la plupart des procédures d'arbitrage dans le cadre de l'UE, la Commission a demandé de participer, mais il existe également des cas où le tribunal d'arbitrage, à la demande de l'Etat défendeur, invite la CE à exprimer son point de vue⁶⁰.

Une personnalité qui n'est pas protagonistes ou partie prenante d'un litige en matière d'investissement a le droit de demander à être constituée comme *amicus curiae* s'il a un intérêt important du règlement du différend. Ceci est explicitement prévu dans les règles du CIRDI, dans l'art. 37, par. 2⁶¹. L'analyse de la disposition susmentionnée montre que, pour qu'un tiers puisse participer à la procédure à titre de *amicus curiae*, plusieurs conditions devraient être remplies. Premièrement,

⁵⁹ E. LEVINE, 'Amicus Curiae in International Investment Arbitration:... op.cit. p.206

⁶⁰ M.A. NOGALES, 'The Role of the European Union in intra-EU investment arbitration: the end of private dispute resolution in Europe...op.cit. p. 21

⁶¹ C. KNAHR, 'The New Rules On Participation Of Non-Disputing Parties In ICSID Arbitration: Blessing Or Curse?', *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2011, p., 333

prouver l'existence d'un intérêt spécifique qui est affecté par le différend devant le tribunal arbitral. Deuxièmement, faire la demande nécessaire à l'arbitrage pour la constitution de la partie précisément en tant que *amicus curiae*. La conception comprend tout individu ou organisation qui n'a aucun intérêt direct dans le conflit et n'agit pas à titre personnel mais souhaite représenter des individus ou des groupes qui ne peuvent pas se représenter eux-mêmes et qui peuvent être affectés par la décision du tribunal arbitral. De ce point de vue, l'intérêt poursuivi par la CE est objectivement différent par nature de celui des acteurs traditionnels tels que les ONG et les groupes de citoyens⁶². Par conséquent, la CE est l'*amicus curiae* atypique. Toutefois, tant que l'UE n'est pas partie à Convention CIRDI, elle ne peut pas participer aux procès, en tant que partie aux procédures devant les tribunaux du CIRDI. Toutefois, lorsque le litige en matière d'investissement soulève des problèmes du champ d'application du droit de l'UE, et surtout lorsque le défendeur est un État membre de l'UE, ce dernier revêt une importance fondamentale pour l'Union, alors le seul mécanisme de procédure dont disposent les institutions européennes pour que leur avis soit entendu par les tribunaux arbitraux c'est de recourir à l'institut *amicus curiae* et de demander au tribunal de se constituer en tant que tel⁶³.

De ce point de vue, l'institution la plus appropriée qui est susceptible de participer à ces procédures c'est la CE. C'est parce qu'elle remplit trois fonctions clés qui pouvaient déterminer l'existence d'un intérêt significatif, à savoir: c'est un moteur de l'intégration, un gardien des traités et l'une des principales agences exécutives de l'UE. C'est la deuxième fonction qui exige que la CE agisse de manière proactive pour s'assurer, conjointement avec la Cour, que le droit de l'UE sera appliqué et respecté partout dans l'Union dans les mêmes conditions. Par conséquent, l'intérêt que la CE peut poursuivre dans les procédures d'arbitrage international en matière d'investissement est lié à la clarification de la portée et du contenu de cette partie du droit de l'UE qui est définie comme droit applicable au différend particulier.

⁶² F.D. SIMÕES, 'A guardian and a friend? The European Commission's participation in investment arbitration', Michigan state international review, Vol. 25, Iss. 2, 2017, pp. 233-303, disponible sur <http://digitalcommons.law.msu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1219&context=ilr> , (dernière visite 02/09/2017) p.264

⁶³ Ibid.

Il est clair que l'UE a un intérêt juridique direct de l'issue du différend. Si l'arbitrage est effectué conformément aux règles du CIRDI, la Commission européenne a toujours invoqué son droit de participer en vertu de l'article 37, par 2. En outre, comme le précédent dans l'arbitrage relatif à l'investissement a un certain poids reconnu par les tribunaux arbitraux, le fait que la participation de la CE aux cas antérieurs dans le cadre de l'UE a déjà été autorisée par d'autres tribunaux arbitraux renforce considérablement la position de la Commission lorsqu'elle présente une demande de participation. En second lieu, la Commission fait référence au fait que toutes les personnes physiques et morales impliquées dans ledit arbitrage sont soumises et liées par le droit de l'Union européenne et doivent donc respecter la primauté du droit de l'UE en tant que autonomie de son système judiciaire. En tant que «gardien des traités», la Commission doit veiller à ce que les États membres de l'UE respectent leurs obligations en vertu du droit de l'UE, même lorsqu'ils sont confrontés à des procédures d'arbitrage. Dans ce contexte, la Commission se réfère à l'article 17 du TCE et à l'article 335 du TFUE dont les dispositions lui confèrent le statut de représentant extérieur de l'Union européenne et, dans ce rôle, la Commission participe à des procédures d'arbitrage dans le domaine de l'investissement⁶⁴.

Il est nécessaire de noter que, à quelques exceptions près, la CE participe et a participé à des procédures d'arbitrage en tant que *amicus curiae* après qu'un État membre défendeur avait soulevé une objection à la compétence dans le cadre de l'UE. Cette objection est soutenue par la Commission dans ses remarques, car la compétence du tribunal arbitral est considérée comme une question liée au droit de l'UE. En agissant dans le rôle d'*amicus curiae*, comme il est mentionné dans l'article 37 par. 2 du CIRDI,

« aider le tribunal arbitral à régler le différend, en donnant une perspective différente de celle donnée par les parties, en soumettant une note brève écrite (un amicus brief) »,

⁶⁴ M.A. NOGALES, 'The Role of the European Union in intra-EU investment arbitration: the end of private dispute resolution in Europe...op.cit. p. 20

il n'est pas clair si le droit conféré par cette disposition comporte une présentation substantielles et/ou de nature procédurale.

Il existe de doutes sérieux concernant la compatibilité de l'avis d'*amicus curiae* avec le rôle de la coopération énoncée dans l'article 11, paragraphe 1, point b), du Règlement 1219/2012⁶⁵. Tout d'abord, *amicus curiae* devrait, en principe, être indépendant des deux parties et disposé à intervenir dans le seul but d'aider le tribunal arbitral à comprendre certaines questions liées à l'objet du litige⁶⁶. De ce point de vue, le devoir de coopération entre la Commission et l'État membre défendeur ne semble pas compatible avec l'impartialité du rôle de *amicus curiae*, qui ne doit pas soutenir ouvertement l'une des stratégies des parties. En outre, compte tenu du caractère confidentiel de l'arbitrage, la participation de *amicus curiae* dans les procédures d'arbitrage se limite habituellement à la soumission d'une note relativement brève au tribunal et l'accès aux audiences n'est autorisé qu'avec le consentement de toutes les parties au différend. En ce sens, il n'est pas clair comment la Commission peut-elle, en même temps, être directement impliquée en tant que *amicus curiae* dans l'arbitrage des traités bilatéraux d'investissement en dehors de l'UE et coopérer avec l'État membre défendeur pour assurer une protection efficace⁶⁷.

La permission donnée à une tierce partie non impliquée directement au différend de participer à l'arbitrage entre un investisseur et un État modifie de manière significative la philosophie ayant traditionnellement inspiré ce mécanisme de règlement des différends et la structure sur laquelle elle est soutenue. Un tel processus de réforme aussi lourde soulève des préoccupations diverses, notamment, par rapport à son impact sur l'arbitrage des investissements, en tant que système

⁶⁵ RÈGLEMENT (UE) No 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

⁶⁶ B.KASOLOZSKY, C.HARVEY « The Participation of the European Commission as a Non-Party in Investment Treaty Disputes: an Appraisal of the Procedural Framework in Light of the Draft Regulation on Transitional Arrangements“ Transnational Dispute Management, vol.10 , 2013

⁶⁷ Parlement Européen, « Approche européenne de la politique en matière d'investissement international après le Traité de Lisbonne », étude de la Direction Général des politiques externes, Direction B, 2010, disponible sur [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2010/433854/EXPO-INTA_ET\(2010\)433854_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2010/433854/EXPO-INTA_ET(2010)433854_FR.pdf) (dernière visite 02/09/2017) p.254

organisé et efficace pour régler les différends entre les investisseurs étrangers et les États-hôtes⁶⁸. Des scientifiques et des praticiens ont exprimé leurs préoccupations concernant plusieurs effets négatifs possibles de la participation de *amicus curiae* dans l'arbitrage des investissements. Les avantages résultant de l'introduction de mécanismes de participation de tierces parties devraient être soupesés face aux faiblesses potentielles. Une inquiétude fréquemment exprimée est liée à la participation de tiers à la procédure qui peut affecter l'égalité entre les positions du demandeur et du défendeur⁶⁹. Les participants *amicus curiae* ont tendance à soutenir une seule des parties opposées. Cela peut faire en sorte que l'autre partie réponde à un nombre disproportionné d'arguments opposés, en dépensant ainsi plus d'efforts et de dépenses en son défense. Habituellement, les participants *amicus curiae* appuient dans leurs discours la position de l'État défendeur, même si, dans certains cas, ils interviennent également à l'appui du demandeur. La participation de parties qui ne se disputent pas peut augmenter considérablement le fardeau des demandeurs, car ils doivent reconsidérer les notes brèves (*amicus brief*) des *amicus curiae* et essayer de les réfuter⁷⁰. Étant donné que les États-hôtes défenseurs peuvent bénéficier de l'intervention de *amicus curiae*, ils sont souvent tentés de leur participation, en tant qu'outil de pression sur les investisseurs. L'interaction des *amicus curiae* peut violer les stratégies développées par les parties. Parfois, les parties ne veulent pas divulguer toutes les informations relatives au différend parce qu'elles peuvent être soumises à une pression politique, ou bien elles croient que la divulgation ne sera pas dans leur intérêt. Par conséquent, la position de *amicus curiae* peut avoir un impact négatif sur le degré d'autonomie des parties et sur le processus d'arbitrage choisi par les parties⁷¹.

En outre, le tiers intervenant doit être indépendant des parties en litige et avoir un intérêt significatif dans le différend. Les préoccupations soulevées peuvent être divisées en trois catégories. Tout d'abord, les préoccupations concernent l'exigence d'un intérêt significatif dans le différend. Cet intérêt s'étend-il trop loin lorsqu'il s'agit de la CE et peut-on dire que la CE, au lieu d'être considérée comme un

⁶⁸ UNCITRAL, 15 January 2001, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as “*amici curiae*”, *Methanex Corporation v. United States of America*, para 36.

⁶⁹ C. WIK, ‘The Role of the European Commission as a Modern Third Party Intervener in International Investment Arbitration’, Mémoire de Master, University of Helsinki, 2016, p.91

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Ibid. p.92

conseiller indépendant et neutre, cherche à obtenir certains résultats politiquement motivés.⁷² La deuxième considération concerne l'exigence, selon laquelle, les questions soulevées par la partie intervenant en *amicus* doivent se situer dans le champ d'application de l'objet soumis par les parties au différend. Ce n'est pas toujours le cas, lorsqu'il s'agit de la CE. Troisièmement, l'obligation pour la partie intervenante d'être indépendante des parties initiales, sans que celles-ci soient affectées par l'ingérence crée aussi certains problèmes⁷³. Il convient de souligner que la partie doit s'intéresser à l'objet du différend, en réfléchissant sur des problèmes essentiels, mais ne peut pas être intéressée par le résultat du litige, car cela « fausserait » fondamentalement le concept de l'institut *amicus curiae*.⁷⁴ Le deuxième problème concerne la portée de la question, sur laquelle *amicus curiae* est susceptible de présenter ses positions. Non seulement le tribunal de l'affaire *Electrabel S.A. v. La République de Hongrie*⁷⁵ fournit à la Commission européenne des droits procéduraux étendus par rapport à l'accès au dossier de l'affaire, il a également permis à la CE de statuer sur la juridiction du tribunal, qui n'a pas été initialement contestée par les parties. L'indépendance de la CE dans la procédure d'arbitrage, en tant que *amicus curiae*, est discutable. La constitution de la CE comme *amicus curiae* est parfois lourde et nuisible pour l'une des parties – le plus souvent, le demandeur, qui est presque toujours l'investisseur privé. Étant donné que le défendeur est un État membre de l'UE, l'intérêt financier et politique commun est partagé entre l'État défendeur et la CE, qui intervient en tant que tiers. Par conséquent, l'indépendance de la CE, en tant que partie intervenante en qualité de *amicus curiae* dans la procédure est discutable en termes de gravité éventuelle qu'elle pourrait avoir par rapport à l'investisseur individuel demandeur.

