

SECTION 3

La protection des investissements directs étrangers

SOUS-SECTION 1

L'encadrement international : accords MIC (OMC), accords bilatéraux d'investissement

101 14 Bibliographie

- AUDIT, BOLLÉE, CALLE, Droit du commerce international et des investissements étrangers, Éditions LGDJ, 2014 ;
- BEAUFORT, *in* la Revue Droit des Affaires, 10^e édition, N^o spécial sur les IDE, 2012 ;
- BONOMO, Les Traités Bilatéraux relatifs aux Investissements : entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États, Éditions Presses universitaires d'Aix-Marseille - Puam, 2012 ;
- CARREAU, JUILLARD, Droit international économique, Éditions Dalloz, 2013 ;
- DE NANTEUIL, Droit international de l'investissement, Éditions Pedone, 2^e édition, 2017 ;
- DE NANTEUIL, L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement, Éditions Pedone, 2014 ;
- DOLZER, C, SCHREUER, Principles of international investment law, Éditions Oxford university press, 2008 ;
- LEBEN (dir.), Le contentieux transnational relatif à l'investissement, Éditions Anthémis, 2006 ;
- NIKIEMA, L'expropriation indirecte en droit international des investissements, Éditions Puf, 2012 ;
- Base de données relative aux Traités bilatéraux d'investissement : <https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/resources/Bilateral-Investment-Treaties-Database.aspx#a1>
- Commission staff working document impact assessment - Multilateral reform of investment dispute resolution - Accompanying the document Recommendation for a Council Decision authorising the opening of negotiations for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes, SWD/2017/0302 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=SWD:2017:302:FIN>
- THYM, The CJEU ruling in Achmea : Death Sentence for Autonomous Investment Protection Tribunals, 2018, 9 March, published on EU Law Analysis blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2018/03/the-cjeu-ruling-in-achmea-death.html>

- Proposition de Règlement du Parlement européen et du conseil établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union européenne : http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/AUTRES_INSTITUTIONS/COMM/COM/2017/11-22/COM_COM20170487_FR.pdf
- EU Trade Statistical Guide - June 2017 - European Commission

§ 1. Historique des traités bilatéraux d'investissement et définitions essentielles

101 15 Historique

Auparavant, l'investissement était protégé sur le fondement de la protection diplomatique. Par la suite, les différends relatifs aux investissements étaient réglés par l'intermédiaire des clauses compromissaires contenues dans les contrats d'État.

La protection des investissements ne fait pas l'objet d'un accord multilatéral global ce qui a permis le développement des traités bilatéraux d'investissement (« TBI »). Dès 1959, les investissements étrangers ont fait l'objet d'une protection sur le fondement de ce type d'accord. Le premier TBI est conclu le 25 novembre 1959 entre l'Allemagne et le Pakistan. Par la suite, la conclusion des accords bilatéraux s'est multipliée notamment de manière accrue à partir des années 90. Il en est aujourd'hui recensé plus de trois mille. D'après le Professeur De Nanteuil, les TBI représentent « l'existence d'un véritable corps de règles constituant le droit international des investissements » et la discipline relative aux TBI dispose d'« une assise géographique quasi-universelle » en raison de la signature de la majorité des États d'au moins un TBI. Tout en sachant que cette analyse englobe aussi les pays en développement. À titre d'exemple, l'Argentine et les États-Unis en comptent une cinquantaine, l'Égypte, les Pays-Bas, la France, le Royaume-Uni et la Suisse en ont signé plus d'une centaine.

Le but d'un TBI est d'établir des règles protégeant les investissements étrangers effectués sur le territoire de l'une des parties. L'État se doit donc d'apporter un accueil favorable aux investissements en respectant les règles contenues dans ces accords. En effet, la violation de ces règles peut être directement invoquée devant un tribunal arbitral par l'investisseur étranger. Certes, les TBI sont des accords signés entre deux États. Cependant, depuis l'affaire *A.A.P.L. c/ Sri Lanka*, l'investisseur étranger peut directement bénéficier de la protection du TBI en présence d'une violation d'une obligation internationale d'une des parties. Ils permettent alors de régler les différends entre un État et un investisseur étranger.

La forme des TBI est plutôt homogène. De manière générale, l'ensemble des TBI comporte un préambule qui évoque la volonté des parties de promouvoir et de protéger les investissements étrangers dans le but d'octroyer des conditions favorables aux investissements étrangers et de stimuler la prospérité économique des deux États. Ils évoquent ensuite les définitions permettant d'obtenir la protection des TBI. Enfin, ils établissent les obligations que les États doivent respecter.

101 16 Définitions contenues dans les traités bilatéraux d'investissement

Un TBI est susceptible de s'appliquer si les éléments en présence respectent les définitions qu'il établit. Plus précisément, un investissement doit être démontré ainsi que la qualité d'investisseur. Si ces deux notions sont remplies, l'investissement est protégé et l'État n'est sanctionné qu'en raison de la violation des obligations contenues dans le TBI.

a) La notion d'investissement

La définition d'investissement ne fait pas l'objet d'un consensus en droit international. Il est nécessaire de savoir que la notion d'investissement n'est pas homogène dans l'ensemble des TBI. En effet, chaque TBI contient une définition propre de cette notion. Il faut alors se référer à chaque TBI pour caractériser ou non une opération d'investissement. Cette délimitation de la notion se fait alors dans le respect de l'article 31.1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 qui dispose qu'« *Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but* ».

D'après le Professeur De Nanteuil, plusieurs définitions peuvent être rencontrées dans les TBI : une approche énumérative, une approche synthétique ou encore une approche hybride. À ce titre, l'approche énumérative constituerait la démarche la plus fréquente.

À titre d'illustration, l'alinéa 1^{er} de l'article 1^{er} du TBI signé entre la France et l'Argentine, reprend l'approche énumérative. En effet, celui-ci dispose que :

« *Le terme "investissement" désigne des avoirs tels que les biens, droits et intérêts de toute nature et plus particulièrement mais non exclusivement :*

- *les biens meubles et immeubles, ainsi que tous autres droits réels tels que les hypothèques, privilèges, usufruits, cautionnements et droits analogues ;*
- *les actions, primes d'émission et autres formes de participation même minoritaires ou indirectes aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes ;*
- *les obligations, créances et droits à toute prestation ayant valeur économique ;*
- *les droits d'auteur, les droits de propriété industrielle (tels que brevets d'invention, licences, marques déposées, modèles et maquettes industrielles), les procédés techniques, les noms déposés et la clientèle ;*
- *les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment les concessions relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de richesses naturelles, y compris celles qui se situent dans la zone maritime des Parties contractantes ».*

En cas d'application de ce TBI, une définition large d'investissement peut être retenue. En effet, « *toutes les catégories d'avoirs* » sont considérées comme étant des investissements. Ce qui englobe, d'après l'étude *Scope and Definition*, établie par la Conférence des Nations Unis sur le commerce et le développement, tout ce qui a une valeur économique sans réelle limitation. La liste qui suit n'est alors qu'une liste donnée à titre indicatif. Dès lors, qu'une opération est caractérisée d'« *avoir* », elle représente un investissement au sens du TBI même en l'absence de sa citation explicite dans celui-ci.

Une autre approche cumulative consiste à vérifier que l'opération est un avoir puis qu'elle est comprise dans la liste pour être caractérisée d'investissement.

