

Revue de droit du contentieux et de la Guerre Economique *Lawfare Law Review*

N° 1.
Juillet 2020

**MIRAGE (Montpellier Institut de Recherche
Appliquée au droit de la Guerre Economique)**

Centre de Droit de la Consommation et du Marché
UMR 5815 « Dynamique du droit »

Faculté de droit et science politique
Université de Montpellier

<http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>



UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER



DYNAMIQUES
DU DROIT
UMR 5815



REVUE DE DROIT DU CONTENTIEUX ET DE LA GUERRE ECONOMIQUE JUILLET 2020, N° 1

Revue publiée par le MIRAGE (*Montpellier Institut de Recherche Appliquée au droit de la Guerre Economique*) est établi à la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier. Cette revue est **gratuite** et en **accès libre**, Sur le site <http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>. Sur ce site, le MIRAGE propose par ailleurs une base de données en la matière, à actualiser et augmenter.

La présente revue a été rédigée, sous la direction de Daniel Mainguy (Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier), par :

Aurélien BAYLE, doctorante, Sacha BRUNNER Doctorant, Alice CALDUMBIDE, Doctorante, Mathilde CAYOT, Maître de conférences à l'université de Montpellier Paul Valéry, Mélanie CESCUT-PUORE, ATER à l'Université de Montpellier, Eloy CLEMENT, Maître de conférences à l'université de Montpellier (Equipe de recherche en droit pénal), Lise CHATAIN, Maître de conférences à l'université de Montpellier (Centre du droit de l'entreprise), Malo DEPINCE Maître de conférence à l'université de Montpellier, Gwennaelle DONADIEU, doctorante, Camille DUTHEIL, doctorante, Océane MAGNE, Doctorante, Eugénie PLANE, ATER à l'Université de Montpellier, Bruno SIAU Maître de conférences à l'université de Montpellier (Laboratoire de droit social), Jean.-Charles. TEISSEDER, avocat.

Parmi les étudiants de la Promotion « Doria » 2019-2020 du M2 Droit Privé Economique, ont participé Kévin FAVRE, Maël GAUTIER, Adrien HURTADO, Romain ICART, Anthony LEPERE, Judith. QUIDU-TUDELA.

ISBN : en cours

Publié en ligne le 15 juin 2020 sur <http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>

CDCM – MIRAGE, 14 rue du Cardinal de Cabrières – 34060 Montpellier
conso@umontpellier.fr

Cette publication s'inscrit dans la série de ces *Cahiers Teutates** (<http://cdcm-montpellier.com>)



***TEUTATES** [toetâtês]. var. *Toutatis*. ♦1. Mot gaulois, *teuto-tatis*, signifiant « père de tous ». ♦2. Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine au Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messenger des Dieux ou au Mars, Dieu de la guerre, romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars). ♦3. Revue de droit économique en ligne du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (équipe CNRS 5815 « Dynamiques du droit »).

9. Après l'affaire *Achmea*, l'appel à la « résistance » contre l'arbitrage d'investissement au sein de l'Union européenne.

L'arbitrage d'investissement, promu par le traité de Washington du 18 mars 1965 à l'origine du Règlement CIRDI est un instrument essentiel, et exceptionnel (au plan juridique), pour garantir la protection des investissements par un opérateur privé étranger dans Etat. Le développement des Traités Bilatéraux d'Investissement (TBI, plus de 2500) et, à compter de 1990, la technique dite du consentement « dissocié » à l'offre d'arbitrage prévue dans le TBI qui fait que même si la convention conclue par l'opérateur privé ne contient pas de clause compromissoire, l'Etat est censé l'avoir acceptée par anticipation, via le TBI, font de cette méthode particulière de règlement des litiges un outil très important, sinon essentiel, avec ce paradoxe que l'investisseur, désormais, entend, par le recours à l'arbitrage d'investissement garantissant ses intérêts, se prémunir de tout risque, très loin donc de l'entrepreneur schumpetérien, y compris du risque de changement de réglementation de l'Etat d'accueil, de sorte que les contentieux, autrefois liés à des expropriations directes, sont désormais fondés sur des « mesures équivalentes à une expropriation ». L'ensemble fonde un certain nombre de critiques majeures, y compris au sein de l'Union européenne, qui comprend des Etats liés par des TBI, notamment les Etats les plus récemment entrés dans l'Union européenne. Ces critiques ont été reçues de manière retentissante dans l'arrêt *Achmea* du 6 mars 2018¹ qui avait décidé que l'offre d'arbitrage, contenue dans un traité bilatéral d'investissement (renvoyant au CIRDI) conclu entre les Pays-Bas et la Slovaquie était incompatible avec le droit de l'Union européenne. Incompatible au point que la Commission européenne réagissait ensuite dans une Communication au Parlement européen et au Conseil sur la protection des investissements intra-EU du 19 juillet 2018 déclarant que « toutes les clauses d'arbitrage entre investisseurs et Etats dans les TBI intra-UE sont inapplicables et (...) tout tribunal constitué sur la base de ces clauses est incompétent. Par conséquent les juridictions nationales ont l'obligation d'annuler toute sentence rendue sur cette base

¹ CJUE, 6 mars 2018, *Achmea*, aff. C-284/16, Rev. arb. 2018, p. 424, note S. Lemaire, D. 2018, p. 2005, note V. Korom, p. 1934, obs. S. Bollée, p. 2448, obs. T. Clay, Rev. crit. DIP 2018, p. 616, note E. Gaillard, RTD eur. 2018, p. 597, étude J. Cazala, p. 649, obs. A. Hervé, 2019, p. 464, obs. L. Coutron. Adde S. Lemaire « Arbitrage d'investissement et Union européenne », Rev. arb. 2016, p. 1029.

et de refuser l'exequatur »², interdiction étendue aux arbitrages fondés sur le Traité sur la Charte de l'Energie.