La Commission européenne veut intervenir dans les procédures pour assurer le respect du droit de l'Union européenne, mais aussi pour présenter son avis sur la

⁷² ICSID, Sentence du 23 Septembre 2010, Aff. No. ARB/07/22, AES SUMMIT GENERATION LIMITED AES-TISZA ERÖMÜ KFT v. THE REPUBLIC OF HUNGARY

⁷³ M.DIMSEY, “Article 4. Submission by a third person”, in D.EULER, M.GEHRING, M. SCHERER “Transparency in International Investment Arbitration - A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty Based Investor-State Arbitration”, Cambridge University Press, e-book 2015, p. 179

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ ICSID, Sentence du 25 novembre 2015, aff. No. ARB/07/19, *Electrabel S.A. (Belgium) v. Republic of Hungary*

manière de résoudre les conflits éventuels entre les règles et les principes du droit européen et ceux du droit international en matière d'investissement. Les tribunaux d'investissement semblent reconnaître l'intérêt particulier de la CE. Dans l'affaire *Electrabel S.A. v. Hungary* le tribunal a noté que la CE

« *is an expert commentator on European [Union] law and could accordingly assist the Tribunal by addressing several legal issues* ». ⁷⁶

Selon le tribunal, la CE a beaucoup plus qu'un «intérêt significatif» dans l'affaire, qui diffère des positions des parties.

Le rôle de la CE dans l'arbitrage des investissements est semblable à celui du « public prosecutor », lequel est régulièrement interprété par la Commission européenne sur les questions dans le domaine du droit de la concurrence, où elle intervient souvent en tant que *amicus curiae* dans les procédures d'arbitrage⁷⁷. En tant que «gardien des contrats», la CE a intérêt à participer à de telles procédures et à aider le tribunal arbitral à clarifier les conflits potentiels entre les normes et les principes juridiques⁷⁸. L'institut *amicus curiae* est un outil utile pour la CE non seulement pour proposer ses vues sur l'interprétation du droit de l'Union européenne, mais également pour fournir des informations et sensibiliser ainsi aux synergies existantes entre les différents sous-systèmes de droit international. Le système de règlement des différends entre les investisseurs et l'État est destiné à définir les droits et les obligations découlant des traités internationaux d'investissement. Ainsi, les différends affectant les politiques et le droit de l'Union européenne sont placés entre les mains d'arbitres qui peuvent ne pas tenir dûment compte des intérêts de l'Union.

Par conséquent, il est compréhensible que la CE souhaite être entendue en tant que *amicus curiae*

⁷⁶ Ibid. para. 90

⁷⁷ G. BLANKE, *The Use and Utility of International Arbitration in EC Commission Merger Remedies* Groningen, Europa Law Publishing, 2006, p.155

⁷⁸ C. KNAHR, 'The New Rules On Participation Of Non-Disputing Parties In ICSID Arbitration: Blessing Or Curse?', *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2011, p., 320

« Lorsque le droit de l'Union européenne fait l'objet de poursuites contre des États membres de l'UE, la CE va probablement intervenir pour défendre l'intérêt de l'UE dans le sens d'une interprétation et une application correctes du droit européen »⁷⁹.

Les différends internationaux en matière d'investissement attirent de plus en plus l'attention de l'Union européenne. La CE a découvert cet instrument procédural, qui lui permet de participer à des arbitrages d'investissement qui sont intentés contre des membres de l'Union européenne. Par l'intermédiaire de la CE, l'Union européenne peut contribuer à la qualité de l'arbitrage, en offrant son expertise juridique sur les questions en matière de droit de l'Union européenne, voire, en contribuant à atténuer la fragmentation du droit international, en améliorant ainsi la légitimité et l'efficacité du cadre juridique général.

Conformément aux règles d'arbitrage en vertu de la Convention CIRDI, les participants agissant en tant que *amicus curiae* dans les procédures devraient aider le tribunal à identifier les questions de fait ou de droit relatives à la procédure, en fournissant des connaissances ou des points de vue spécifiques, différents de ceux des parties au différend. Dans les cas où la Commission européenne agit comme *amicus curiae*, ils jouent un rôle particulièrement utile non seulement en clarifiant la portée et le contenu du droit de l'Union européenne, mais aussi en veillant à ce que l'interprétation du traité d'investissement respectif par le tribunal soit pertinente et conforme aux obligations de l'État défendeur, liées au droit de l'Union européenne. Selon Schill⁸⁰, les tribunaux d'investissement doivent adopter une approche comparative couvrant le droit national et international public, ce dernier étant défini comme incluant les droits de l'homme, le droit commercial et le droit de l'Union européenne. La participation de la CE peut être utile pour obtenir une interprétation et une application globales du droit international, d'autant plus qu'en vertu de l'article 3 par. 5 du TUE, l'Union européenne contribue à la « stricte observation et au développement du droit international ».

⁷⁹ F. HOFFMEISTER, « The European Union and the Peaceful Settlement of International Disputes », CJIL, n° 77, 2012, p.104.

⁸⁰ S.SCHILL, « International Investment Law and Comparative Public Law—An Introduction », in *INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND COMPARATIVE PUBLIC LAW* n°3, 2010, p. 3-4

Le rôle actif de la CE dans les procédures d'arbitrage dans le domaine de l'investissement était une situation qui n'était pas prévue après l'adoption du traité de Lisbonne. À cette époque, il a été noté que, afin de faciliter une plus grande transparence en perspective dans le mécanisme de règlement des différends entre les investisseurs et l'État, l'institution *amicus curiae* devrait être encouragée, mais en aucun cas dans le rôle actif de la CE dans la résolution des conflits prévus dans les traités. Il s'agit d'une observation importante montrant l'ampleur de l'impact que l'institution *amicus curiae* peut avoir sur des conflits juridiques aussi fondamentaux. Indépendamment du fait si la CE s'inscrit dans l'institution moderne de *amicus curiae*, sa participation active, d'autant qu'elle soit acceptée par les tribunaux d'investissement, peut être considérée comme une solution pragmatique pour résoudre de nombreux problèmes rencontrés par l'arbitrage international des investissements⁸¹.

Compte tenu de ce qui est exposé ci-dessus, la participation de la CE, en tant qu'intervenant dans le processus d'arbitrage, témoigne des avantages essentiels que l'institution de *amicus curiae* peut apporter à l'arbitrage international d'investissement, en l'aidant à prendre la décision la plus équitable par rapport à l'interprétation des traités dans les différends entre les investisseurs et l'État, tout en contribuant à la résolution d'un éventail plus large de questions juridiques, dont l'un est le conflit du traité bilatéral d'investissement entre le droit de l'UE et le droit international en matière d'investissements.

⁸¹ C. WIK, 'The Role of the European Commission as a Modern Third Party Intervener in International Investment Arbitration', Mémoire de Master, University of Helsinki, 2016, p.86

Partie II

La compatibilité des sentences arbitrales avec la disposition de l'article 107 TFUE

Selon l'article 107 du TFUE, les aides d'État sont des aides accordées par un État membre ou par des ressources étatiques, quelque ce soit la forme et qui fausse ou menace de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises. Pour qu'une décision d'arbitrage soit considérée comme une aide d'État, quatre conditions doivent être remplies cumulativement: (1) la sentence doit conférer à l'entreprise un avantage économique sélectif; (2) la sentence doit être imputable à l'État et financée par des ressources d'État; (3) la sentence doit fausser ou menacer de fausser la concurrence; et (4) la sentence doit avoir une incidence sur le commerce entre les États membres⁸². Sur la base de ces facteurs, le TFUE permet d'interpréter lorsque l'aide d'État est ou peut être déclarée compatible avec le marché intérieur. Les États membres sont tenus de notifier à l'avance (ex ante) tous les régimes d'aides d'État, sauf dans les cas couverts par les conditions énoncées dans les règlements d'exemption par catégorie⁸³. Si la notification préalable n'a pas eu lieu ou si l'aide ne satisfait pas aux conditions énoncées dans le règlement d'exemption par catégorie, cette aide est incompatible et donc illégale.

L'application de l'art. 107 TFUE pose un défi supplémentaire en ce qui concerne les sentences arbitrales accordées dans des différends relatifs à l'investissement, en particulier lorsque ces sentences arbitrales accordent une compensation monétaire qu'un Etat doit verser à un investisseur privé⁸⁴. Selon des opinions différentes, la question de la compatibilité entre les décisions d'arbitrage sur les différends relatifs à l'investissement et l'art. 107 TFUE ne peut être résolu en vertu des règles générales en matière d'aides d'État dans l'UE, mais doit être analysé de manière générale à la lumière de l'interaction entre la législation de l'UE et le droit

⁸² A.JONES, B. SUFRIN, *EU Competition law*, Oxford, Oxford University press, 2017, Ch. GAVALDA, G.PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 7^e édition, Paris, Litec, 2014

⁸³ Ibid.

⁸⁴ P. GOSPODINOV, *The Application of European Competition Law in Arbitration Proceedings*, Thèse de doctorat, Erasmus Université Rotterdam, 2014

international⁸⁵. Dans la plupart des cas, la violation du TBI, qui est à l'origine de la procédure d'arbitrage, ne provient pas d'un comportement d'État que peut être considéré comme une aide d'État. Dans de tels cas, la décision simplement impose à l'État l'obligation d'indemniser l'investisseur. Par conséquent, le montant payé par l'État ne doit pas être considéré comme incompatible avec le régime juridique de l'art. 107 TFEU. Cependant, ce n'est pas le cas lorsque l'Etat membre a d'abord accordé une aide d'État qui a été incluse dans la protection accordée par le TBI mais qui a ensuite été retirée. Dans une telle hypothèse, certains auteurs considèrent que la décision d'arbitrage, et en particulier sa mise en œuvre dans les États membres, constituerait un comportement entrant dans le champ d'application de l'art.107 TFEU. C'est sur cette deuxième hypothèse que le présent travail est tourné. Cependant, afin d'analyser correctement cette hypothèse, il faut examiner, d'une part, la compatibilité de la décision d'arbitrage elle-même avec les règles de l'UE en matière d'aides d'État et, par la suite, son application.

⁸⁵ C.TIETJE, C.WACKERNAGLE, 'Enforcement of Intra-EU ICSID Awards, Multilevel Governance, Investment Tribunals and the Lost Opportunity of the Micula Arbitration', *The Journal of World Investment & Trade*, Vol.16, 2015, pp.207.

Chapitre III

L'application du régime général des aides d'état aux sentences arbitrales

Afin de répondre à la question de savoir si une décision arbitrale doit être considérée comme relevant de l'interdiction de l'art. 107 TFUE, il est nécessaire d'analyser la sentence arbitrale à la lumière des éléments de la notion d'aide d'État, dérivant de la pratique de la CJUE. Dans ce contexte, il convient de souligner qu'il n'est pas nécessaire d'analyser tous les quatre critères, mais seulement deux entre eux, qui sont plus discutables: 1) la question de l'origine des aides d'État et 2) la question de la sélectivité.