Par ailleurs, l'absence d'exclusion de certaines catégories d'investissements est susceptible d'appuyer la théorie de la définition large d'investissement dès lors que les Parties n'ont pas pris la peine d'exclure certaines opérations.

Cette définition large d'investissement reconnue par certaines sentences arbitrales ou par certains auteurs a fait l'objet de débat dans la pratique arbitrale (*Giovanni Alemanni c/ République d'Argentine, Bayindir Insaat c/ Pakistan, Fedax N.V. c/ Venezuela, Salini Costruttori and Italstrade c/ Royaume du Maroc*). En effet, retenir une définition trop élargie de la notion d'investissement permettrait de retenir une simple vente comme étant un investissement ce qui est exclu par la doctrine et la pratique arbitrale (*Joy Mining Machinery Limited c/ République Arabe d'Égypte*).

b) La participation dans une société

La pratique arbitrale ainsi que la doctrine reconnaissent que les participations majoritaires sont des investissements. En effet, les TBI prévoient le plus souvent que des actions, parts sociales ou autres formes de participation financière dans des sociétés puissent être considérées comme des investissements. En présence d'une participation minoritaire, le TBI peut prévoir que cette participation est constitutive d'investissement comme c'est le cas dans le TBI France-Argentine. Si tel n'est pas le cas, la doctrine et la pratique arbitrale ont reconnu qu'une participation minoritaire était un investissement en raison de sa nature d'actif.

c) Les créances ayant valeur économique

La rédaction des TBI prévoit que « *toutes les catégories d'avoirs* » peuvent être considérées comme un investissement, ainsi par exemple « *des créances monétaires ou droits à toute prestation ayant une valeur économique* ». C'est pourquoi des contrats de prestations de services ont été reconnus comme étant des investissements (*SGS c/ Pakistan et SGS. Philippines*). En se concentrant uniquement sur les termes « *toutes les catégories d'avoirs* », il serait possible en retenant une définition large d'un investissement, de considérer que les créances ayant une valeur économique sont des investissements sans même que cela soit précisé dans le corps du TBI.

d) Les titres obligataires

D'après certains TBI, les titres obligataires sont contenus dans la notion d'investissement. Néanmoins, dans certains cas, les TBI ne mentionnent pas expressément ce cas de figure. En présence de ces TBI, deux approches peuvent se rencontrer. Il est possible de refuser la qualification d'investissement pour les titres obligataires en retenant une définition étroite de celui-ci. Au contraire, il est possible de retenir une définition large d'un investissement et plus encore en présence d'une définition semblable à celle donnée par le TBI France-Argentine, les titres obligataires pouvant être qualifiés d'actifs ou le cas échéant de « *créance à valeur économique* » (*Petrobart c/ République Kirghize, Abaclat et autres (prcd Giovanna A. Beccara et autres) c/ République Argentine*).

Le fait que les définitions données dans les TBI ne soient pas toujours explicites laisse alors une très grande marge d'interprétation aux arbitres ce qui entraîne une certaine difficulté d'harmonisation de la notion.

Enfin, il est à noter que la notion d'investissement, dans le cadre du CIRDI, doit aussi être vérifiée suivant plusieurs critères posés par l'affaire Salini, à savoir un apport, une certaine durée, une participation aux risques de l'opéra-

tion et une contribution au développement économique du pays (*Salini Costruttori and Italstrade c/ Royaume du Maroc*). Certains tribunaux arbitraux considèrent que l'opération doit respecter ces critères, d'autres sélectionnent ou établissent d'autres critères voire ne souhaitent pas les appliquer. Il est à noter qu'en dehors du CIRDI, un tribunal arbitral a pu reconnaître des critères se rapprochant des critères Salini en utilisant le préambule du TBI applicable (*Romak S.A. c/ République d'Ouzbékistan*). En présence d'un arbitrage CIRDI, l'opération doit à la fois respecter les critères ou tout du moins certains critères objectifs ainsi que la définition posée par le TBI. Un débat existe dans la doctrine concernant la prééminence de la définition objective ou subjective posée par le TBI.

e) La notion d'investisseur

La notion d'investisseur est elle aussi prévue dans les TBI. De manière générale, les TBI octroient la qualité d'investisseur aux sociétés constituées conformément à la législation d'une des Parties, et qui ont leur siège, sur le territoire de cette même Partie. Les TBI octroient aussi régulièrement la qualité d'investisseur aux personnes physiques ayant la nationalité d'une des Parties ou tout du moins celles possédant une résidence sur le territoire de cette Partie.

§ 2. Obligations internationales des États

101 17 Des règles spécifiques

Les TBI fournissent des règles spécifiques aux obligations internationales comme le traitement national, le traitement juste et équitable, la protection pleine et entière ou encore l'expropriation. En présence d'un investissement et d'un investisseur, le TBI peut potentiellement s'appliquer - sous réserve des autres conditions d'application - ce qui rend l'État responsable des violations de celui-ci.

a) Le traitement national

Le traitement national permet d'accorder aux investissements étrangers un traitement non moins favorable que celui accordé aux nationaux qui se trouvent dans des conditions similaires.

b) Le traitement juste et équitable

Le traitement juste et équitable est régulièrement prévu dans les TBI. À l'instar du TBI France-Argentine qui le mentionne en son article 3 qui dispose que : « *Chacune des Parties contractantes s'engage à assurer, sur son territoire et dans sa zone maritime, un traitement juste et équitable, conformément aux principes du droit international, aux investissements effectués par des investisseurs de l'autre Partie et à faire en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit entravé ni en droit, ni en fait* ». L'État doit en réalité agir de manière à ne pas dissuader l'investissement. Le traitement juste et équitable englobe l'absence de déni de justice, l'interdiction de mesures arbitraires et discriminatoires et aussi le principe de bonne foi.

Plus précisément, concernant le principe de bonne foi, d'après le Professeur Arnaud de Nanteuil, l'État doit agir de manière cohérente et transparente. En effet, il se doit de respecter les « *attentes légitimes* » de l'investisseur étranger.

Celui-ci prend en compte, au moment de son investissement, l'environnement économique et/ou juridique de l'État d'accueil de l'investissement ce que doit respecter l'État d'accueil de l'investissement.

c) La sécurité pleine et entière de l'investissement

L'article 5 du TBI France-Argentine dispose que « *Les investissements effectués par des investisseurs de l'une ou l'autre des Parties contractantes bénéficient, sur le territoire et dans la zone maritime de l'autre Partie contractante, d'une protection et d'une sécurité pleines et entières, en application du principe de traitement juste et équitable mentionné à l'article 3 du présent Accord* ». La sécurité pleine et entière de l'investissement engendre une obligation pour l'État d'assurer la protection des intérêts de l'investisseur contre toute violence ou affrontement pouvant compromettre l'existence, l'intégrité physique ou matérielle de l'investissement. L'État doit respecter une obligation d'abstention ainsi qu'une obligation de vigilance et de due diligence envers l'investissement étranger.

d) L'expropriation directe ou indirecte des investissements

L'alinéa 2 de l'article 5 du TBI France-Argentine dispose que : « *Les Parties contractantes ne prennent pas, directement ou indirectement, de mesures d'expropriation au de nationalisation, ni toute autre mesure équivalente ayant un effet similaire de dépossession, si ce n'est pour cause d'utilité publique et à condition que ces mesures ne soient ni discriminatoires, ni contraires à un engagement particulier* ». L'expropriation d'un investissement est en principe autorisée en raison de la souveraineté de l'État.

