

CHAPITRE 16

DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS
ET DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE*

SÉVERINE MENÉTREY**

Le droit de l'Union européenne (UE) et le droit des investissements qui couvrent des domaines en partie communs relèvent de logiques différentes. Le droit de l'UE s'inscrit dans une logique d'intégration tandis que le droit des investissements est animé par une logique de protection¹. Concrètement, le premier repose sur un objectif fondamental de réalisation d'un « espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée »². Par contraste, le second poursuit un double objectif de promotion et de protection des investissements en imposant aux Etats de garantir des standards de traitement aux investisseurs étrangers³.

L'inscription des deux droits dans une logique différente n'empêche pas des similitudes entre eux. En effet, bien que les termes « investissements intracommunautaires » soient peu utilisés dans la législation primaire et secondaire de l'Union européenne, les libertés de circulation ont pour but et résultat d'encourager et de protéger les investissements réalisés sur le territoire d'un autre Etat membre qui sont, selon une définition économique, des investissements internationaux⁴. En droit de l'UE, la liberté d'investir procède en particulier de deux règles d'édification du marché intérieur contenues dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), la liberté d'établissement (article 49) et la libre circulation des capitaux (article 63)⁵. Les principes de libre

* Après l'écriture de ce chapitre, le 18 juin 2015, la Commission européenne a entamé un recours en constatation de manquement contre cinq Etats membres (Autriche, Pays-Bas, Roumanie, Slovaquie et Suède), les mettant en demeure de mettre fin aux TBI qui les lient.

** Séverine MENÉTREY, professeur associé en droit judiciaire privé à l'Université du Luxembourg.

¹ Pour une compréhension exhaustive du sujet v. M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, European Yearbook of International Economic Law, Special Issue, 2011, XII, 200 p. ; A. DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, OUP, 2011.

² Article 26 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

³ Sur cette question, v. W. BEN HAMIDA, L. AZOULAI, « La protection des investissements par le droit primaire - Droit conventionnel des investissements et Droit primaire communautaire : étude comparée des régimes et des approches », in *Le droit européen et l'investissement*, C. KESSEDIAN, Ch. LEBEN (dir.), Paris, Editions Panthéon Assas, 2009, p. 70.

⁴ Pour une référence à l'investissement intracommunautaire, v. la « Communication de la Commission concernant certains aspects juridiques touchant aux investissements intracommunautaires », *JOCE* C 220, 19 juillet 1997.

⁵ Le croisement de la liberté d'établissement et de la libre circulation des capitaux respectivement prévues aux articles 49 et 63 du TFUE a une incidence sur les investissements (directs ou de

DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS
ET DE L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL
PARIS, PEDONE, 2015

Cet ouvrage est en vente chez votre libraire
et auprès des éditions A.Pedone
13 rue Soufflot 75005 Paris France

tel : + 39 (0) 1 43 54 05 97 - Email : librairie@apedone.net - site : www.pedone.info

PARTIE I – CHAPITRE 16

circulation et de non-discrimination qui sous-tendent la toile communautaire trouvent écho dans les protections du droit international des investissements. En outre, il ressort de la pratique que certaines exigences de protection ressurgissent en droit communautaire à travers les mesures nationales restrictives aux échanges, tandis que des justifications fondées sur l'intérêt général s'invitent en droit des investissements à travers certaines mesures nationales de protection des investissements⁶. Il n'en demeure pas moins que le droit communautaire, désormais droit de l'Union européenne, n'est pas une déclinaison régionale d'un instrument multilatéral de protection des investissements et les similitudes entre les deux droits ne doivent pas être exagérées⁷.

A la grande différence du droit international des investissements, le droit de l'Union européenne axé sur l'accès des opérateurs économiques aux marchés est muet sur la protection de l'investisseur contre l'expropriation sans compensation et sur le recours à l'arbitrage par l'investisseur contre l'Etat d'accueil de son investissement⁸. L'exclusion du régime de la propriété de la compétence de l'Union par l'article 345 du TFUE et l'absence de référence à l'arbitrage unilatéral conduisent à penser, du point de vue internationaliste, que la protection des investissements internationaux au sein du marché intérieur ne relève pas du monopole du droit européen, tandis que, pour les communautaristes, le devoir de coopération et de confiance mutuelle, la primauté du droit communautaire et le rôle de la Cour de justice suffisent à garantir l'investissement au sein de l'Union conférant à cette dernière une compétence interne et externe en la matière.

portefeuille) diligentés vers un Etat membre par un opérateur situé dans un autre Etat membre. V., p. ex., CJCE, 17 juillet 2008, *Commission c. Espagne*, aff. C-207/07, qui juge que la législation d'un Etat membre interdisant ou soumettant à autorisation des prises de participation dans certaines entreprises nationales a été considérée comme constitutive d'une entrave à la libre circulation des capitaux au sein du marché intérieur. On retrouve dans le droit dérivé relatif à la libre circulation des capitaux (not. Directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du Traité) une définition large de l'« investissement direct » familière aux traités bilatéraux d'investissement. V. S. HINDELANG, « The EC Treaty's Freedom of Capital Movement as an Instrument of International Investment Law? », in *International Investment Law in Context*, A. REINISCH, C. KNAHR (eds.), Eleven International Publ., 2008, p. 43. Dans un autre domaine, mais de manière analogue, v. CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97 ; CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering*, aff. C-208/00 ; CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01, qui assimilent les sociétés incorporées dans un Etat membre aux sociétés de l'Etat membre où se déploient leurs activités. On retrouve ainsi, dans le cadre du droit de l'établissement, la notion de traitement national.