Section 1 La question des origines des ressources étatiques octroyées

Selon la jurisprudence constantes de la CJUE, l'avantage économique qu'un Etat membre fournit à un investisseur privé ne peut être qualifié d'aide d'État que cet avantage est fourni par des mesures volontairement adoptées par l'État⁸⁶. Par conséquent, lorsqu'un Etat membre est obligé d'indemniser l'investisseur privé, il ne devrait pas avoir un problème de compatibilité de ce paiement avec le régime d'aide d'État, car la mesure étatique ne serait pas volontaire⁸⁷. Un tel point de vue est partagé par la CE elle-même, qui énonce dans ses lignes directrices sur les aides d'État que:

“L'existence d'un avantage est exclue dans le cas (...) d'une obligation pour les autorités nationales d'indemniser certaines entreprises pour le préjudice qu'elles leur ont occasionné ou du versement d'une indemnisation en cas d'expropriation⁸⁸”

Toutefois, le paiement des dommages-intérêts accordés par les tribunaux ou les sentences arbitrales n'est pas entièrement exclu du champ d'application de l'art. 107 TFUE compte tenu de l'origine des montants payés. Autrement dit, il existe certaines hypothèses où la doctrine de l'imputabilité peut être appliquée à ce type d'actes. Par exemple dans l'affaire *Asteris*⁸⁹ un groupe d'entreprises a intenté une

⁸⁶ A.JONES, B. SUFRIN, *EU Competition law*, Oxford, Oxford University press, 2017

⁸⁷ CJCE, 16 mai 2002, aff.C-482/99, *France v Commission* ('*Stardust Marine*'), Rec. 2002 I-4397

⁸⁸ EU Commission, 'Draft Commission Notice on the notion of State aid pursuant to Article 107(1) TFEU', available from http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/draft_guidance_en.pdf, (dernière visite 02/09/2017)

⁸⁹ CJCE, 27 September 1988, Aff. Jointes 106 à 120/87, *Asteris AE and others v Hellenic Republic and European Economic Community*, Rec. 1988, p. 05515

action devant un tribunal grec contre la République grecque, en demandant une réparation des préjudices subi par le comportement de la Grèce. Dans le cadre de la procédure, le tribunal grec a envoyé une demande préjudicielle à la CJCE, si une compensation que l'État grec peut être obligé de verser aux entreprises ne doit pas être considérée comme une aide d'État illégale. Le tribunal a rendu une décision qui a donné une réponse plutôt négative à la question ainsi posée

„the prohibition of State aid (...) covers all aid granted by a Member State or through State resources to undertakings (...) and therefore concerns State interventions which might have the effect of distorting the normal conditions of trade between Member States (...). It follows that State aid, that is to say measures of the public authorities favouring certain undertakings or certain products, is fundamentally different in its legal nature from damages which the competent national authorities may be ordered to pay to individuals in compensation for the damage they have caused to those individuals“⁹⁰

Mais en dépit du fait que la Cour dans son arrêt *Asteris* a dévié l'applicabilité de l'art. 107 TFUE, il ne donne pas une indication claire pour les raisons qui l'ont abouti à une telle conclusion. En d'autres termes, l'arrêt *Asteris* n'explique pas ce qui constitue la différence fondamentale dans la nature juridique de ces décisions. Que cela soit dû au fait que les entreprises ont droit à une indemnisation en vertu de la législation nationale ou parce que la juridiction nationale a reconnu la responsabilité de l'État. En clarifiant ce concept, la CE prend sa décision dans l'affaire *Akzo Nobel*⁹¹, où le gouvernement néerlandais a retiré un permis environnemental, obligeant ainsi l'entreprise à déplacer une de ses zones de production. Par la suite, les Pays-Bas ont été condamnés à payer un certain montant à titre de réparation du préjudice subi et des avantages perdus du retrait de ce permis. Dans la procédure, la CE est invitée à

⁹⁰ Ibid. par.22-23

⁹¹ Décision de la Commission du 19 janvier 2005, aff. n° C.37.773 — AMCA, Akzo Nobel NV, Akzo Nobel Nederland BV, Akzo Nobel Chemicals BV, Akzo Nobel Functional Chemicals BV, Akzo Nobel Base Chemicals AB, Eka Chemicals AB, Akzo Nobel AB, Atofina SA, Elf Aquitaine SA, Hoechst AG, Clariant GmbH, Clariant AG

déterminer si le paiement en question à Akzo Nobel devrait être considéré comme une aide d'État en vertu de l'art. 107 TFEU. La Commission conclut que:

“as long as it merely aims at compensating damages which are caused by government actions and as long as it is determined on the basis of a general rule of compensation, which is directly based on constitutional property rights, as recognized by courts”⁹².

En conséquence, conformément à la décision de la CE dans l'affaire *Akzo Nobel*, un paiement compensatoire pourrait être compatible avec l'art. 107 TFUE si elle est émise par un tribunal et recouvre cumulativement les conditions suivantes: 1) le paiement n'est pas utilisé à d'autres fins et vise à compenser uniquement une entreprise pour le préjudice subi à la suite de l'action gouvernementale et 2) l'entité a un droit légal d'indemnisation en droit national à la lumière de la jurisprudence pertinente⁹³.

Enfin, même si aucun tribunal d'État n'a pas encore imposé un paiement compensatoire, l'État peut volontairement verser une indemnité sans violer l'article 107 du TFUE, dans la mesure où le bénéficiaire a le droit de le recevoir en vertu de la loi applicable, et les tribunaux en règle générale reconnaissent un tel droit⁹⁴. Autrement dit, il est nécessaires que l'État membre aie un pouvoir discrétionnaire relativement faible. Au contraire, l'État n'est pas libre de verser une indemnité en l'absence d'obligation légale de le faire, étant donné qu'une telle mesure entraînerait un traitement préférentiel pour les bénéficiaires.

La transposition automatique d'une telle vision dans le domaine du droit international de l'investissement peut, dans de nombreux cas, être problématique.

⁹² Ibid. para. 18

⁹³ P. ORTOLANI, 'Intra-EU Arbitral Awards vis-à-vis Article 107 TFEU: State Aid Law as a Limit to Compliance', *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 6, 2015, pp. 118–135, disponible sur <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=167106127002031066071104025110007089022020095078034062005089094014029067004003031117052006044120112038124024097113019073023097041091082060074088012073025105097068076021036094121125081123004111028020065089084005074106031005123124004118103102006092003072&EXT=pdf>, (dernière visite 02/09/2017), p.4

⁹⁴ Ibid.

Tout d'abord, il convient de garder à l'esprit que bon nombre des normes de protection des investissements que l'État devrait appliquer et qui sont consacrées dans les accords internationaux d'investissement sont formulées trop schématisées pour qu'ils puissent couvrir un large éventail de scénarios possibles. Un exemple typique est la clause d'un traitement égal et équitable des investisseurs.

Par conséquent, lorsque le droit à l'indemnisation des entreprises privées ne découle pas du droit national, mais d'un accord d'investissement au sein de l'UE, il peut être difficile d'évaluer si les conditions fixées par la Commission dans *Akzo Nobel* pour la prévisibilité des obligations sont remplies. Dans ce cas, le paiement effectué peut être considéré comme un paiement volontaire par l'Etat et donc imputé à celui-ci.

Même s'il existe un nombre important de précédents concernant l'interprétation d'une norme de protection, il faut garder à l'esprit que ce n'est pas les tribunaux permanents qui traitent les différends d'investissement, mais les tribunaux d'arbitrage. Ceci est essentiel, car même si les arbitres pourraient prendre en compte la jurisprudence existante, comme cela est généralement le cas, surtout dans les cas où il existe une jurisprudence claire et stable, ils ne sont pas obligés de le faire.

Au contraire, ils sont libres de négliger les décisions passées si cela conduit à une solution plus satisfaisante dans le cas particulier. Ceci est particulièrement évident dans le cas des différends d'investissement au sein de l'UE, où les tribunaux d'arbitrage ont adopté des positions contradictoires concernant l'interaction entre le droit international et le droit de l'UE et l'interprétation ultérieure des normes de protection essentielles.

Toutefois, selon une partie de la doctrine, sous certaines conditions, une sentence arbitrale obligeante un État membre de l'UE à verser une indemnité suffit à conclure que le paiement ne constitue pas une aide d'État illégale, car la décision de paiement ne peut être imputée à l'État membre. Afin d'exclure l'applicabilité de l'article 107 TFUE, *Akzo Nobel* souligne dans sa position que la prestation est due en vertu du droit national applicable. En conséquence, *par argumentum a fortiori* le même sens doit être attribué au fait qu'un État membre a conclu un accord international:

- 1) qui contient certaines normes de protection matérielle et
- 2) selon lequel le tribunal arbitral a le pouvoir de statuer sur les litiges entre l'État et les investisseurs privés, en précisant (au cas par cas) le contenu et le champ d'application des normes susmentionnées⁹⁵.

Toutefois, l'imputation d'un paiement à l'état est exclue non seulement dans les cas où l'état a inclus ad hoc ses obligations internationales dans son droit interne, mais aussi lorsqu'un État membre reconnaît l'accord d'investissement international comme une source de droit autonome dans sa hiérarchie des normes effet direct au niveau national⁹⁶.

La relation entre la compensation qui peut être imputée à l'état et le régime d'aide d'État n'est pas discuté seulement dans l'affaire *Asteris*.

Par exemple, dans l'affaire *Denkavit*⁹⁷ où l'État membre rembourse des créances qui ont été mal perçus, la Cour de justice de l'Union européenne déclare qu'un régime fiscal national qui permet à un contribuable de contester ou de demander un remboursement d'une taxe ne constitue pas une aide au sens de de l'article 92 du traité.

De plus, en cas d'expropriation, l'indemnité est exclue, puisque la compensation accordée au bénéficiaire est une condition préalable à la licéité de l'expropriation. Ainsi, la CE a déclaré dans *ThyssenKrupp*⁹⁸ que l'indemnisation de l'État pour l'expropriation d'actifs ne constitue pas normalement une aide d'État. Dans de tels cas, le paiement n'est pas volontaire et ne viole pas l'article 107 du TFUE.

La situation juridique dans ces cas est analogue à celle des sentences arbitrales du CIRDI, à la seule exception que l'obligation d'indemnisation découle du droit international. Par conséquent, les principes décrits dans ces cas peuvent

⁹⁵ Ibid. p.6

⁹⁶ C. TIETJE, C. WACKERNAGEL, 'Outlawing Compliance?- The enforcement of intra-EU investment awards and EU State Aid Law', Policy Papers on Transnational Economic Law, Transnational Economic Law Research Center, 2014, No.41, pp.1-9, disponible sur http://tietje.jura.uni-halle.de/sites/default/files/PolicyPaper/PolicyPaper_No41.pdf, (dernière visite 02/09/2017), p.5

⁹⁷ CJCE, 27 March 1980, Aff. 61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato v Denkavit italiana Srl.*, Rec. 1980, p. 01205

⁹⁸ Trb., 1 July 2010, Aff. T-62/08, *ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni SpA v European Commission*, Rec. 2010, p. II-03229

s'appliquer à l'arbitrage des investissements, car toute distinction entre les obligations découlant du droit interne et celles du droit international est irrationnelle. En outre, un autre argument peut être trouvé dans l'affaire *Deutsche Bahn*⁹⁹ en faveur d'un respect égal des obligations internationales assumées par un État membre lorsque la Cour a jugé qu'une mesure ne peut être imputée à l'État si cet État membre est obligé en vertu de la législation de l'UE pour la mettre en œuvre sans aucune discrétion. Cette affirmation renforce l'idée que l'État membre qui respecte la sentence arbitrale remplit ses obligations supranationales¹⁰⁰.

Compte tenu de ce qui précède, on peut conclure que non seulement le respect d'une obligation interne mais aussi le respect d'une obligation internationale d'indemnisation n'est pas contraire à l'article 107 TFUE. Par conséquent, le respect des sentences arbitrales sur les litiges en matière d'investissement au sein de l'UE ne constitue pas une aide d'État illégale, étant donné que le respect du cadre législatif adopté conformément au droit national et à l'accord international sur l'investissement doit être uniforme.