Les mesures d'effet équivalent à savoir les expropriations indirectes qui sont définies en droit international, comme des mesures prises par un État portant atteinte au droit de propriété de l'investisseur sont protégées par les TBI.

Pour qu'il y ait expropriation indirecte, il faut qu'il y ait dépossession au profit d'une personne publique. La dépossession est une notion qui renvoie à une situation de fait. Elle implique une privation des facultés de possession, pas nécessairement du titre formel de propriétaire. Un transfert de propriété n'est donc pas forcément indispensable. Il suffit que l'atteinte à la propriété entraîne la privation d'un droit lié à celle-ci. Plus précisément, il faut une atteinte à l'un des trois attributs de la propriété.

L'atteinte à la faculté de recueillir les bénéfices de l'investissement est aussi considérée comme une expropriation dans le sens où l'investissement est privé de produire les effets escomptés. Une mesure peut être équivalente à une expropriation quand elle fait perdre à l'investisseur toute perspective de rentabilité en condamnant le projet à être déficitaire. L'État n'a pas besoin de retirer un bénéfice de la mesure, solution rappelée dans plusieurs sentences.

Pour être licite une expropriation doit suivre un intérêt public, être non discriminatoire, respecter les procédures légales et avoir fait l'objet d'une indemnisation.

101 18 La clause compromissoire

Les TBI comportent une clause compromissoire qui permet aux investisseurs de saisir un tribunal arbitral pour

engager la responsabilité internationale de l'État. Un choix est régulièrement offert aux investisseurs entre le CIRDI (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), la mise en place d'un tribunal *ad hoc* sur le fondement du règlement de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international de 1976 ou encore à la Chambre de Commerce Internationale.

Depuis la sentence *AAPL c/ Sri Lanka*, du 17 juin 1990, l'investisseur peut se prévaloir directement de la protection des TBI et de la clause compromissoire contenue dans ces derniers. En effet, le tribunal arbitral a affirmé que le TBI, signé entre le Sri Lanka et le Royaume-Uni, offrait un droit de saisine directe du tribunal arbitral au profit des investisseurs des deux États. Ce qui revient à reconnaître une offre permanente d'arbitrage au profit de l'investisseur. De ce fait, le dépôt d'une requête d'arbitrage par un investisseur constitue la manifestation de son consentement à l'arbitrage.

101 19 La protection des investissements dans les Accords OMC

Les accords de l'OMC résultent principalement de la signature des accords de Marrakech en avril 1994. Il existe environ 60 accords et décisions. Ces accords comprennent notamment l'Accord instituant l'OMC, les accords sur le commerce des marchandises, le commerce des services, la propriété intellectuelle, le règlement des différends et le mécanisme d'examen des politiques commerciales ainsi que les accords plurilatéraux.

Contrairement aux TBI, les accords conclus dans le cadre de l'OMC n'ont pas pour objet exclusif la protection des investissements étrangers. En effet, le but de l'OMC est un objectif économique et plus précisément celui « *d'aider les producteurs de marchandises et de services, les exportateurs et les importateurs à mener leurs activités* ».

Néanmoins, certaines dispositions contenues dans ces accords peuvent s'appliquer aux investissements étrangers. En effet, en raison du recoupement du champ d'application de l'OMC et du droit de l'investissement, des dispositions des accords de l'OMC peuvent être pertinentes pour la protection des investissements étrangers.

L'Accord Général sur le Commerce des Services (AGCS), l'Accord sur les Mesures concernant les Investissements et liées au Commerce (MIC), l'Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle (ADPIC), l'Accord sur les Marchés Publics (AMP) et l'Accord sur les Subventions et les Mesures Conservatoires (SMC) évoquent l'investissement étranger.

L'AGCS contient des modes qui traitent directement de l'investissement étranger. À titre d'illustration, le mode 3 évoque une présence commerciale sur le territoire de tout autre membre pour l'application de l'accord aux fournitures de service concernées. Ce qui peut être qualifié, le cas échéant, d'investissement. Une opération d'investissement peut aussi être mise en lumière pour le mode 4.

En présence d'un investissement, l'investisseur pourra obtenir une protection quant à l'obligation de transparence contenue dans l'AGCS. De plus, l'investisseur étranger peut se prévaloir d'une clause de la nation la plus favorisée au titre de cet accord.

L'Accord sur les ADPIC, contient également une clause de la nation la plus favorisée ainsi que la règle du traitement national.

SOUS-SECTION 2

Les mécanismes de contrôle des investissements étrangers

§ 1. Les mécanismes nationaux de contrôle des investissements étrangers

101 20 Libéralisation des échanges versus protectionnisme

D'après l'OCDE, l'Investissement direct étranger (IDE) est « *une activité par laquelle un investisseur résidant dans un pays obtient un intérêt durable et une influence significative dans la gestion d'une entité résidant dans un autre pays* ». Ce qui englobe la création d'une entreprise entièrement nouvelle, la modification du statut de propriété des entreprises existantes ou « *d'autres types de transactions financières entre des entreprises apparentées, notamment le réinvestissement des bénéfices de l'entreprise ayant obtenu l'Investissement direct étranger* ».

Les États ont le choix entre la libéralisation totale des capitaux dont les capitaux étrangers ou encore une politique plus protectionniste comme la Russie, le Brésil, la Chine, l'Inde et l'Indonésie.

L'Union européenne prône une libéralisation des échanges permettant d'accroître les investissements. Néanmoins, des États membres ont fait le choix de mettre en place des mécanismes de filtrage des investissements directs étrangers dans des domaines considérés comme « *stratégiques* ». La moitié environ des États membres se sont dotés de ces mécanismes. À ce titre, il est possible de citer la France, l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne, le Portugal, le Royaume-Uni, l'Autriche, le Danemark, la Finlande, la Pologne, la Lituanie ou encore la Lettonie.

101 21 Le contenu des mécanismes de filtrage nationaux

Il existe différents types de mécanismes de filtrage. D'après l'OCDE, les États peuvent utiliser les législations nationales pour prémunir la prise de participation majoritaire des sociétés étrangères. L'utilisation de procédures de sélection et d'agrément est aussi envisageable. Ensuite, les États peuvent mettre en place des restrictions visant le personnel étranger et la liberté d'exploitation. Enfin, il peut exister des obstacles informels pour prévenir les investissements étrangers.

Le rapport de la Commission européenne, en date du 31 décembre 2016, sur les obstacles au commerce et à l'investissement, a établi 372 obstacles au commerce et à l'investissement, notamment les mesures à la frontière (hausses tarifaires, restrictions quantitatives etc...), les mesures après la frontière (restrictions relatives aux services, aux investissements, aux marchés publics ou aux droits de propriété intellectuelle) ou encore les subventions.

Dans le cadre du contrôle des IDE, l'OCDE a classé les restrictions en trois classes :

- les restrictions sur la détention de fonds propres depuis l'étranger ;
- « *screening* » obligatoire et procédures d'approbation entraînant une hausse du coût d'entrée ;
- les restrictions opérationnelles telles que limites imposées sur le nombre de ressortissants étrangers travaillant dans les filiales, les exigences de nationalité, le lieu de résidence pour les membres du Conseil d'administration, les restrictions sur les facteurs de production et réglementations administratives et/ou discriminatoires ou restrictions sur le rapatriement des bénéficiaires.

101 22 L'exemple du mécanisme français de filtrage des investissements directs étrangers

L'article L. 151-1 du code monétaire et financier dispose que « *Les relations financières entre la France et l'étranger sont libres* ».