⁶ W. BEN HAMIDA, L. AZOULAI, « La protection des investissements par le droit primaire - Droit conventionnel des investissements et Droit primaire communautaire : étude comparée des régimes et des approches », *op. cit.*, p. 84.

⁷ Pour la majorité des auteurs, la liberté d'investissement doit être distinguée des deux libertés fondamentales d'établissement et de circulation des capitaux, voire de manière anticipatoire, P. JUILLARD, « Freedom of Establishment, Freedom of Capital Movements, and Freedom of Investment », *ICSID Review*, 2000, pp. 322-339.

⁸ L'absence de disposition communautaire sur l'indemnisation de l'expropriation n'est pas déterminante du point de vue communautariste dans la mesure où le Protocole 1 de la Convention européenne des droits de l'homme consacre le respect de la propriété privée et qu'aux termes de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne (TUE), l'Union respecte les droits fondamentaux, et notamment ceux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, en tant que principes généraux du droit communautaire sans compter l'adhésion prochaine de l'Union à la Convention européenne des droits de l'Homme.

DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS ET DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Il ne s'agit pas d'une querelle théorique. L'accession en 2004, puis 2007, de nouveaux Etats au statut de membres de l'Union a mis en lumière l'existence antérieure de traités bilatéraux d'investissement (TBI) liant deux Etats membres entre eux. Droit international des investissements et droit communautaire sont ainsi littéralement entrés en « collision »⁹. A la même époque, sont apparus les premiers arbitrages opposant un investisseur européen à un Etat membre sur le fondement du Traité sur la Charte de l'énergie. Parallèlement, le Traité de Lisbonne a conféré à l'Union une compétence expresse et exclusive concernant les investissements étrangers dans le cadre de la politique commerciale commune¹⁰. On dénombre plus de 190 TBI intra-européens et 1229 TBI conclus par un Etat membre avec un Etat tiers¹¹. C'est dire l'importance non seulement juridique et politique des rapports entre le droit des investissements et le droit de l'Union européenne, mais aussi l'importance « statistique » du phénomène¹². Passé le premier stade du « choc » à proprement parler, le phénomène se trouve à un stade intermédiaire et le stade des solutions pour l'avenir commence à émerger avec des sentences arbitrales tenant compte des spécificités du droit international des investissements dans le contexte européen¹³ et l'adoption par le Parlement et le Conseil d'un régime transitoire pour les accords d'investissement conclus avec des Etats tiers le 12 décembre 2012¹⁴. En gardant à l'esprit ces trois stades, il convient d'analyser les interactions entre les deux droits tant en ce qui concerne les investissements au sein de l'Union européenne (I) que les investissements en provenance ou à destination d'Etats tiers (II).

I. LES INVESTISSEMENTS AU SEIN DE L'UNION EUROPÉENNE

Le droit international des investissements et le droit communautaire se sont longtemps ignorés, le second poursuivant un objectif d'intégration économique et juridique non seulement différent du droit international des investissements, mais indifférent au développement du premier. Protégé par les dispositions relatives à la liberté d'établissement et la libre circulation des capitaux – dont la primauté sur les droits internes est garantie par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE devenue CJUE) –, l'investissement n'a pas été l'objet de traités de promotion et de protection entre Etats membres

⁹ Ch. LEBEN, « Introduction », in *Le droit européen et l'investissement*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁰ Articles 206 et 207 TFUE.

¹¹ E. GAILLARD, « Conclusions », in *Le droit européen et l'investissement*, *op. cit.*, p. 150.

¹² *Ibidem*, p. 149.

¹³ La sentence arbitrale très attendue dans l'affaire *Electabel v. The Republic of Hungary*, rendue le 30 novembre 2012, a jugé que : « *it would be absurd if Hungary could be held liable under the ECT for doing precisely that which it was required to do by a supranational authority whose decisions the ECT itself recognizes as legally binding on Hungary* », *Electabel v. The Republic of Hungary*, ICSID Case N° ARB/07/19, Decision on jurisdiction, applicable law and liability, 30 November 2012, § 6.72, disponible sur : <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1071clean.pdf>>.

¹⁴ V. le communiqué de presse disponible en ligne sur : <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-977_en.htm>.