Section 2 La question et la sélectivité

Il ressort clairement du libellé de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE que la disposition prévoit uniquement des aides favorables à certaines entreprises ou à la production de certains produits. Par conséquent, l'avantage devrait inclure un élément de «sélectivité» pour qu'on puisse envisager l'application de l'article 107¹⁰¹. Ceci est de la plus haute importance car un avantage sans sélectivité ne constitue pas une aide d'État, c'est-à-dire, non toutes les mesures favorables aux opérateurs économiques relèvent de la notion d'aide d'État, mais seulement celles qui confèrent un avantage sélectif à certaines entreprises ou catégories d'entreprises ou à certains secteurs économiques.

Il est nécessaire de mentionner que la sélectivité de la mesure n'est pas lié à son champ d'application. Une mesure peut avoir un champ d'application très larges

⁹⁹ TPI, 5 April 2006, Aff. T-351/02, *Deutsche Bahn AG v Commission of the European Communities*, Rec. 2006, p. II-01047

¹⁰⁰ C. TIETJE, C. WACKERNAGEL, "Outlawing Compliance?- The enforcement of intra-EU investment awards and EU State Aid Law" op.cit. p.7

¹⁰¹ T. KENDE, 'Arbitral Awards Classified as State Aid under European Union Law', ELTE Law Journal, 2015, disponible sur <http://eltelawjournal.hu/arbitral-awards-classified-state-aid-european-union-law/>, (dernière visite 02/09/2017)

et en même temps de relever de l'interdiction de l'article 107 TFUE. Ni le grand nombre d'entreprises qui bénéficient, ni la diversité et l'importance des secteurs industriels auxquels appartiennent les entreprises ne limitent pas une mesure d'être qualifiée comme une aide d'État. Il s'agit plutôt de savoir si la mesure constitue un avantage pour certaines entreprises par rapport à d'autres dans une situation comparable de droit et de fait. La sélectivité est *de jure* lorsque la mesure contient des critères juridiques pour identifier les entreprises qui reçoivent l'avantage tandis que la sélectivité est *de facto* lorsque la mesure semble neutre à l'égard d'entreprises comparables, mais dans la pratique, les critères concernent l'exclusion des avantages de certaines entreprises. En outre, les mesures peuvent être sélectives en vertu de leurs propres conditions ou peuvent conférer des pouvoirs discrétionnaires aux autorités administratives qui appliquent la mesure et bénéficient ainsi à certaines entreprises vis-à-vis des autres.

Compte tenu de cet élément de la notion d'aide d'État prévue à l'art. 107, par. 1 les décisions d'arbitrage posent des questions pratiques quant à savoir s'il n'y a pas de sélectivité au sens de l'art. 107 TFEU.

Par principe les arrêts ou les sentences arbitrales accordent des avantages uniquement aux participants à la procédure, ce qui pourrait être considéré comme un avantage économique pour eux seulement. Telle est la position qui chevauche la CE dans son arrêt *Micula*¹⁰². Son raisonnement la Commission fonde sur la jurisprudence déjà citée de l'affaire *Asteris*, selon laquelle les dommages et intérêts pour les préjudices subis ne confèrent d'avantage sélectif à une seule entreprise que dans la mesure où les dommages et intérêts en cause découlent de l'application d'une règle générale du droit relatif à la responsabilité de l'administration publique que toute personne peut invoquer de manière à exclure la possibilité que toute indemnité accordée confère un bénéfice sélectif à certaines catégories sociales. Selon la Commission, ce n'est pas le cas pour les procédures d'arbitrage¹⁰³.

¹⁰² Décision de la Commission du 30 mars 2015, aff. n° 2015/1470, concernant l'aide d'État SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) mise en œuvre par la Roumanie — Sentence arbitrale dans l'affaire *Micula/Roumanie* du 11 décembre 2013

¹⁰³ *Ibid.*, par.107

Premièrement, le TBI accorde ce droit aux dommages et intérêts seulement à un certain groupe d'investisseurs, à savoir les investisseurs des deux États membres qui sont parties au TBI intra-UE. Par conséquent, tous les investisseurs de l'Union qui se trouvaient dans une situation similaire ne pouvaient pas invoquer ce TBI pour réclamer des dommages et intérêts correspondant aux incitations promises sous le régime d'aides prévu et qui a été abrogé. Seuls les investisseurs d'une certaine nationalité pouvaient le faire. C'est pourquoi selon la Commission, la mesure où le versement de l'indemnité accordée à un investisseur au titre d'un TBI équivaut à l'octroi d'un avantage, l'avantage est sélectif¹⁰⁴.

Cet avis de la Commission est trop controversée, car un jugement, rendu en vertu des règles d'un système de responsabilité partagée qui s'applique à tout autre investisseur et par lequel sont déterminées les obligations légales, y compris de paiement des dommages et intérêts, ne devrait pas être considéré en soi comme une forme de traitement préférentiel¹⁰⁵. Une telle conclusion trouve son raisonnement dans la jurisprudence *Asteris*, *Denkavit* et *Thyssenkrupp*.

Ces cas sont analysés dans l'étude commandée par la CE, qui stipule que même si les TBI confèrent un avantage en garantissant des droits de propriété à l'étranger, ils ne peuvent être considérés techniquement comme des aides d'État interdites par l'article 107, paragraphe 1, car l'avantage ne favorise pas certaines entreprises ou la production de certains biens, mais il est octroyé, en général, à tous les investisseurs, quel que soit leur secteur d'activité.

Alors on peut conclure qu'une sentence arbitrale visant à compenser un investisseur ne peut donc pas être considérée comme sélective dans la mesure où est garanti un accès égal à l'arbitrage.

¹⁰⁴ Ibid.par.108

¹⁰⁵ Parlement Européen, « Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU », Direction Général des politiques internes, Département des politiques C: Droit des citoyens et des affaires constitutionnelles, 2014, disponible sur [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPOL_STU\(2015\)509988_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPOL_STU(2015)509988_EN.pdf) (dernière visite 02/09/2017)

Chapitre IV

La différenciation du régime exécutoire des sentences arbitrales dans le contexte de l'article 107 TFUE

À examiner de manière systématique les problèmes susceptibles de survenir dans le contexte de l'exécution des sentences arbitrales et le régime européen des aides d'état, il est nécessaire de faire la distinction entre d'une part les sentences du CIRDI (ICSID) et les sentences non-ICSID, d'autre part. Les sentences non-ICSID seront généralement mises en œuvre conformément aux dispositions de la convention de New York, et les motifs de refus d'exécution seront limités à celles prévues à l'article 5 de ladite convention. En revanche, les procédures du CIRDI se déroulent dans un système qui est en principe « selfcontained » et où les articles 54 et 55 de la Convention prévoient un mécanisme d'exécution distinct des dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution en vertu du New York Convention. Les sentences arrêtées dans le cadre de CIRDI et les sentences non-CIRDI seront donc en principe soumises à des régimes d'exécution différents.

Cette distinction conduit à une matrice de deux grands scénarios qui doivent être pris en considération lorsqu'il s'agit d'appliquer les TBI intra-UE: L'exécution des sentences non-ICSID en vertu de la convention de New-York et l'exécution des sentences du CIRDI .

Section I L'exécution des sentences arbitrales sous le régime du Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements (Convention CIRDI)

En ce qui concerne l'exécution des sentences arbitrales arrêtées selon la Convention ICSID, la situation est en peu différente en ce sens que la Convention elle-même, dans ces articles 54 et 55, contient des dispositions sur l'exécution de ces sentences. En particulier, l'article 54 (1) de la Convention stipule que

« l'Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la

sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat. »

Il est largement accepté que cela signifie que les tribunaux d'un état signataire du CIRDI ne peuvent pas examiner la question de savoir si un tribunal du CIRDI a dépassé sa compétence et qu'un signataire du CIRDI ne peut invoquer son ordre public pour éviter une indemnité en dommages et intérêts accordée en vertu de la Convention du CIRDI¹⁰⁶.

Lorsque l'exécution d'une sentence du CIRDI est demandée dans un État membre de l'UE autre que la Pologne (qui n'est pas signataire de la Convention du CIRDI), le point de départ de la juridiction compétente sera l'article 54 de la Convention du CIRDI¹⁰⁷. Compte tenu du fait que la disposition ne laisse aucune place à la révision du tribunal d'exécution, il est question de savoir ce qui se produit lorsque l'exécution d'une sentence arbitrale en vertu de l'article 54 entraînerait une violation du droit de l'UE¹⁰⁸. Cette question peut être évaluée du point de vue de la législation de l'UE ou du point de vue du droit international public.

Du point de vue de la législation de l'UE, lorsque l'exécution d'une sentence arbitrale en vertu de l'article 54 de la Convention du CIRDI entraînerait une violation du droit de l'UE, la disposition ne devrait pas être appliquée conformément au principe de primauté du droit de l'UE¹⁰⁹. Ce principe repose sur une longue série de décisions de la CJCE selon lesquelles le droit de l'UE prédomine sur la législation interne des États membres de l'UE et que cette dernière ne peut être appliquée lorsqu'il existe un conflit entre les deux. En particulier, la CJCE a constamment jugé que le droit de l'UE prévaut en cas de conflit avec un traité de préadhésion conclu entre les États membres de l'UE et que ce doit être le cas même lorsque le traité de préadhésion pertinent comprend les non-UE signataires, en ce qui concerne les

¹⁰⁶ E. BALDWIN, M. KANTOR, M. NOLAN, « Limits to Enforcement of ICSID Awards », *Journal of International Arbitration*, 2006, n°23, p.4; Tietje/Wackernagel (n 5) 210.

¹⁰⁷ C. SCHREUER, *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY*, Cambridge, Cambridge university press. 2011

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ CJCE, Arrêt de 15 juillet 1964, aff. 6/64 Consta c/ENEL, ECLI:EU:C:1964:66

relations entre les États membres de l'UE¹¹⁰. En même temps il ne peut pas non plus être en question si la Convention ICSID fait partie de l'ordre juridique de l'UE, étant donné que l'UE et la Pologne ne sont pas signataires de la Convention.

En conséquence, il ne serait pas surprenant qu'un tribunal de l'UE conclue qu'il a été empêché d'appliquer l'article 54 de la Convention du CIRDI lorsque l'exécution d'une sentence serait incompatible avec le droit de l'UE. Bien que le Tribunal de première instance de la procédure d'exécution de la sentence arbitrale dans l'affaire Micula en Roumanie n'ait apparemment pas pris de considération à cet égard, la Cour d'appel de Bucarest, par la suite, a suspendu la procédure devant elle en attendant une décision finale sur la force exécutoire de la sentence.

Dans ce cas si le tribunal d'un État membre de l'UE avait des doutes quant à la force exécutoire d'une sentence en vertu de l'article 54 de la Convention du CIRDI en raison d'un éventuel conflit avec le droit de l'UE et qu'il n'y avait aucun recours supplémentaire contre la décision de cette juridiction en vertu de la législation nationale, on s'attendrait à ce que le tribunal renvoie la question préjudicielle à la CJCE.

Alors que la perspective du droit de l'UE correspond à la position que l'on attendrait par les tribunaux d'un État membre de l'UE d'être adopter, cela pourrait apporter un réconfort supplémentaire si cette perspective pourrait également être conciliée avec la perspective du droit international. À cet égard, certains auteurs envisagent d'examiner l'article 30 du VCLT, qui traite l'application des traités successifs relatifs au même objet¹¹¹. Cependant, compte tenu de la portée et du but très différents de la Convention du CIRDI, d'une part, et des traités européens, d'autre part, il est important de savoir si ces instruments peuvent être considérés comme portant sur le même objet et si l'article 30 est donc applicable¹¹².