Pour autant, la loi du 28 décembre 1966 a introduit la réglementation sur le traitement des investissements directs étrangers. Le décret du 14 février 1996 a modifié le décret du 29 décembre 1989 concernant la réglementation des relations financières avec l'étranger. Par ce décret, la législation française rend les investissements directs étrangers libres. Auparavant, ils étaient soumis à une demande d'autorisation préalable. Avec cette modification, il suffit pour l'investisseur étranger de réaliser une déclaration administrative. Par exception, certains investissements particuliers doivent faire l'objet d'une autorisation préalable du ministre chargé de l'économie.

À ce titre, l'article L. 151-3 du code monétaire et financier dispose que :

« *Sont soumis à autorisation préalable du ministre chargé de l'économie les investissements étrangers dans une activité en France qui, même à titre occasionnel, participe à l'exercice de l'autorité publique ou relève de l'un des domaines suivants :*

- a) Activités de nature à porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale ;
- b) Activités de recherche, de production ou de commercialisation d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives.

Un décret en Conseil d'État définit la nature des activités ci-dessus.

Les articles R. 153-1 et suivants du code précité définissent la nature des activités citées.

De plus, l'article R. 153-7 du code monétaire et financier dispose que : « *Avant la réalisation d'un investissement, l'investisseur peut saisir le ministre chargé de l'économie d'une demande écrite aux fins de savoir si cet investissement est soumis à une procédure d'autorisation. Le ministre répond dans un délai de deux mois. L'absence de réponse ne vaut pas dispense de demande d'autorisation* ».

À l'instar d'autres pays, les activités citées dans cet article ne sont pas clairement définies et laisse une marge d'interprétation assez importante au ministre chargé de l'économie.

Par la suite, un décret du 10 mai 2017 portant diverses mesures de simplification pour les entreprises, est venu

ajouter l'article R. 153-13 du code monétaire et financier qui dispose que :

« *La réalisation d'une opération d'investissement autorisée sur le fondement du présent chapitre donne lieu à déclaration dans des conditions fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie* ».

Ce décret adjoint les investisseurs étrangers à déclarer leur investissement dès lors que celui-ci a été autorisé.

En l'occurrence, la France n'empêche pas de manière automatique les IDE. Les refus concernent à 90 % des entreprises liées à la Défense nationale.

101 23 L'exemple des mécanismes de filtrage des IDE d'États hors-UE

a) USA

Aux États-Unis, l'Exon-Florio, adopté en 1988, est un amendement à la loi de Production pour la Défense. Cet amendement autorise le *Committee on Foreign Investment in the United States*, par délégation du Président de la République, à examiner les investissements étrangers dans les domaines susceptibles de porter atteinte à la sécurité nationale. Il était alors possible de suspendre ou interdire la prise de contrôle étrangère d'une entreprise américaine. Il est à noter que l'atteinte à la sécurité nationale n'a pas de définition précise ce qui laisse une grande marge d'interprétation au comité pour cette analyse.

Le 28 février 2007, une loi a été adoptée pour renforcer les pouvoirs de ce comité. Dernièrement, le Président Donald Trump a fait le choix de durcir le contrôle des investissements étrangers. En effet, les États-Unis font l'objet d'investissements chinois multiples dans les compagnies aériennes du secteur des Hautes technologies. Cela passera par un nouveau renforcement des pouvoirs du comité. Il est à noter que cette volonté de durcissement s'est déjà matérialisée par le refus d'achat de MoneyGram par une entreprise chinoise, Ant Financial, filiale d'Alibaba Group pour des motifs liés à la sécurité.

b) Chine

En Chine, en présence d'un investissement dépassant les 30 millions de dollars, l'approbation du Département de l'administration des investissements étrangers du Ministère du Commerce (le MOFCOM), est requise. Les investissements ne dépassant pas ce seuil, sont tout de même contrôlés par les provinces, les régions autonomes ou les municipalités.

De plus, l'investissement des entreprises étrangères est limité aux *joint-ventures* et la participation de ces entreprises est plafonnée dans les secteurs stratégiques (*Joint-venture* entre Total (49 %) / Sinochem (51 %), Groupe EDF (35 %) / Datang (65 %)).

Certains investissements directs étrangers sont pour leur part complètement interdits. Ces interdictions englobent les investissements directs étrangers mettant en danger la sûreté de l'État, ceux qui nuisent à l'environnement, à la santé publique, qui mettent en œuvre des techniques ou/et technologies propres à la Chine ou ceux figurant sur une liste de 34 secteurs (médias, énergie, contrôle du trafic aérien, services postaux, fabrication d'armes, pêche, édition et publication de journaux et livres, jeux de hasard).

Un amendement à la loi de 2003 sur les fusions et acquisitions, permet, quant à elle, de contrôler une opération qui menacerait la « *sécurité économique nationale* ».

Tout comme aux États-Unis, cette notion n'est pas définie. Enfin, les IDE font aussi l'objet d'un contrôle. À titre d'illustration, le 4 septembre 2008, le projet d'acquisition de la Dresdner Bank par la Banque Chinoise de Développement de Pékin a été interdit par la Chine.

La tendance actuelle est d'orienter les IDE vers les secteurs à haute valeur ajoutée et faiblement intensif en main-d'œuvre.

c) Inde

L'Inde est un pays privilégiant la protection de ses nationaux et activités nationales. Elle a fait le choix de restreindre les investissements étrangers pour permettre la préservation de la concurrence.

Pour atteindre cet objectif, les investissements directs étrangers, dans un délai de 30 jours suivant l'opération, font l'objet d'une notification à la Royal Bank of India. Les IDE sont acceptées si l'opération ne dépasse un certain seuil et pour certaines catégories comme l'extraction militaire. Ils sont soumis à l'agrément du Conseil pour la Promotion des IDE dans les autres cas (compagnies aériennes, secteur pétrolier, industries de défense et stratégiques, le secteur du thé, le développement des bidonvilles, les médias...). Enfin, ils sont interdits dans des secteurs particuliers (armes, loteries, énergie atomique, commerce de détail et l'immobilier).

d) Les Émirats-Arabes

Les Émirats-Arabes ont mis en place des législations permettant le contrôle des IDE en jouant sur la prise de participation. En effet, il est interdit aux investisseurs étrangers de détenir plus de 49 % d'une société nationale. Par exception, les investisseurs étrangers ne peuvent détenir plus de 40 % dans les entreprises du secteur du pétrole et du gaz. Enfin, il existe des restrictions dans des domaines tels que les télécommunications, le tourisme ou les assurances, ainsi que dans les secteurs « *stratégiques* » (l'énergie, l'eau, la défense).

e) Allemagne

L'article 2 de la Loi AWG de 1961, modifiée en 2006, permet au gouvernement d'énoncer, par voie de décret, les actes juridiques ou les opérations interdites ou dont l'autorisation préalable est requise.

Sur le fondement de l'article 7 de cette loi, le gouvernement peut interdire ou restreindre les IDE pour des motifs liés à la sécurité de l'Allemagne, pour prévenir une perturbation de la coexistence pacifique des peuples ou encore pour éviter que les relations extérieures de l'Allemagne ne soient gravement perturbées. Enfin, depuis février 2009, le ministre de l'économie peut contrôler a posteriori les IDE s'il existe un risque pour l'ordre public ou la sécurité nationale. Ce qui englobe toute acquisition réalisée par un investisseur non européen sur plus de 25 % du capital d'une société.