A la suite de cette Communication, 22 pays de l'Union européenne, dont la France, ont annoncé, le 15 janvier 2019, annoncé la fin des TBI intra-UE et en ont étendu les effets aux arbitrages fondés sur le Traité de la Charte de l'Energie, invitant en outre les juges étatiques à annuler les sentences rendues ou en refuser l'exequatur, tandis que les 6 autres admettaient, le lendemain, la fin des TBI intra-UE, mais sans l'étendre au Traité sur la Charte de l'Energie³.

Le trouble est considérable, l'incertitude également : la Cour d'appel de Paris, à propos d'une demande d'invalidation d'une sentence fondée sur le Traité de la Charte de l'Energie (TCE), autre forme d'arbitrage d'investissements, posait une question préjudicielle dans une affaire intéressant des parties extérieures à l'Union européenne⁴ tandis que des tribunaux arbitraux refusaient d'appliquer ces décisions⁵.

La question est d'autant plus sensible que le 24 octobre 2019, les Etats-membres de l'Union européenne, dans une nouvelle déclaration, annonçaient la fin des TBI intra-Union européenne (190 TBI), au profit d'un nouveau « d'accord multilatéral », et ce rétroactivement dès que deux Etats-mêmes y auront adhéré, ce afin de lutter contre les « clauses de survie » assurant la prolongation des investissements après, et malgré, la dénonciation des TBI. Le problème touche les procédures pendantes : l'accord prévoit « un dialogue structurel » conduit par un « facilitateur », au mépris du respect des règles arbitrales élémentaires, que les tribunaux arbitraux constitués rejettent d'ailleurs, et la constitution d'une « cour permanente d'arbitrage en matière d'investissement » que l'accord multilatéral chercherait à promouvoir. Cette deuxième question est également sensible, cette fois au nom des règles et de la philosophie de l'arbitrage : une telle cour est-elle équivalente à un tribunal arbitral, la question est d'autant plus pertinente que le CETA, négocié et promu par l'Union européenne propose un système hybride de règlement des différends et alors que la CJUE a rendu un avis du 30 avril 2019 validant le

² Communication au Parlement européen et au Conseil sur la protection des investissements intra-EU du 19 juillet 2018, Rev. arb. 2019, p. 555, obs. S. Lemaire.

³ Rev. arb. 2019, p. 555 obs. S. Lemaire, D. 2019, p. 2435, obs. Th. Clay.

⁴ Paris, 24 sept. 2019, n°18/14721, Dalloz actu, 29 oct. 2019, obs. J. Jourdan-Marques, Gaz. Pal, 19 nov. 2019, p. 22, obs. D. Bensaude, D. 2019, p. 2435, obs. Th. Clay, à propos d'un litige entre un investisseur ukrainien et la République de Moldavie, non membres de l'UE, et alors que l'UE a adhéré au Traité de la Charte de l'Energie.

⁵ Cf. S. Lemaire, obs. in Rev. arb. 2019, p. 555.

système de résolution des conflits du CETA en ce qu'il ne menace pas le droit à bénéficier d'un juge indépendant⁶.

D. Mainguy

⁶ CJUE, 30 avr. 2019, aff. 1/17, D. 2019, p. 941, entretien V. Korom, p. 1956, obs. S. Bollée, JDI 2019, o. 833, note E. Gaillard, Rev. arb. 2019, p. 555, obs. S. Lemaire.

REVUE DE DROIT DU CONTENTIEUX ET DE LA GUERRE ECONOMIQUE JUILLET 2020, N°1

Revue publiée par le MIRAGE (*Montpellier Institut de Recherche Appliquée au droit de la Guerre Economique*) est établi à la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier. Cette revue est **gratuite** et en **accès libre**, Sur le site <http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>. Sur ce site, le MIRAGE propose par ailleurs une base de données en la matière, à actualiser et augmenter.

CDCM – MIRAGE, 14 rue du Cardinal de Cabrières – 34060 Montpellier
conso@umontpellier.fr

Cette publication s'inscrit dans la série de ces *Cahiers Teutates** (<http://cdcm-montpellier.com>)



*TEUTATES [tœtatès]. var. Toutatis. ♦1. Mot gaulois, teuto-tatis, signifiant « père de tous ». ♦2. Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine au Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messenger des Dieux ou au Mars, Dieu de la guerre, romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars). ♦3. Revue de droit économique en ligne du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (équipe CNRS 5815 « Dynamiques du droit »).



UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER



DYNAMIQUES
DU DROIT
UMR 5815