La question peut sans doute être laissée ouverte, puisque l'article 30 VCLT devrait, en tout état de cause, être inapplicable en l'espèce, en raison de l'accord entre

¹¹⁰ CJUE, Arrêt de 29 novembre 2012, aff. C-262/11, Kremikovtzi AD v Ministar na iekonomikata, energetikata i turizma i zamestnik-ministar na iekonomikata, energetikata i turizma. ECLI:EU:C:2012:760

¹¹¹ C.TIETJE, C.WACKERNAGLE, 'Enforcement of Intra-EU ICSID Awards... op.cit. p.217

¹¹² Ibid.

les États membres de l'UE selon lequel les traités européens ont priorité sur les dispositions contradictoires dans d'autres accords internationaux auxquels ils sont parties- y compris la Convention du CIRDI¹¹³. Lorsque les signataires des traités successifs ont convenu expressément que l'un de ces traités prévaut, cet accord doit être mis en œuvre, indépendamment de toute règle temporelle qui pourrait autrement s'appliquer en vertu de l'article 30 VCLT¹¹⁴. Bien que les traités européens ne contiennent pas de clause de conflit explicite, ils ont toujours été appliqués de manière selon lequel le droit de l'UE prévaut sur les obligations contradictoires découlant des traités entre les États membres de l'UE et cette application doit être prise en compte dans le contexte pertinent lorsqu'on interprète les traités européens en vertu de l'article 31 du VCLT¹¹⁵.

Toutes ces approches juridiques concernant la relation hiérarchique de la Convention du CIRDI et du droit de l'UE conduisent à une énigme. Les deux ordres juridiques devraient abdiquer leur supériorité et adopter une attitude collaborative qui implique le respect par chaque ordre juridique l'identité de l'ordre juridique concurrent. En d'autres termes, la législation de l'UE doit respecter les obligations internationales des États membres, qui ne revendiquent une supériorité que si l'application de la Convention du CIRDI ne compromet pas l'identité de l'ordre juridique de l'UE. Dans le même ordre d'idées, la Convention du CIRDI doit respecter la primauté du droit de l'UE dans les relations intracommunautaires, ne revendiquant la primauté que si l'application de la législation de l'UE menace l'identité de l'ordre juridique du CIRDI.

Cette approche de la coordination de ces ordres juridiques concurrents repose sur la jurisprudence d'EctHR dans les affaires *Bosphore*¹¹⁶ et *Gasparini*¹¹⁷. Dans ces cas, il a été jugé que les États membres ne contreviennent pas à la Convention européenne des droits de l'homme aussi longtemps que la protection des droits de

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ K. ODENDAHL, « Article 30: application of successive treaties relating to the same subject matter » in O.DORR, K. SCHMALENBACH(eds), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer, 2012, p.505, paras 16-17

¹¹⁵ C.TIETJE, C.WACKERNAGLE, 'Enforcement of Intra-EU ICSID Awards... op.cit. p.218

¹¹⁶ ECtHR, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, App. No.45036/98, Judgement, 30 June 2005, para. 155

¹¹⁷ ECtHR, *Gasparini v Italy and Belgium*, App. No. 10750/03, Decision, 12 May 2009;

l'homme par le droit de l'UE est comparable à la protection de la CEDH, ce qui signifie que la protection offerte n'est pas manifestement insuffisante. En appliquant l'approche de la Cour européenne des droits de l'homme au contexte de l'investissement, on pourra soutenir que la tâche initiale des tribunaux est de décider si les investisseurs sont ou non protégés par le droit de l'UE, car ils sont protégés par un BIT, accordant ou non une supériorité de l'ordre juridique de l'UE en conséquence.

La coordination de la Convention du CIRDI et du droit de l'UE pourrait également être reflétée dans l'étape de l'application. En d'autres termes, la Convention du CIRDI ne peut pas faire valoir l'exécution inconditionnelle des sentences du CIRDI qui contournent le droit de l'UE sur les aides d'État et le droit de l'UE ne peut pas affirmer la primauté absolue du droit européenne sur les aides d'État lorsque les principes de la Convention du CIRDI sont menacés. En ce qui concerne les cas de Micula, cela signifie que seule une violation flagrante et manifeste du droit de l'UE sur les aides d'État entraverait l'exécution de la sentence du CIRDI. Une telle violation aurait été établie si le tribunal avait accordé des dommages et intérêts aux investisseurs sans avoir évalué s'ils avaient des attentes légitimes en ce qui concerne la poursuite d'un régime juridique, assujetti aux aides d'État. Cela dépend principalement de la question de savoir si la CE a été informée ou non. En outre, le droit de l'UE sur les aides d'État serait lourdement violée si le tribunal ne l'avait pas pris en compte ou qu'il l'avait mal appliqué dans le différend concerné.

Par conséquent, tout établissement de règle de hiérarchie entre ces ordres n'a pas de sens et cela entraînerait des résultats insatisfaisants puisque les deux ordres juridiques sont des facteurs déterminants dans l'exécution des sentences ICSID. En tant que tel, cette approche repose sur la conception selon laquelle chaque ordre juridique est égal et respectable, revendiquant la supériorité sur l'autre comme un principe et non comme une règle¹¹⁸.

¹¹⁸ C.TIETJE, C.WACKERNAGLE, 'Enforcement of Intra-EU ICSID Awards... op.cit. p.241-244

Section II L'exécution des sentences arbitrales sous le régime de Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York)

Étant donné que tous les États membres de l'UE sont parties à la Convention de New York, elle sera applicable tant que le siège arbitral se trouve sur le territoire d'un autre état signataire. Une sentence arbitrale devra, dès lors, être reconnue et exécutée conformément aux dispositions de l'article 3 de la Convention de New York, sauf, s'il ne s'applique l'un des motifs de refus de reconnaissance et d'exécution au titre de l'article 5 de la Convention.

Dans le contexte de l'exécution des sentences arbitrales fondées sur l'application des TBI intra-UE, deux hypothèses justifient un examen plus approfondi. La première hypothèse concerne la situation selon laquelle un État membre peut invoquer l'article 5, paragraphe 1, point a), de la Convention de New York, en faisant valoir que le tribunal n'était pas compétent en vertu de la TBI intra-UE¹¹⁹. La deuxième hypothèse, de son côté englobe la situation dans laquelle un État pourrait tenter de résister à la reconnaissance et l'exécution de la sentence sur la base de l'article 5, paragraphe 2, point b), de la convention de New York, avec l'argument selon lequel l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre publique de l'UE¹²⁰. Ces deux hypothèses seront examinées successivement.

Selon l'article 5, paragraphe 1, point a), de la convention de New York, un Etat membre peut invoquer l'argument que le tribunal n'est pas compétent pour connaître le litige, parce qu'en premier lieu, il n'y a pas eu une convention arbitrale valide. La Commission européenne, en particulier, a longtemps soutenu la thèse que les TBI intra-UE ont été «supplantés» par le droit de l'Union, avec l'adhésion des nouveaux États membres à l'UE, en raison de leur prétendue incompatibilité avec le droit de l'Union¹²¹. En substance, ces incompatibilités alléguées concernent le

¹¹⁹ P. NACIMIENTO "Article 5(1)(a)" in KRONKE, H and Others (eds), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer, 2010, p.220

¹²⁰ S. HINDELANG «Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU's Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter-se Treaties? The Case of Intra-EU Investment Arbitration », *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, vol.39, p. 203.

¹²¹ COMMISSION EUROPEENNE, *La position de la Commission en tant qu'Amicus Curiae*, UNCITRAL affaire No. 2013-06, *US Steel Global Holdings v Slovak Republic*, par.20 et s.

traitement plus favorable accordé aux investisseurs non protégés, ainsi que l'unicité de l'ordre juridique de l'Union et son contrôle par la Cour de justice¹²².

Selon les partisans de cette thèse, les TBI intra-UE ont été implicitement abrogé à la date de l'adhésion en vertu de l'article 59, paragraphe 1 de la Convention de Vienne¹²³. Selon une autre approche, plus modérée, même si les traités bilatéraux restent en vigueur, les dispositions de ce traité qui sont incompatibles avec le droit de l'Union, y compris, ceux contenant le mécanisme de résolution des litiges entre les investisseurs et l'État, ne sont plus applicables conformément à l'article 30, paragraphe 3 de la Convention de Vienne¹²⁴. Si les deux positions ont toujours été rejetés par les tribunaux arbitraux¹²⁵, l'argument implicite de résiliation est encore soutenu par certains états membres¹²⁶ et la Commission européenne¹²⁷.

Sans entrer dans ce débat, qui a été largement étudiée dans la première partie du présent mémoire, aux fins de la présente discussion, on peut envisager deux possibilités.

S'il n'existe aucun conflit entre la législation de l'UE et les TBI intra-UE, ou bien si l'existence d'un tel conflit ne rend pas le mécanisme de règlement des

¹²² N. LAVRANOS, « Bilateral Investment Treaties (BITs) and EU law », European Federation for Investment Law and Arbitration (EFILA), in ESIL Conference, 2010, disponible sur <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=632004121085072096114093026065074031022009008003061029091075105119120082102020071111029005054040005038115073120110024022082118042061046087007099003098105113105090096026093073086066091107068068082089094103003086122064114127083026095029088119064017102024&EXT=pdf> (dernière visite 02/09/2017)

¹²³ Article 59, paragraphe 1 de la VCLT : « 1. Un traité est considéré comme ayant pris fin lorsque toutes les parties à ce traité concluent ultérieurement un traité portant sur la même matière et: (a) s'il ressort du traité postérieur ou s'il est par ailleurs établi que selon l'intention des parties la matière doit être régie par ce traité; ou (b) si les dispositions du traité postérieur sont incompatibles avec celles du traité antérieur à tel point qu'il est impossible d'appliquer les deux traités en même temps. »

¹²⁴ Article 30, paragraphe 3 de VCLT : « 3. Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'art. 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur. »

¹²⁵ UNCITRAL, 27 mars 2007, aff. N°088/2004, *Eastern Sugar BV (Netherlands) v Czech Republic*, para 172 et s.

¹²⁶ Voir la position de la République Slovaque dans les affaires UNCITRAL, 30 Avril 2010, *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v Slovak Republic*, para 87 et UNCITRAL, 26 Octobre 2010, aff. No 2008-13, *Eureka BV v Slovak Republic*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, para 225

¹²⁷ ICSID, 26 Février 2016, aff. No ARB/05/20, *Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL and SC Multipack SRL v Romania*, para 70

différents entre les investisseurs et l'État inscrit dans le traité, inapplicable, alors on peut conclure qu'on est envisagé devant une convention arbitrale valide.

En revanche, si le mécanisme de règlement des différends entre les investisseurs et les États dans les TBI intra-UE est devenu inapplicable, soit au titre de l'article 59 ou en vertu de l'article 30, paragraphe 3, de la convention de Vienne, il n'y a jamais eu d'une offre dans le cadre du traité que l'investisseur pouvait accepter et, en conséquence, il n'y aurait aucune convention d'arbitrage valide, que pourrait servir comme un motif de refus d'exécution d'une sentence arbitrale en vertu de l'article 5, paragraphe 1, point a), de la convention de New York.

Il semble probable que tôt ou tard la CJCE aura son mot à dire sur la prétendue incompatibilité du TBI intra-UE avec le droit de l'Union et les paramètres dans laquelle les TBI intra-UE restent applicables. Les considérations ci-dessus démontrent qu'une telle clarification serait utile non seulement pour l'établissement d'une ligne au titre de l'incompatibilité, mais aussi pour fournir des orientations aux juridictions des États membres de l'UE sur la manière de traiter l'objection selon laquelle le tribunal n'était pas compétent en vertu d'un TBI intra-UE dans le cadre de la procédure d'exécution au titre de la convention de New York.