101 24 Exemples d'obstacles au commerce et à l'investissement

En 2016, 36 obstacles étaient comptabilisés au sein de la Fédération de Russie. Peut être citée la mise en place de subventions « *pour favoriser la production des sites industriels russes dans les secteurs automobile et des machines agricoles à la suite du ralentissement significatif de la demande locale* », la restriction des participations étrangères

dans les entreprises russes (entreprises d'état ou privées bénéficiant de subventions d'État) ou à des marchés publics, des exigences de certification notamment dans le domaine du ciment et du secteur pharmaceutique ou encore des interdictions de transit.

L'Inde a mis en place un certain nombre d'obstacles aux investissements directs étrangers comme des prix minimums à l'importation dans le secteur de l'acier, l'interdiction des exportations de dispositifs médicaux « *remis à neuf* ».

La Suisse, elle aussi, a adopté ce type d'obstacles notamment des exigences d'entreprise commune, des restrictions d'accès au marché, des obligations relatives aux transferts technologiques, des réglementations techniques particulières, ou l'obligation de réaliser des essais cliniques dans le domaine des dispositifs médicaux pour les plus innovants.

La Turquie compte notamment comme obstacles l'exigence de certifications particulières ou encore des mesures de localisation forcée dans le secteur pharmaceutique.

§ 2. Le nouveau mécanisme européen de filtrage des investissements directs étrangers

101 25 Historique de la proposition de règlement

Au sein de l'Union européenne, il n'existait aucun mécanisme général de contrôle des investissements étrangers. L'Union européenne a toujours reconnu l'importance des investissements notamment pour sa croissance économique. En effet, d'après le rapport de la Commission européenne, en date du 31 décembre 2016, sur les obstacles au commerce et à l'investissement, « *31 millions d'emplois au sein de l'UE dépendent des exportations et 90 % de la croissance mondiale devrait être générée en dehors de l'Union européenne* ». Il est alors nécessaire de faciliter le commerce pour faire prospérer la concurrence, les chaînes de valeur, l'accessibilité des produits aux consommateurs en termes de prix et de diversité ou encore pour préserver la paix des nations.

Dans la proposition de règlement, il est alors rappelé que « *Les investissements directs étrangers contribuent à la croissance de l'Union en renforçant sa compétitivité, en créant des emplois et en générant des économies d'échelle, en attirant des capitaux, des technologies, l'innovation et l'expertise, et en ouvrant de nouveaux débouchés pour les exportations de l'Union. Ils soutiennent la réalisation des objectifs fixés dans le plan d'investissement pour l'Europe de la Commission et contribuent à d'autres projets et programmes de l'Union* ».

Dans le cadre de l'Union européenne, les investissements étrangers relèvent de la politique commerciale. En outre, les investissements étrangers relèvent de la définition des mouvements de capitaux et sont protégés par une des libertés fondamentales établies par les Traités : la libre circulation des capitaux.

L'article 63 TFUE prévoit l'interdiction de toutes les restrictions aux mouvements de capitaux et aux paiements entre les États membres et entre les États membres et les

pays tiers. Certaines exceptions sont prévues à l'article 64 du TFUE permettant notamment le maintien des restrictions en ce qui concerne les mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers lorsqu'ils impliquent des investissements directs.

En l'occurrence, les mécanismes de filtrage peuvent être considérés comme étant une restriction à la libre circulation des capitaux. Néanmoins, l'article 65 du TFUE, prévoit les restrictions justifiées à cette liberté. À cet effet, des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique peuvent être adoptées par les États membres ou pour des raisons impérieuses d'intérêt général. Les mécanismes de filtrage adoptés par les États membres sont donc justifiés sur le fondement des Traités sous contrôle et ne doivent pas à priori concerner les autres investissements en provenance des autres États membres.

Le but de l'Union européenne est de supprimer les différences entre les différentes législations nationales relatives aux investissements étrangers, voire de supprimer les traités bilatéraux d'investissement signés par les États membres et qui composent un corpus juridique peu clair, au sein de l'Union européenne.

La France, l'Allemagne et l'Italie (du moins avant l'arrivée de ce nouveau gouvernement), ont émis le souhait que l'Union européenne affirme sa position concernant les investissements directs étrangers. À la suite de cette demande, la Commission européenne a publié, le 10 mai 2017, un document de réflexion sur la mondialisation. Celui-ci, souligne le fait que « *L'ouverture aux investissements étrangers reste un principe essentiel pour l'UE et une source majeure de croissance, tout en reconnaissant que des préoccupations ont été exprimées concernant les investisseurs étrangers. Il s'agit notamment d'entreprises étrangères parfois publiques, qui rachètent des entreprises européennes dotées de technologies clés. Le plus souvent, les investisseurs de l'UE ne jouissent pas des mêmes droits à investir dans le pays d'origine des investisseurs* », le principe de réciprocité devrait avoir vocation à s'appliquer.

À la suite de ce document, une proposition de règlement a été adoptée le 13 septembre 2017 (afin d'améliorer la sécurité juridique ainsi que la coordination et la coopération entre États membres. La comparaison des législations des États membres en ce domaine effectuée par la Commission comme préalable a mis en lumière bien des différences entre les mécanismes de filtrage des investissements directs étrangers existants dans les pays membres. Le cas échéant, la suppression des accords bilatéraux d'investissement à l'intérieur de l'Union européenne serait recherchée.

101 26 Contenu de la proposition de règlement

À l'instar des TBI, la proposition de règlement prône un accueil favorable des investissements étrangers et permet de faciliter la mise en place des mécanismes de filtrage ou l'amélioration des mécanismes déjà existants dans certains États membres. Pour autant, il n'est pas prévu une obligation pour les États membres de mettre en place ce type de filtrage ou de modifier leur mécanisme. Il s'agit uniquement de leur fournir des moyens pour réaliser une potentielle mise en place ou une modification des mécanismes afin d'arriver à une harmonisation.

De manière plus précise, la proposition de règlement fournit une définition des investissements directs étrangers comme étant « *les investissements de toute nature auxquels procède un investisseur étranger et qui visent à établir ou à maintenir des relations durables et directes entre l'investis-*

seur étranger et l'entrepreneur ou l'entreprise à qui ces fonds sont destinés en vue d'exercer une activité économique dans un État membre, y compris les investissements permettant une participation effective à la gestion ou au contrôle d'une société exerçant une activité économique ».

La proposition de règlement aborde trois points essentiels. Tout d'abord, elle définit les facteurs susceptibles d'être pris en compte par les États membres pour le filtrage d'investissements directs étrangers : motifs liés à la sécurité ou l'ordre public et donne des indications pour déterminer si tel ou tel investissement est susceptible de porter atteinte à de telles considérations. Si un investisseur étranger est « *sous le contrôle du gouvernement d'un pays tiers, notamment au moyen d'un important appui financier* », il sera considéré qu'un risque existe. Le texte prévoit une exigence de transparence sur les mécanismes et conditions entraînant « *le filtrage, les motifs du filtrage et les règles de procédure détaillées applicables* » et la protection des informations confidentielles. Enfin, un recours juridictionnel doit exister contre les décisions de refus d'investissement.

La proposition de règlement établit un cadre de filtrage à l'échelle de la Commission européenne pour des projets ou programmes présentant un intérêt pour l'Union européenne. Lorsqu'un IDE est susceptible de porter atteinte à ces projets ou programmes en raison de motifs liés à la sécurité ou l'ordre public, la Commission pourra émettre un avis auprès du ou des États membres concernés, ce qui est une première et un premier pas vers un système européen intégré.

La proposition de règlement met aussi en place une coopération entre États membres portant sur les investissements directs étrangers. Cette coopération repose sur un échange d'informations relatives aux mécanismes de filtrage mis en place par les États membres. L'objet de cette coopération porte également sur l'échange d'informations relatives aux investissements directs étrangers qu'ils considèrent comme susceptibles de porter atteinte à la sécurité ou l'ordre public.

Enfin, les États membres ont l'obligation de notifier à la Commission leur mécanisme de filtrage ou les modifications qui peuvent y être apportées. Les mécanismes de filtrage doivent, dans le même ordre d'idée, être transparents, ce qui se concrétise notamment par l'établissement d'un rapport annuel sur les mécanismes mis en place.

La proposition de règlement permet donc d'améliorer potentiellement le filtrage des investissements directs étrangers. Néanmoins, il n'existe toujours pas d'obligation pour les États membres d'adopter ces mécanismes. De plus, les facteurs ne sont donnés qu'à titre indicatifs. Enfin, l'avis émis par la Commission n'a pas de valeur contraignante.

En cas de validation du texte, la proposition de règlement devrait faire l'objet de négociation entre le Parlement européen et le Conseil. Néanmoins, certains points font l'objet de divergences notamment la question de la coopération. En effet, plusieurs États membres considèrent que la proposition de règlement n'est pas assez contraignante et mérite d'être renforcée.

En ce sens, une procédure de dialogue, pour régler les différends, a été proposée « *si un tiers des États membres estime qu'un investissement étranger dans un autre État membre porte atteinte à leurs intérêts* » ou encore la publication d'un avis par la Commission « *si un investissement étranger fait peser un risque à un projet ou un programme de l'Union européenne* ».

SOUS-SECTION 3

Protection des investisseurs et arbitrage (mécanismes existants, projets de cour internationale spécialisée)

101 27 Origine de la protection des investisseurs par l'arbitrage et expansion de l'arbitrage d'investissement

L'arbitrage d'investissement, spécialisé dans les contentieux des investisseurs étrangers contre les États, est apparu à la fin des années 1950, avec la croissance des flux d'investissements internationaux, afin de protéger les sociétés investissant dans des pays jugés à risque contre les interventions étatiques unilatérales, telles que les expropriations.

Dans le cadre de cette volonté de protéger les investisseurs étrangers, le recours à des tribunaux d'arbitrage plutôt qu'aux systèmes judiciaires locaux est apparu comme un aspect central afin de lever les soupçons de partialité et d'arbitraire pesant sur ces derniers en particulier dans les États instables ou affectés par la corruption.

Cette protection par l'arbitrage a initialement été assurée au moyen de négociation de clauses, notamment d'arbitrage et de droit applicable, insérées dans les contrats entre investisseurs et États d'accueil. La mise en œuvre de l'arbitrage pouvait toutefois se révéler difficile du fait des tentatives des États mis en cause de contester les mécanismes contractuels de protection des investisseurs et des difficultés d'exécution des sentences. Le système pouvait en outre donner lieu à des tensions diplomatiques en cas d'intervention de l'État d'origine des investisseurs.

Les principaux États pourvoyeurs d'investissements étrangers ont donc souhaité institutionnaliser le recours à l'arbitrage international pour traiter les plaintes des investisseurs contre les États sur un fondement non contractuel.

Cette volonté s'est concrétisée par la signature le 12 mars 1965 de la Convention de Washington instituant le centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements internationaux (CIRDI) ainsi que par un mouvement de conclusion d'accords internationaux de protection des investissements (API ou encore TBI) entre les États sur le fondement desquels les États consentent à se soumettre à la compétence de tribunaux d'arbitrage pour juger des plaintes d'investisseurs étrangers à leur encontre.

À l'origine, les API ont été essentiellement conclus entre pays développés pourvoyeurs d'investissements étrangers et pays en développement accueillant les investissements afin de pallier les risques d'instabilité des pays d'accueil et l'insuffisante fiabilité de leurs systèmes judiciaires. Le système s'est ensuite progressivement généralisé pour inclure également des accords entre pays développés notamment via la conclusion de l'ALENA en 1992 entre les États-Unis, le Canada et le Mexique et la Charte de l'énergie en 1994 par une cinquantaine d'États dont les États membres de l'UE.

Ainsi, en 2017, la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED) estimait que

plus de 3 000 accords internationaux contenant des clauses de protection des investissements avaient été signés entre 1980 et 2016.

En parallèle de l'expansion des API, les recours en arbitrage de la part des investisseurs contre les États ont connu une forte augmentation depuis les années 2000-2010.

En effet, les investisseurs sont mieux informés de l'existence des API et bénéficient de possibilités croissantes de faire financer leurs actions par des sociétés tierces se rémunérant sur les dommages-intérêts obtenus qui peuvent atteindre couramment plusieurs centaines de millions d'euros. Enfin, si les résultats des actions restent assez imprévisibles, car très dépendants des arbitres nommés, au global, les recours donnent lieu dans la moitié des cas environ à la condamnation des États à des dommages-intérêts ou à la conclusion d'accords transactionnels entre l'investisseur plaignant et l'État. Ainsi, les investisseurs hésitent de moins en moins à contester les mesures étatiques jugées injustes à leur égard.

101 28 Caractéristiques des régimes de protection des investissements : la stabilité

Malgré leur multiplication, le contenu des régimes de protection des investissements inclus dans les TBI ou plus généralement dans les API a connu une forte stabilité durant des dizaines d'années.

Ces accords reposent tous sur deux piliers : d'une part des clauses substantielles par lesquelles les États accordent des protections spécifiques aux investisseurs étrangers et, d'autre part, des clauses juridictionnelles instituant un système de règlement des différends entre investisseurs et États (« RDIE » ou « ISDS » pour Investor State Dispute Settlement) permettant aux investisseurs lésés par une mesure étatique violant leurs protections spécifiques d'attaquer en réparation l'État responsable de la mesure devant un tribunal d'arbitrage.

Les API contiennent enfin des « sunset » clauses aux termes desquelles les États restent tenus de leurs obligations envers les investisseurs pendant une durée de 20 ans après la dénonciation de leurs API.

101 29 Les clauses substantielles des régimes de protection des investissements

S'agissant des clauses substantielles, elles sont très similaires dans tous les API et comprennent un engagement des États d'accueil d'accorder aux investisseurs étrangers et à leurs investissements :

- un traitement dit « national » : l'État d'accueil doit traiter les investisseurs étrangers et ses investissements de manière au moins aussi favorable que les investisseurs et les investissements locaux ;
- un traitement de la nation la plus favorisée (NPF) : l'État d'accueil doit accorder aux investisseurs étrangers et à leurs investissements un traitement au moins aussi favorable que celui qu'il accorde aux investisseurs provenant de pays tiers et à leurs investissements ;
- un traitement juste et équitable : il s'agit d'une des garanties principales des API. Certains arbitres interprètent cette notion comme une protection des investisseurs contre un déni de justice, un traitement discriminatoire ou des comportements de harcèlement de la part de l'État d'accueil. D'autres ont une interprétation extensive de

- cette protection et y incluent l'obligation pour les États de protéger les attentes légitimes des investisseurs ;
- une garantie d'indemnisation rapide, adéquate et effective en cas d'expropriation, que celle-ci soit directe ou indirecte : c'est une clause majeure des API. La notion d'expropriation indirecte pose des difficultés d'interprétation et certains arbitres ont pu en donner une interprétation extensive en considérant que des mesures réglementaires non discriminatoires prises dans l'intérêt général pouvaient constituer des mesures d'expropriation indirecte ;
 - la liberté de transfert des fonds liés aux investissements : l'État d'accueil doit permettre aux investisseurs étrangers de rapatrier les fonds générés par leurs investissements (bénéfices, dividendes, intérêts, etc.) ;
 - une protection et une sécurité intégrales : l'État d'accueil doit assurer la protection physique des actifs appartenant aux investisseurs étrangers.
 - les clauses juridictionnelles des régimes de protection des investissements : les mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE).