Un autre argument qui pourrait être invoqué, lorsque l'exécution est recherchée devant les tribunaux d'un État membre de l'UE, est que l'exécution de la sentence arbitrale pourrait constituer une violation de l'ordre public de l'Union européenne et, par extension, de l'ordre public de l'État d'exécution, en vertu de l'article 5, paragraphe 2, point b), de la convention de New York. Pour répondre à cet argument, il semble utile, dans un premier temps, d'examiner dans quelles circonstances le droit de l'Union interdit l'exécution des sentences arbitrales. À cet égard, l'approche adoptée par la Cour de justice dans son arrêt *Eco Swiss*¹²⁸ peut donner des indications utiles.

Dans l'arrêt *Eco Swiss*, la Cour de justice a examiné une disposition du droit de la concurrence de l'UE interdisant certains accords restrictifs entre entreprises¹²⁹,

¹²⁸ CJCE, 1 June 1999, Aff. C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*, Rec. 1999, p. I-03055

¹²⁹ Actuellement c'est l'article 101 TFUE

et les effets d'une violation de cette disposition sur la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale par les tribunaux d'un État membre de l'UE. La Cour commence par souligner que:

*“Il convient d'observer que les exigences tenant à l'efficacité de la procédure arbitrale justifient que le contrôle des sentences arbitrales revête un caractère limité et que l'annulation d'une sentence ne puisse être obtenue, ou la reconnaissance refusée, que dans des cas exceptionnels.”*¹³⁰

Toutefois, elle a ensuite souligné que de telles circonstances exceptionnelles pourraient exister lorsque

*«une disposition fondamentale indispensable pour l'accomplissement des missions confiées à la Communauté et, en particulier, pour le fonctionnement du marché intérieur »*¹³¹.

Selon la Cour, cela a été précisément le cas avec la disposition de droit de la concurrence en cours d'examen.

La Cour semble donc suggérer que le droit de l'UE accepte généralement l'exécution des sentences arbitrales fondées sur une application erronée du droit de l'UE, pour autant que cette application ne soit pas contre une *«disposition fondamentale ... essentielle pour l'accomplissement des tâches confiées à la Communauté»*¹³².

Il est intéressant de noter que la Cour a ajouté que ses constatations étaient compatibles avec les obligations des États membres en vertu de la Convention de New York, étant donné que la nécessité d'observer une *«disposition fondamentale»* du droit de l'UE pourrait également être considérée comme une question d'ordre public au sens de cette convention¹³³. En conséquence, il semblerait que, lorsque

¹³⁰ CJCE, aff. C-126/97, pré cit. par. 35

¹³¹ Ibid. par. 36

¹³² Ibid.

¹³³ Ibid. para. 38-39

l'exécution d'une sentence va à l'encontre d'une «disposition fondamentale» du droit de l'UE, elle enfreindra également l'ordre public de l'UE¹³⁴.

Dans le même temps, il y a peu d'indications sur les dispositions du droit de l'UE qui pourraient être qualifiées comme suffisamment «fondamentales» pour justifier la non-exécution d'une sentence arbitrale¹³⁵. En particulier, pour répondre à la question de savoir si l'exécution d'une sentence accordée dans le cadre d'un TBI intra-UE pourrait violer une disposition fondamentale de la législation de l'UE, car le BIT sous-jacent est incompatible avec le droit de l'UE, il faudrait certainement regarder de très près les incompatibilités présumées.

La situation est encore plus intéressante en ce qui concerne la violation de l'article 107 du TFUE, la disposition en cause dans l'affaire *Micula*¹³⁶. Comme il a été mentionné précédemment, la Commission européenne fait valoir que l'exécution d'une sentence doit être considérée comme une aide d'État lorsque la sentence prévoit le paiement de dommages et intérêts fondé sur une mesure de l'État-hôte qui elle-même était nécessaire pour éviter une infraction aux règles de l'UE en matière d'aides d'État¹³⁷. Selon la Commission européenne, si une telle sentence devait être exécutée, cela équivaldrait à donner indirectement effet à l'aide d'État illégale que la mesure de l'État devait précisément éviter¹³⁸. Sans évaluer si ce point de vue est correct et si l'application de la sentence *Micula* violerait effectivement l'article 107 du TFUE, compte tenu du rôle de l'article en tant que disposition centrale du droit de la concurrence de l'UE, il n'est certainement pas invraisemblable de le considérer comme « une disposition fondamentale qui est essentielle ... pour le fonctionnement de la marché intérieur ». Dans ce cas lorsque l'exécution d'une sentence entraînerait une violation de l'article 107 du TFUE, la décision *EcoSwiss* indique non seulement

¹³⁴ T. EILMANSBERGER, « Bilateral Investment Treaties and EU Law », *Common Market Law Review*, 2009, n°383, p. 428

¹³⁵ J. BASEDOW, « EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice », (2015) 32 *Journal of International Arbitration*, 2015, vol.32 n° 367, p.372.

¹³⁶ COMMISSION EUROPÉENNE, Décision (EU) 2015/1470 de 30 mars 2015 concernant l'aide d'État SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) mise en œuvre par la Roumanie — Sentence arbitrale dans l'affaire *Micula/Roumanie* du 11 décembre 2013.

¹³⁷ C. TIETJE et C.WACERNAGEL, « Outlawing Compliance? - The enforcement of intra-EU investment awards and EU State Aid Law », op.cit.

¹³⁸ COMMISSION EUROPÉENNE, Décision (EU) 2015/1470 de 30 mars 2015, précit. para.104

que la législation de l'UE n'autoriserait pas l'exécution de la sentence, mais que cette exécution serait contraire à l'ordre public de l'UE.

Si on accepte que l'art 107 TFUE est une disposition d'ordre public et relève du champ d'application de la convention de New York, il est nécessaire de répondre à une question supplémentaire qui est liée au pouvoir discrétionnaire du juge national saisi avec une demande d'exécution d'une sentence arbitrale. C'est-à-dire, il convient de répondre à la question de savoir si les tribunaux des États membres peuvent revoir les sentences arbitrales sur le fond au motif d'une violation de droit de la concurrence, pour qu'ils puissent établir si une telle violation représente une violation de l'ordre public et, par conséquent, un motif de refus d'exéquatur.

Selon la doctrine il existe deux possibles réponses à cette question. La première réponse qui est soutenue par les auteurs plus conservateurs repose sur une approche minimaliste. D'après cette approche les sentences arbitrales ne devraient pas faire l'objet d'un contrôle au fond. Les partisans de cette première approche ont fondé leur vision sur la jurisprudence établie dans l'affaire *Mitsubishi*¹³⁹. Selon cette jurisprudence le rôle de la juridiction saisie est limité à affirmer que les arbitres ont abordé de manière compétente les questions émergentes du droit de la concurrence sans examiner minutieusement les faits et les problèmes juridiques de la sentence. Cette approche est conforme à l'arbitrabilité du droit de la concurrence, en respectant non seulement l'arbitrage en tant que mécanisme de règlement des différends, mais aussi la finalité des récompenses¹⁴⁰.

Ce point de vue est également conforme à l'arrêt de la CJUE dans l'affaire *EcoSwiss*, qui mentionne expressément que le réexamen des sentences arbitrales doit être limité. La Cour d'appel de Paris dans son arrêt dans l'affaire *Thales*¹⁴¹ dispose que seulement une infraction concrète, effective et grave pourrait empêcher la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale, y compris des questions relatives au droit de la concurrence. En dépit de l'acceptation universelle de ce

¹³⁹ Trb., 19 January 2016, Aff. T-409/12, *Mitsubishi Electric Corp. v European Commission*, ECLI:EU:T:2016:17

¹⁴⁰ L. G. Radicati di BROZOLO, « Chapter 22: Court Review of Competition Law Awards in Setting Aside and Enforcement Proceedings » in G. BLANKE et P. LANDOLT (eds.), *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners*, Kluwer Law International, 2011, p. 765-766

¹⁴¹ Cour d'appel de Paris, arrêt de 18 novembre 2004, *Thalès Air Defence BV v GIE Euromissile*

contrôle, l'approche est souvent critiquée au motif qu'il minimise le rôle de la juridiction saisie¹⁴². Les adversaires de cette approche argumentent aussi qu'elle pourrait conduire à contourner les règles en matière de concurrence. Selon eux, un examen plus approfondi des décisions arbitrales est rendue nécessaire à cause du caractère public du droit de la concurrence. Cette deuxième approche a été appliquée par la Cour d'appel de La Haye, en refusant l'exécution d'une sentence arbitrale en raison d'une mauvaise mise en œuvre du droit de la concurrence par le tribunal arbitral¹⁴³.

Toutefois, cette deuxième approche est aussi critiquée car elle aborde la présomption que tout non-respect des règles obligatoires en matière de concurrence pourrait être considéré comme une violation de l'ordre public, tandis qu'en réalité, seulement les violations graves du droit de la concurrence pourrait être conditionné comme une violation de l'ordre public. De plus, l'approche maximaliste aboutit à une violation de certains des principes essentiels de l'arbitrage en tant que mode de règlement extrajudiciaire des différends¹⁴⁴.

En termes de procédure, une objection fondée sur l'article 5, paragraphe 1, point a), ou à l'article 5, paragraphe 2, point b), de la convention de New York aurait dû être examinée par les juridictions de l'État membre qui traite la demande de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales liées au TBI intra-UE. Étant donné que chacun de ces motifs pourrait être considéré comme soulevant des questions de droit de l'UE qui n'ont pas encore été traités avec suffisamment de clarté par la CJCE, on peut attendre que les juridictions d'un État membre, enverront ces questions à la Cour de justice à titre préjudiciel en vertu de l'article 267 TFUE.

¹⁴² L. G. Radicati di BROZOLO, « Chapter 22: Court Review of Competition Law Awards Précit. P.769

¹⁴³ Cour d'appel de La Haye, Arrêt de 24 mars 2005, *Marketing Displays*, cité d'après L. G. Radicati di BROZOLO, précit. p.771

¹⁴⁴ L. G. Radicati di BROZOLO, « Chapter 22: Court Review of Competition Law Awards Précit. p.764

Conclusion

Après l'analyse faite dans ce travail il est clair que le droit l'UE et le droit international interagissent d'une manière complexe au sujet des sentences arbitrales finales.

Le futur des TBI reste incertain même si le Traité de Lisbonne a essayé de donner une clarification sur le régime des compétences en matière des investissements étrangers. Il n'a pas réussi de donner d'une manière claire et certaine une vision cohérente sur la validité des TBI, en laissant ouvert le débat entre les Etats et la Commission.

Comme on a vu l'exécution de sentences arbitrales peut entrer en contradiction avec le régime d'aide d'état en dépendance du régime applicable à cette exécution. Si d'après le TBI, le régime applicable est celui de la Convention CIRDI qui ne permet pas aux états de contrôler la validité des sentences arbitrales et cette sentence devrait être exécutée telle quelle, on peut imaginer que certains des éléments de la notion d'aide d'état ne seront pas remplis. Mais si le TBI fait la référence à la Convention de NY qui donne aux états un pouvoir discrétionnaire dans ce cas le risque de remplissage des conditions de l'article 107 TFUE est plus grand et les états sont obligés de prendre en compte le droit européen, en vérifiant la validité de la sentence arbitrale.

Comme on a vu, la complexité de l'exécution de la sentence arbitrale au sein de l'UE pose en risque le régime international de garantir des investissements car les principes de sécurité juridique et l'expectation légitime ne peuvent pas être garantis à cause de l'incertitude accrue.