101 30 Les mécanismes de recours

Les API ont tous en commun de contenir des mécanismes de RDIE permettant aux investisseurs d'agir directement contre l'État d'accueil sans avoir recours à leur État d'origine.

Les systèmes de RDIE inclus dans les API présentent de nombreux traits communs :

- Recours à l'arbitrage international : les États signataires d'API consentent à se soumettre à la compétence d'un tribunal d'arbitrage pour juger des recours des investisseurs invoquant le non-respect des clauses de protection dont ils bénéficient. Ces tribunaux d'arbitrage sont constitués à chaque affaire et comprennent en général trois arbitres, dont un désigné par l'investisseur, un désigné par l'État mis en cause et un troisième désigné d'un commun accord par les parties, par les arbitres ou par un organe extérieur (comme le CIRDI).
- Comme expliqué *supra*, dans le cadre des ALE de nouvelle génération conclus par l'UE, à l'instar du CETA, l'UE a mis en avant un nouveau système de RDIE reposant sur un tribunal d'arbitrage composé par une liste préétablie de juges semi-permanents siégeant de manière aléatoire à chaque affaire.
- Choix des règles procédurales par l'investisseur. Les API offrent en général à l'investisseur le choix entre plusieurs règles de procédure, en particulier la Convention du CIRDI, le règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, le règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou toute autre règle de procédure si l'État y consent.
 - Possibilité d'attaquer toutes les formes d'action gouvernementale. Les investisseurs sont habilités à viser dans leur plainte tout type de mesures étatiques, en ce compris les mesures générales non discriminatoires, dès lors que celles-ci sont considérées comme constitutives d'un traitement injuste et ont un impact négatif sur leurs investissements. De ce fait, l'arbitrage d'investissement et les mécanismes de RDIE sont souvent perçus comme un risque pesant sur la capacité des États à légiférer dans l'intérêt général et certains États ont récemment jugé nécessaire de réaffirmer cette capacité dans leurs API (c'est également le cas dans le CETA).
 - Transparence limitée des procédures : le principe de confidentialité inhérent à l'arbitrage commercial a longtemps

prévalu dans l'arbitrage d'investissements et s'est traduit par l'absence de mise à disposition du public des informations sur les procédures. Le système a néanmoins évolué par l'adoption du règlement de 2014 de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et de la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités en 2015.

Les critiques croissantes contre les régimes de protection des investissements et les propositions de réforme

Parallèlement à l'expansion des recours en arbitrage y compris, dans certains cas, contre des mesures visant des objectifs de protection de l'environnement, des critiques croissantes se sont élevées contre l'arbitrage d'investissement visant notamment le montant élevé des dommages-intérêts réclamés et parfois obtenus par les investisseurs et le coût pesant sur les États pour assurer leur défense.

a) Une remise en cause des API

Le fonctionnement des API fait ainsi l'objet d'une remise en question croissante par certaines institutions internationales à l'instar de la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED) dont le rapport de 2015 indiquait « le système ISDS a récemment montré de graves lacunes (par exemple, interprétations incohérentes et involontaires de clauses, utilisations non anticipées du système par les investisseurs, contestation de mesures d'intérêt général, procédures longues et coûteuses, transparence limitée ou inexistante) ». Dans le prolongement de ce rapport, la CNUCED a lancé une démarche visant à inciter les États à réformer leurs API pour rendre l'arbitrage d'investissement plus compatible avec la préservation de l'intérêt général et du développement durable.

Par ailleurs, si les mouvements d'opposition à l'arbitrage d'investissement sont longtemps restés assez limités au sein des pays développés qui restent peu visés par les recours en arbitrage, ils ont pris une ampleur inédite lorsque la Commission européenne a souhaité inclure un système de RDIE dans le projet d'accord commercial avec les États-Unis (le TTIP). Cet évènement a en effet agi comme un détonateur donnant naissance à un rejet inédit et massif des systèmes de RDIE par la société civile qui s'est traduit, en 2014, par 97 % d'opinions négatives sur 150 000 contributions à une consultation publique sur l'opportunité d'intégrer des clauses de RDIE dans le TTIP (voir n° 100-107).

À la suite de cette consultation, sans remettre en cause le fond des systèmes de protection des investisseurs, la Commission a commencé à critiquer les modalités procédurales de mise en œuvre de cette protection et le recours à des tribunaux d'arbitrage *ad hoc*. Ainsi, depuis 2015, la Commission dénonce le manque d'indépendance des arbitres, le risque de partialité due à leur mode de nomination par les parties au litige, l'opacité des procédures arbitrales, l'absence de prédictibilité des sentences, le contrôle très limité opéré sur celles-ci et le manque d'efficacité des systèmes de RDIE actuels.

b) Le projet d'institution d'une Cour multilatérale de l'investissement

Pour remplacer le système d'arbitrage d'investissement qu'elle juge défaillant, la Commission porte depuis 2015 un ambitieux projet d'instituer une Cour multilatérale de l'investissement.

Elle a, pour ce faire, obtenu le 20 mars 2018, un mandat du Conseil de l'UE pour négocier, au nom de l'UE un accord instituant une telle cour, sous les auspices de la Commis-

sion des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Aux termes des directives de négociation (<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf>), cette Cour multilatérale de l'investissement devra reposer sur les principes suivants :

- création d'une institution internationale permanente ;
- nomination de juges qualifiés dont l'indépendance et l'impartialité devront être garanties pour un mandat d'une durée fixe et percevant une rémunération permanente ;
- transparence des procédures ;
- deux degrés de juridiction.

La Cour multilatérale de l'investissement aurait juridiction sur les recours portés par les investisseurs sur le fondement des TBI conclus par les États membres et des États tiers ainsi que des API négociés par l'UE elle-même.

Dans cet objectif, la Commission européenne tente d'inclure dans les nouveaux accords négociés avec des États tiers, à l'instar du CETA, un engagement de l'État tiers d'accepter la juridiction de la Cour multilatérale d'investissement une fois que celle-ci aura été instituée. Pour la Commission, les clauses de RDIE intégrées dans ces accords constituent ainsi une première étape vers l'institution de la Cour multilatérale de l'investissement.

Il s'agit néanmoins d'un projet ambitieux faisant encore l'objet de fortes résistances et qui mettra en tout état de cause plusieurs années avant de voir le jour.

c) L'hostilité croissante de la Commission européenne à l'encontre de l'arbitrage d'investissement intra-UE

Au sein de l'UE, les États membres sont liés entre eux par environ 200 ABI (principalement conclus entre les premiers États membres et les anciens membres de l'Union Soviétique) et par le traité sur la Charte de l'énergie auquel la plupart des États membres sont parties. Ces accords sont de plus en plus utilisés par les investisseurs européens comme fondement de leur recours en arbitrage contre d'autres États membres avec environ 150 affaires d'arbitrage d'investissement intra-UE.

Or, la Commission fait preuve d'une hostilité croissante à l'encontre de ces ABI intra-UE, à la suite notamment de l'affaire *Micula* dans laquelle un tribunal arbitral a ordonné à la Roumanie d'indemniser un investisseur suédois, sans tenir compte de la position de la Commission qui affirmait qu'une telle indemnisation serait contraire aux règles de l'UE sur les aides d'État. En réaction, la Commission a adopté une décision en 2015 (Décision (UE) 2015/1470 du 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) – qui fait actuellement l'objet d'un recours devant la CJUE – affirmant ouvertement que les TBI intra-UE sont incompatibles avec le droit de l'Union et jugeant que le versement par la Roumanie de l'indemnisation constituerait une aide d'État.

La Commission a également intensifié son action auprès des États membres afin de les amener à dénoncer leurs ABI intra-UE. Elle a ainsi ouvert en 2016 une procédure d'infraction officielle à l'encontre de la Roumanie, la Suède, l'Autriche, les Pays-Bas et la République Slovaque.

La Commission est enfin à nouveau intervenue en 2017 au travers d'une décision d'aide d'État (State aid SA.40348 (2015/NN) – Spain – Support for electricity generation from renewable energy sources, cogeneration and waste) au sujet du régime fiscal espagnol sur les énergies renouve-

lables qui fait l'objet de nombreux recours d'investisseurs sur le fondement du traité sur la Charte de l'énergie. Dans cette décision, la Commission réaffirme que les clauses instituant des systèmes de RDIE entre États membres de l'UE sont contraires au droit de l'Union et soutient que le traité sur la Charte de l'énergie ne s'applique pas à des investisseurs d'États membres initiant des actions contre d'autres États membres.

L'arrêt *Achmea* de la CJUE du 6 mars 2018

Avec l'arrêt *Achmea* (CJUE, 6 mars 2018, C-284/16, aff. *Slowakische Republik c/ Achmea BV*, ECLI:EU:C:2018:158), la position de la Commission prend une toute autre ampleur puisqu'elle est maintenant confirmée et renforcée par la CJUE.

La CJUE, statuant dans sa formation la plus solennelle, a en effet reconnu pour la première fois, contre les conclusions de son avocat général, que le système de RDIE prévu par un ABI intra-UE tel que celui conclu entre la République Slovaque et les Pays-Bas était incompatible avec le principe de primauté du droit de l'Union. La CJUE a notamment jugé que le tribunal arbitral institué par cet ABI était susceptible d'interpréter le droit de l'Union sans pour autant être habilité à la saisir à titre préjudiciel, ce qui ne garantissait pas la pleine efficacité du droit de l'Union et portait atteinte à l'autonomie du droit de l'Union.

L'arrêt *Achmea* met donc à risque l'ensemble des ABI intra-UE et des recours en arbitrage engagés sur le fondement de ceux-ci. Reste qu'il n'est pas certain que les arbitres se plient au jugement de la CJUE, puisqu'ils ne peuvent y être contraints, comme la Commission a pu le constater dans l'affaire *Micula*.

Au-delà de son impact sur l'arbitrage d'investissement au sein de l'UE – que ce soit sur le fondement des ABI intra-UE ou du traité sur la Charte de l'énergie – l'arrêt *Achmea* ouvre également la voie à la contestation des systèmes de RDIE dans des ABI conclus par des États membres avec des États tiers. En effet, les tribunaux d'arbitrage qu'ils instituent risquent pareillement d'interpréter le droit de l'Union et donc de porter atteinte au principe de primauté du droit de l'Union.

Le raisonnement tenu par la CJUE dans l'arrêt *Achmea* pourrait enfin affecter la validité des systèmes de RDIE inclus dans les accords internationaux conclus par l'UE elle-même. En effet, l'arrêt *Achmea* indique que si l'UE a la capacité à se soumettre aux décisions d'une juridiction créée en vertu d'accords internationaux, ce n'est qu'à condition « que l'autonomie de l'Union et de son ordre juridique soit respectée ». Ainsi, en suivant le raisonnement tenu dans *Achmea*, si les tribunaux institués par ces accords peuvent être amenés à interpréter le droit de l'Union, sans pour autant être habilités à soumettre à la CJUE un recours préjudiciel, cela pourrait bien se révéler contraire au principe d'autonomie de l'Union et de son ordre juridique.

Cette question devrait être éclaircie à la fin 2018 lorsque la CJUE rendra son avis sur la question de la compatibilité du système de RDIE du CETA avec les traités, à propos de laquelle la Belgique l'a interrogée.

d) L'arbitrage d'investissement

L'arbitrage d'investissement est une procédure de règlement des différends entre un État et une entité privée d'un autre État concernant le traitement d'un investissement du second dans le premier (RDIE ou ISDS en anglais).

La compétence du tribunal arbitral résulte généralement d'un traité bilatéral d'investissement organisant la promotion et la protection des investissements.

Les arbitrages d'investissement peuvent être organisés selon la Convention du CIRDI, *ad hoc* ou institutionnels et supervisés par d'autres institutions d'arbitrage.

Le caractère flou des règles de protection des investissements définies dans les accords de commerce et d'investissement a permis le développement d'une jurisprudence foisonnante et les sociétés multinationales n'hésitent pas recourir à l'arbitrage d'investissement pour poursuivre les États quand ces derniers adoptent des règles qui nuisent à leurs intérêts présents ou futurs.

Ce mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États a été intégré dans plus de 3 000 traités internationaux. Il a fait l'objet de nombreuses critiques notamment lors des négociations menées par l'Union européenne avec les États-Unis (TTIP ou TAFTA) et avec le Canada (CETA) qui prévoient l'adoption de ce mécanisme parce qu'il garantit des droits exorbitants aux investisseurs étrangers au détriment des États. Ses détracteurs pointent également son opacité et l'existence de conflits d'intérêts liés à son fonctionnement.

Le réaménagement de ce mécanisme proposé récemment par la Commission européenne n'en corrige pas pour autant les défaillances. Les modifications proposées ne protègent pas les investisseurs nationaux et ne limitent pas le monopole des poursuites des investisseurs face aux États.

Il ne redéfinit pas non plus les règles de protection des investissements qui ont écorné la souveraineté des États.

La réforme promue par la Commission européenne vise la création d'une cour multilatérale permanente qui – selon elle – permettrait d'assurer l'unité et l'efficacité de l'arbitrage d'investissement.

De nombreux experts ont critiqué les propositions de l'Union européenne. L'AEM – association européenne des magistrats – ne voit pas la nécessité d'un tel système juridictionnel. D'autres experts ont soulevé le risque d'incompatibilité de ce nouveau dispositif avec certaines constitutions nationales ainsi qu'avec le droit de l'Union européenne. Des plaintes constitutionnelles ont été déposées à l'égard du CETA dans plusieurs États européens – notamment en Allemagne et en France.

La CNUDCI - Commission des Nations unies pour le droit commercial international - travaille également sur le sujet. Elle a adopté en 2014 la « Convention sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités » qui rassemble des règles de procédure visant à rendre accessibles au public les informations sur les arbitrages entre investisseurs et États découlant de traités d'investissement, y compris ceux menés par l'Union européenne avec les États-Unis . Cette convention constitue une avancée vers une plus grande transparence dans les décisions rendues par les RDIE.