Bibliographie

I. OUVRAGES

A. OUVRAGES GENERAUX, MANUELS

- M-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, Paris, Dalloz, 2017
- I.BAEL, J.-F.BELLIS, *Droit de la concurrence de la communauté économique européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010
- D. CARREAU, P. JUILLARD, *Droit international économique*, 3^e édition, Paris, Dalloz, 2007
- P-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, 16^e édition, Paris, Dalloz, 2016
- Ch. GAVALDA, G.PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 7^e édition, Paris, Litec, 2014
- J.-P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 8^{ème} ed. Dalloz, Paris, 2015
- A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition law*, Oxford, Oxford University press, 2017
- B. MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de sciences PO/Dalloz, 2004
- C.SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien, 2013
- K. SHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2013

B. MONOGRAPHIES

- G. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, Kluwer Law International, 2012

- A. DIEHL, *The core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*, Kluwer Law International, 2012
- A. GHOURI, *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*, *International Arbitration Law Library*, Vol.32, 2015
- A. REDFERN, M.HUNTER, *Law and practice of international commercial arbitration*. London, Sweet and Maxwell, 2004
- A.SEMOV, *La système juridique de l'Union européenne*, 2017

II. Codes, commentaires de traités, dictionnaires, encyclopédies, Jurisclasseurs

- C. SCHREUER, *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY*, Cambridge, Cambridge university press. 2011

III. Thèses et Mémoires

- R. BANERJEE, 'An "inter-friend-tion"- Is the "Amicus curiae" truly living up to its purpose of being the "Friend of the Court"?: A review of its role in Investor-State arbitration proceedings under the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Convention', *Mémoire*, Central European University, 2016
- P. GOSPODINOV, 'The Application of European Competition Law in Arbitration Proceedings', *Thèse de doctorat*, Erasmus Université Rotterdam, 2014
- CH. MAKRYGIANNI, 'EU State aid law and the enforcement of intra-EU investment arbitral awards', *Mémoire*, International Hellenic University, 2016
- M.A. NOGALES, 'The Role of the European Union in intra-EU investment arbitration: the end of private dispute resolution in Europe?', *Mémoire*, Erasmus University of Rotterdam, 2016
- T. SAHIBLI, 'The relationship of EU law and bilateral investment treaties. The possible enforcement implications of intra-EU ICSID awards in conflict with EU law', *Mémoire*, Umeå Universitet, 2015

• C. WIK, 'The Role of the European Commission as a Modern Third Party Intervener in International Investment Arbitration', Mémoire de Master, University of Helsinki, 2016

IV. Articles, Chroniques, Etudes

• V. ALLAN, D. INGLE, 'European law and investment treaties', The Investment Treaty Arbitration Review, 2e édition, 2017, pp. 288-300, disponible sur [http://thelawreviews.co.uk/digital_assets/01dda6fe-2f06-42a4-8d01-acc5114350ab/The-Investment-Treaty-Arbitration-Review-\(2nd-Edition\).pdf](http://thelawreviews.co.uk/digital_assets/01dda6fe-2f06-42a4-8d01-acc5114350ab/The-Investment-Treaty-Arbitration-Review-(2nd-Edition).pdf) , (dernière visite 02/09/2017)

• C. ANDERER, 'Bilateral Investment Treaties and the EU Legal Order: Implications of the Lisbon Treaty', Brooklyn Journal of International Law, Vol. 35, Issue 3, in Symposium: New Paradigms for Financial Regulation in the United States and the European Union, 2010, disponible sur <http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1152&context=bjil> , (dernière visite 02/09/2017)

• E. BALDWIN, M. KANTOR, M. NOLAN, 'Limits to Enforcement of ICSID Awards', *Journal of International Arbitration*, 2006, n°23

• J. BASEDOW, 'EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice', *Journal of International Arbitration*, Vol.32, Issue 4, 2015, pp.367-386, disponible sur <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=808067068026065069066107009117069091035019070001075003096097083108083012105029007002106039102104013096111074014028073068113097126080022051012091115093072082093126030093028080093096003097072113026067096126092011114101002020000067122107000074127118092017&EXT=pdf>, (dernière visite 02/09/2017)

• I. BILANIUK, U. BARDYN, 'Enforcement of awards', The Investment Treaty Arbitration Review, 2e édition, 2017, pp. 222-240, disponible sur <http://thelawreviews.co.uk/edition/the-investment-treaty-arbitration-review-edition-2/1143423/enforcement-of-awards> , (dernière visite 02/09/2017)

• G. BLANKE, « The Role of EC Competition Law in International Arbitration - A Plaidoyer », EBLR, vol. 16 (1), 2005

- G. BLANKE, *'The Use and Utility of International Arbitration in EC Commission Merger Remedies'*, Groningen, Europa Law Publishing, 2006
- K.H. BÖCKSTIEGEL, 'Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today?', *The Journal of the London Court of International Arbitration*, Vol. 28, № 4, 2012, disponible sur http://www.arbitration-icca.org/media/4/20743713842706/media113644853030910bckstiegel_lalive_lecture_offprint.pdf (dernière visite 02/09/2017)
- E. BOHM, M.MOTAABBED, 'Investment Arbitration, the European Union and the Unloved European BITs of its Member States', 2014 *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2014
- L. G. Radicati di BROZOLO, 'Chapter 22: Court Review of Competition Law Awards in Setting Aside and Enforcement Proceedings' in G. BLANKE et P. LANDOLT (eds.), *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners*, Kluwer Law International, 2011
- H. BURUMA (Cabinet d'Avocats), 'Investment arbitration. The role of bilateral investment treaties', in *International arbitration*, Vol. 2, in *In-house counsel practical guide*, 2012, disponible sur http://www.houthoff.com/uploads/tx_hhpublications/Brochure_Arbitration_2012.pdf (dernière visite 02/09/2017)
- CLIENTEARTH STUDY, 'Legality of investor-state dispute settlement under EU Law', legal study, 2015, disponible sur <https://www.documents.clientearth.org/wp-content/uploads/library/2015-10-15-legality-of-isds-under-eu-law-ce-en.pdf>, (dernière visite 02/09/2017)
- J. DAHLQUIST, H. LENK, L. RÖNNELID, 'The infringement proceedings over intra-EU investment treaties – an analysis of the case against Sweden', Swedish Institute for European Policy Studies (SIEPS), 2016, disponible sur http://www.sieps.se/sites/default/files/2016_4_epa_%20eng.pdf, (dernière visite 02/09/2017)
- M.DIMSEY, 'Article 4. Submission by a third person', in D.EULER, M.GEHRING, M. SCHERER "Transparency in International Investment Arbitration - A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty Based Investor-State Arbitration", Cambridge University Press, e-book 2015

- T. EILMANSBERGER, 'Bilateral Investment Treaties and EU Law', *Common Market Law Review*, 2009, n°383
- M. FITZMAURICE, 'Dynamic (Evolutive) Interpretation', 21th Hague Yearbook of International Law, 2008
- T. GAZZINI, 'Bilateral investment treaties', in International investment law: the sources of rights and obligations, T. Gazzini, E. De Brabandere, eds., The Hague: Martinus Nijhoff, 2012, disponible sur <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=520006116096075013069102106064124005120037062046029025071064117071069122074071086005018107016026040058048090066095098102102117040072009047028111096123094113001097086089069047099116118112002083120093108103020108029112005016092094114120120097024066071121&EXT=pdf>, (dernière visite 02/09/2017)
- R. HIGGINS, *Problems & Process: International Law and How We Use It*, Oxford, Clarendon, 1994
- S. HINDELANG «Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU's Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter-se Treaties? The Case of Intra-EU Investment Arbitration », *Legal Issues of Economic Integration*, Vol.39, 2012
- F. HOFFMEISTER, « The European Union and the Peaceful Settlement of International Disputes », *CJIL*. n° 77, 2012
- V. HRADILOVA, 'European law in arbitration proceedings', Masaryk University, disponible sur <https://www.law.muni.cz/sborniky/Days-of-public-law/files/pdf/mep/Hradilova.pdf>, (dernière visite 02/09/2017)
- P. JUILLARD, 'Bilateral investment treaties in the context of investment law', in Investment Compact Regional Roundtable on Bilateral Investment Treaties for the Protection and Promotion of Foreign Investment in South East Europe, Dubrovnik, Croatia, 2001, disponible sur <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/1894794.pdf>, (dernière visite 02/09/2017)
- T. KENDE, 'Arbitral Awards Classified as State Aid under European Union Law', *ELTE Law Journal*, 2015, disponible sur

<http://eltelawjournal.hu/arbitral-awards-classified-state-aid-european-union-law/>,
(dernière visite 02/09/2017)

• J. KLEINHEISTERKAMP, 'The Next 10 Year ECT Investment Arbitration: A Vision for the Future – From a European law perspective', Report for the SCC / ECT / ICSID Conference on "10 Years of Energy Charter Treaty Arbitration", LSE Law, Society and Economy Working paper № 7, 2011, disponible sur

<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=222100088117000124077000103027100099028056019049035053126024086101126090102127000067102059037001108061038110083001126026002094006000058075009015121123005096072070046039004094013116098100120092081087006125065011028002020079084004127088125071113126073&EXT=pdf>, (dernière visite 02/09/2017)

• C. KNAHR, 'The New Rules On Participation Of Non-Disputing Parties In ICSID Arbitration: Blessing Or Curse?', *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2011

• S. LAMB, D. HARRISON, J. HEW, 'Recent developments in the law and practice of amicus briefs in investor-state arbitration', *Indian Journal of arbitration law*, Vol. 5, Issue 2, 2017, disponible sur <https://m.lw.com/thoughtLeadership/recent-developments-law-practice-amicus-briefs-investor-state-arbitration-IJAL>, (dernière visite 02/09/2017)

• N. LAVRANOS, 'Bilateral Investment Treaties (BITs) and EU law', *European Federation for Investment Law and Arbitration (EFILA)*, in *ESIL Conference*, 2010, disponible sur <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=632004121085072096114093026065074031022009008003061029091075105119120082102020071111029005054040005038115073120110024022082118042061046087007099003098105113105090096026093073086066091107068068082089094103003086122064114127083026095029088119064017102024&EXT=pdf>, (dernière visite 02/09/2017)

• E. LEVINE, 'Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation', *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 29, Issue 1, 2011, disponible sur

<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1402&context=bjil>,
(dernière visite 02/09/2017)

• P. NACIMIENTO “Article 5(1)(a)” in KRONKE, H and Others (eds), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer, 2010

• Cs. NAGY, ‘Central European perspectives on investor-state arbitration: practical experiences and theoretical concerns’, Centre for International Governance Innovation (CIGI), Investor-state arbitration series, Paper №16, 2016, disponible sur <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=127087120097029125072095099094001030022041017031027078099093029106008075127118000030001121005122042126107027093089111018029070046034013064088072021069093111023029100086036012092017021108091026124068106092117118119001005027094069095002112077075016084095&EXT=pdf> , (dernière visite 02/09/2017)

• K. ODENDAHL, « Article 30: application of successive treaties relating to the same subject matter“ in O.DORR, K. SCHMALENBACH(eds), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* ,Springer, 2012

• C. OLIVET, ‘A test for European solidarity. The case of intra-EU Bilateral Investment Treaties’, Transnational Institute, 2013, disponible sur https://www.tni.org/files/download/briefing_on_intra-eu_bits_0.pdf , (dernière visite 02/09/2017)

• P. ORTOLANI, ‘Intra-EU Arbitral Awards vis-à-vis Article 107 TFEU: State Aid Law as a Limit to Compliance’, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 6, 2015, pp. 118–135, disponible sur <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=167106127002031066071104025110007089022020095078034062005089094014029067004003031117052006044120112038124024097113019073023097041091082060074088012073025105097068076021036094121125081123004111028020065089084005074106031005123124004118103102006092003072&EXT=pdf> , (dernière visite 02/09/2017)

• K. V. PAPP, ‘„Clash of “Autonomous Legal Orders”’: Can EU Member State Courts Bridge the Jurisdictional Divide Between Investment Tribunals and the ECJ? A Plea for Direct Referral from Investment Tribunals to the ECJ’, *CMLR*, 2013, n°50

• A. REINISCH, ‘The EU on the Investment Path Quo Vadis Europe? The future of EU BITs and other Investment Agreements’, *Santa Clara Journal of International Law*, Vol.12, 2014, pp.111-157, disponible sur <http://digitalcommons.law.scu.edu/scujil/vol12/iss1/6/>, (dernière visite 02/09/2017)

• A. SARAVANAN, S.R. SUBRAMANIAN, ‘The Participation of Amicus Curiae in Investment Treaty Arbitration’, *Journal of Civil & Legal Sciences*, Vol. 5, Issue 4, 2016, disponible sur <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=189069123081090108018095001092028103025072088045028034119097092076097074072088114027106016006035108029051125112107091064087027038010070008020107092084006100104022111020033003095093005076119004117089031022116127013092003071000090019006078006093029116031&EXT=pdf>, (dernière visite 02/09/2017)

• S.SCHILL, ‘International Investment Law and Comparative Public Law—An Introduction’, in *INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND COMPARATIVE PUBLIC LAW* n°3, 2010

• S.M. SCHEWEBEL, ‘The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law’, *American Society International Law Proceedings*, Vol. 98, 2004

• C. SCHREUER, ‘Travelling the BIT Route – Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road’, *Journal of World Investment & Trade*, Issue 5, 2004

• F.D. SIMÕES, ‘A guardian and a friend? The European Commission’s participation in investment arbitration’, *Michigan state international review*, Vol. 25, Iss. 2, 2017, pp. 233-303, disponible sur <http://digitalcommons.law.msu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1219&context=ilr>, (dernière visite 02/09/2017)

• S. SINGH, S. SHARMA, ‘Investor-State Dispute Settlement Mechanism: The Quest for a Workable Roadmap’, *Merkourios Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 29, Issue 76, 2013, pp. 88-101, disponible sur <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=8661050711221020900990861210920280750310540710450170870951101081011050000670711161091061010060991050061100840151190911011141110070820940920140801271070930190110730>

[86090044076127008119074112118025021025079120014099098118116091092074094077089031025083097&EXT=pdf](http://www.tietje.jura.uni-halle.de/sites/default/files/PolicyPaper/PolicyPaper_No41.pdf) , (dernière visite 02/09/2017)

• C. TIETJE, C. WACKERNAGEL, ‘Outlawing Compliance?- The enforcement of intra-EU investment awards and EU State Aid Law’, Policy Papers on Transnational Economic Law, Transnational Economic Law Research Center, 2014, No.41, pp.1-9, disponible sur http://tietje.jura.uni-halle.de/sites/default/files/PolicyPaper/PolicyPaper_No41.pdf, (dernière visite 02/09/2017)

• C. TIETJE, C. WACKERNAGEL, ‘Enforcement of Intra-EU ICSID Awards, Multilevel Governance, Investment Tribunals and the Lost Opportunity of the Micula Arbitration’, The Journal of World Investment & Trade, Vol.16, 2015, pp.205-246.

• C. TITI, ‘International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements’, The European Journal of International Law, Vol. 26, Issue 3, 2015, Oxford University Press, pp. 639–661 disponible sur <https://academic.oup.com/ejil/article/26/3/639/2599588/International-Investment-Law-and-the-European> , (dernière visite 02/09/2017)

• T.W. WALDE, „Interpreting Investment Treaties: Experiences and Examples“, in C. BINDER et al, International Investment Law for the 21th Century. Essays in Honour of C. Schreuer Oxford, Oxford University Press, 2009

• H. WEHLAND, ‘The Enforcement of Intra-EU BIT Awards: Micula v Romania and Beyond’, Journal of World Investment & Trade, Vol. 17, 2016, pp. 942–963, disponible sur http://www.lenzstaehelin.com/uploads/tx_netvlsldb/Hanno_Wehland_-_Enforcement_of_Intra-EU_BIT_Awards_-_Pre-peer-review_version.pdf, (dernière visite 02/09/2017)

• S. WOOLCOCK, « The Potential Impact of the Lisbon Treaty on European Union External Trade Policy », *Swedish institut for european policy analysis*, June 2008

V. Documents officiels

A. Textes officiels

1. Textes de l'Union européenne

• RÈGLEMENT (UE) No 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, OJ L 351, 20.12.2012

B. Communications, livres blancs, livres verts, propositions et documents de travail de la Commission et du Parlement

• Communication de la Commission relative à la notion d'«aide d'État» visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 2016/C 262/01, disponible sur [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016XC0719\(05\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016XC0719(05)&from=EN) (dernière visite 02/09/2017)

• Parlement Européen, 'Approche européenne de la politique en matière d'investissement international après le Traité de Lisbonne', étude de la Direction Général des politiques externes, Direction B, 2010, disponible sur [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2010/433854/EXPO-INTA_ET\(2010\)433854_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2010/433854/EXPO-INTA_ET(2010)433854_FR.pdf) (dernière visite 02/09/2017)

• Parlement Européen, 'Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU', Direction Général des politiques internes, Département des politiques C: Droit des citoyens et des affaires constitutionnelles, 2014, disponible sur [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPOL_STU\(2015\)509988_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPOL_STU(2015)509988_EN.pdf) (dernière visite 02/09/2017)

C. Textes internationaux

• Convention pour la Reconnaissance et L'exécution des Sentences Arbitrales Étrangères (Convention de New York), 1958

- Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, signée à Washington, 1965
- Convention de Vienne sur le droit des traités, conclue à Vienne le 23 mai 1969
- Agreement on Encouragement of Reciprocal Protection of Investments Between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic, 1991

VI. Jugements, arrêts, avis, décisions et conclusion d'avocat général

A. Au niveau de l'Union européenne

1. CJCE / CJUE

- CJCE, 15 juillet 1964, Aff. 6/64 *Consta c/ENEL*, ECLI:EU:C:1964:66
- CJCE, 15 December 1976, Aff. 41/76, *Suzanne Criel, née Donckerwolcke and Henri Schou v Procureur de la République au tribunal de grande instance de Lille and Director General of Customs*, Rec. 1976, p. 01921
- CJCE, 27 March 1980, Aff. 61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato v Denavit italiana Srl.*, Rec. 1980, p. 01205
- CJCE, 23 March 1982, Aff. 102/81, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG*, Rec. 1982, p. 01095
- CJCE, 27 September 1988, Aff. Jointes 106 à 120/87, *Asteris AE and others v Hellenic Republic and European Economic Community*, Rec. 1988, p. 05515
- CJCE, 1 June 1999, Aff. C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*, Rec. 1999, p. I-03055
- CJCE, 16 mai 2002, Aff. C-482/99, *France v Commission ('Stardust Marine')*, Rec. 2002 I-4397
- CJCE, 23 February 2006, Aff. Jointes C-346/03 et C-529/03, *Giuseppe Atzeni and Others (C-346/03), Marco Scalas and Renato Lilliu (C-529/03) v Regione autonoma della Sardegna*, Rec. 2006, p. I-01875

- CJCE, 30 mai 2006, Aff. C-459/03, *Mox Plant*, Rec. 2006, I-4635
- CJCE, 3 mars 2009, Aff. C-205/06, *European Commission v. Republic of Austria*
- CJCE, 3 mars 2009, Aff. C-249/06, *European Commission v. Republic of Sweden*
- CJUE, 29 novembre 2012, Aff. C-262/11, *Kremikovtzi AD v Ministar na iekonomikata, energetikata i turizma i zamestnik-ministar na iekonomikata, energetikata i turizma*, ECLI:EU:C:2012:760
- CJUE, 1 October 2015, Aff. C-357/14, *Electrabel SA and Dunamenti Erőmű Zrt v European Commission*, ECLI:EU:C:2015:642

2. TPI/Trb.

- TPI, 5 April 2006, Aff. T-351/02, *Deutsche Bahn AG v Commission of the European Communities*, Rec. 2006, p. II-01047
- Trb., 1 July 2010, Aff. T-62/08, *ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni SpA v European Commission*, Rec. 2010, p. II-03229
- Trb., 19 January 2016, Aff. T-409/12, *Mitsubishi Electric Corp. v European Commission*, ECLI:EU:T:2016:17
- Trb., 12 July 2016, Aff. T-326/13, *European Commission v Thales développement et coopération SAS*, ECLI:EU:T:2016:403
- Trb., Recours introduit le 28 novembre 2015, Aff. T-704/15, *Micula e.a./Commission*

3. ECtHR/CUDH

- ECtHR, Décision de 30 June 2005, App. No.45036/98, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*
- ECtHR, Décision de 12 May 2009, App. No. 10750/03, *Gasparini v Italy and Belgium*

4. Commission européenne

- Décision de la Commission du 19 janvier 2005, aff. n° C.37.773 — AMCA, *Akzo Nobel NV, Akzo Nobel Nederland BV, Akzo Nobel Chemicals BV, Akzo*

Nobel Functional Chemicals BV, Akzo Nobel Base Chemicals AB, Eka Chemicals AB, Akzo Nobel AB, Atofina SA, Elf Aquitaine SA, Hoechst AG, Clariant GmbH, Clariant AG

- Commission Européenne, *La position de la Commission en tant qu'Amicus Curiae*, UNCITRAL affaire No. 2013-06, *US Steel Global Holdings v Slovak Republic*

- Décision de la Commission du 30 mars 2015, aff. n° 2015/1470, concernant l'aide d'État SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) mise en œuvre par la Roumanie — Sentence arbitrale dans l'affaire Micula/Roumanie du 11 décembre 2013

B. Au niveau international

1. ICSID/CIRDI

- ICSID, Sentence de 11 octobre 2002, aff. ARB(AF)/99/2 (NAFTA), *Mondev International Ltd. v. United States*

- ICSID, Sentence de 29 avril 2004, aff. ARB/02/18, *Tokios Tokelés v. Ukraine*

- ICSID, Sentence de 9 novembre 2004, aff. ARB/02/13, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Jordan*

- ICSID, Sentence final de 8 février 2005, Aff. No. ARB/03/24, *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*

- ICSID, Sentence de 17 juin 2005, aff. ARB/03/10, *Gas Natural SDG v Argentina*

- ICSID, Décision à l'objection sur la compétence de 21 Octobre 2005, aff. ARB/02/3, *Aguas del Tunari S.A. v. Bolivia*

- ICSID, Sentence de 22 mai 2007, aff. ARB/01/3, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina*,

- ICSID, Sentence du 23 Septembre 2010, Aff. No. ARB/07/22, *AES SUMMIT GENERATION LIMITED AES-TISZA ERÖMÜ KFT v. THE REPUBLIC OF HUNGARY*

- ICSID, Sentence finale du 11 Décembre 2013, Aff. No. ARB/05/20, *IOAN MICULA, VIOREL MICULA, S.C. EUROPEAN FOOD S.A., S.C. STARMILL S.R.L. AND S.C. MULTIPACK S.R.L. v. ROMANIA*

- ICSID, Sentence du 25 novembre 2015, aff. No. ARB/07/19, *Electrabel S.A. (Belgium) v. Republic of Hungary*

- ICSID, Décision d'annulation du 26 Février 2016, Aff. No. ARB/05/20, *IOAN MICULA, VIOREL MICULA AND OTHERS v. ROMANIA*

2. UNCITRAL

- UNCITRAL, 15 January 2001, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as “amici curiae”, *Methanex Corporation v. United States of America*

- UNCITRAL, Sentence de 20 Juin 2006, *National Grid plc v Argentina*

- UNCITRAL, Sentence de 17 Mars 2006, *Saluka Investments BV v. Czech Republic*

- UNCITRAL, 27 mars 2007, Aff. N°088/2004, *Eastern Sugar BV (Netherlands) v Czech Republic*

- UNCITRAL, 26 Octobre 2010, Aff. No 2008-13, *Eureka BV v Slovak Republic*

C. Au niveau national

- Cour d'appel de Paris, arrêt de 18 novembre 2004, *Thalès Air Defence BV v GIE Euromissile*

- Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Décision du 10 Mai 2012, Aff. No. 26 SchH 11/10, *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0931.pdf> (dernière visite 02/09/2017)