

Benjamin Guichard-Sulger

Le nouveau modèle européen d'accord
sur l'investissement étranger : un modèle
singulier et innovant ?

Geneva Jean Monnet Working Papers

26/2016



**CENTRE D'ÉTUDES
JURIDIQUES EUROPÉENNES**
Centre d'excellence Jean Monnet



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

Cover : Andrea Milano

Le nouveau modèle européen d'accord sur l'investissement étranger : un modèle singulier et innovant ?

Benjamin Guichard-Sulger

Université de Rennes 1
College of Europe

Geneva Jean Monnet Working Paper 26/2016

Christine Kaddous, Director

Centre d'études juridiques européennes

Centre d'excellence Jean Monnet

Université de Genève - UNI MAIL

All rights reserved.
No part of this paper may be reproduced in any form
without permission of the author.

ISSN 2297-637X (online)
© Benjamin Guichard-Sulger 2016
Université de Genève – Centre d'études juridiques européennes
CH-1211 Genève 4

The Geneva Jean Monnet Working Papers Series is available at:
www.ceje.ch

Publications in the Series should be cited as:
AUTHOR, TITLE, Geneva Jean Monnet Working Paper No / YEAR [URL]

Le nouveau modèle européen d'accord sur l'investissement étranger : un modèle singulier et innovant ?

par

Benjamin Guichard-Sulger*

Résumé

(English version below)

Cet article analyse les spécificités du modèle d'accord d'investissement de l'Union européenne. Ce dernier est entendu comme un modèle informel, modelé par Institutions européennes à la suite de l'activation de la politique commune de l'investissement, et complété par la proposition de la Commission du 12 novembre 2015 effectuée dans le cadre des négociations du TTIP.

Par l'étude des points de friction entre le droit de l'Union et le droit international des investissements, et par une comparaison des propositions d'accords TTIP, CETA, UE-Vietnam et UE-Singapour avec les traités bilatéraux d'investissement des États membres, mais aussi ceux des États-Unis et du Canada, ainsi qu'avec le TPP, l'auteur dégage les caractéristiques du modèle européen d'accord d'investissement et en étudie la portée.

Il apprécie ainsi l'étendue des compétences de l'UE en matière d'investissements étrangers, puis vérifie la compatibilité du règlement des différends investisseur-État avec les règles de l'ordre juridique de l'Union. Il décrit ensuite le positionnement du modèle européen quant au niveau de protection absolue et relative conféré à l'investisseur tout en mettant en valeur l'extension de la reconnaissance des droits de la puissance publique opérée par les accords. Il caractérise enfin les modifications apportées au règlement des différends investisseur-État, notamment par l'ajout d'un mécanisme de nomination des juges par les Parties à l'accord et d'un système d'appel avant d'en mesurer la portée sur le système multilatéral.

Mots-clés : Accords externes, Investissements étrangers, Arbitrage, Système juridictionnel des investissements, TTIP, CETA, Compétence implicite

* Titulaire d'un Master en droit de l'UE/droit de l'OMC de l'Université de Rennes 1 et d'un Master en études européennes interdisciplinaires du Collège d'Europe, actuellement stagiaire à la DG Commerce de la Commission européenne (benjamin.guichard@coleurope.eu). Les opinions exprimées dans ce texte sont propres à leur auteur et n'engagent pas la Commission européenne.

Abstract

This article analyses the features of the EU's Investment Agreement Model. This Model is considered as an informal one, shaped by the Institutions following the activation of the Common Foreign Investment Policy, and completed by the Commission's proposal for investment protection and an Investment Court System made in the framework of the negotiations of the TTIP and published on November 12, 2015.

The author draws the characteristics of this new EU Model by studying the sticking points between EU Law and international investment law, and by comparing the drafts of the TTIP, CETA, EU-Vietnam and EU-Singapore agreements with the bilateral investment treaties of the EU Members states, the United States, Canada and with the TPP.

He formulates a hypothesis on the scope of the competence of the EU on foreign investment, and checks the compatibility of the investor-State dispute settlement mechanism with the EU legal order. He describes the position of the EU Model regarding the investor's absolute and relative protection, and highlights the recognition by the drafts of an extended right to regulate in favour of the State. Finally, he points out the changes brought by the Commission's proposal to the traditional investor-State dispute settlement mechanism and assesses the impact of this review on the multilateral scheme.

Keywords: External agreements, Foreign investment, Arbitration, Investment Court System, TTIP, CETA, Implied competence

Le nouveau modèle européen d'accord sur l'investissement étranger : un modèle singulier et innovant ?

Introduction

« Today marks the end of a long internal process in the EU to develop a modern approach on investment protection and dispute resolution for TTIP and beyond »¹

Le 12 novembre 2015, la Commission européenne présentait sa nouvelle proposition de rédaction des dispositions relatives à l'investissement dans le cadre du Partenariat Transatlantique de Commerce et d'Investissement (ci après la « Proposition TTIP »)². Cette proposition offre une lecture renouvelée de la protection de l'investisseur étranger et du mécanisme de règlement des différends investisseur-État (RDIE). Elle dispose également d'une vocation transversale, bien au-delà du seul cadre des négociations du TTIP, puisque la Commission ne cache pas sa volonté de la voir dupliquée puis appliquée dans tous les accords d'investissement de l'UE³. Elle apparaît alors comme l'ébauche d'un modèle européen d'accords externes sur l'investissement (AEI), c'est-à-dire d'un ensemble de clauses arrêtées par l'UE et fournissant une base de négociation avec ses partenaires. Ce modèle est informel, puisque contrairement aux modèles d'accords publiés par les grands États exportateurs d'investissements, il n'est pas désigné en tant que tel. Il n'en est pas moins concret, puisqu'on le retrouve dans trois des quatre projets d'accords contenant des dispositions sur l'investissement dont le texte a été dévoilé à ce jour. En plus du TTIP, ce modèle est inclus dans le texte final de l'accord de libre-échange UE-Vietnam (ALE UE-Vietnam)⁴, et a été ajouté en dernière minute au texte de l'Accord Economique et Commercial Global UE-Canada (CETA)⁵, seul l'accord de libre-échange UE-Singapour (ALE UE-Singapour) y fait encore exception⁶.

¹ C. MALMSTRÖM, IP/15/6059 - Communiqué de presse de la Commission du 12 novembre 2015.

² Proposition sur la protection des investissements, le règlement des différends en matière d'investissements et le système juridictionnel des investissements dans le cadre du TTIP, telle que rendue publique dans le cadre des négociations avec les États-Unis le 12 novembre 2015.

³ IP/15/6059, *op. cit.*

⁴ ALE entre l'UE et la République socialiste du Vietnam, chapitre II, version de janvier 2016.

⁵ Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne, chapitre VIII.

⁶ ALE entre l'UE et Singapour, chapitre IX, version de septembre 2013. L'accord UE-Singapour ne dispose pas (encore) de la nouvelle approche en matière de RDIE, mais il est probable que la Commission tentera de l'implémenter après que la CJ ait rendu son avis sur la compatibilité du projet d'accord avec les Traités.

En plus de constituer la concrétisation par l'UE de son ambition d'une politique commune des investissements étrangers, sollicitée par le traité de Lisbonne⁷, et par le triangle institutionnel⁸, cette nouvelle approche implique également un positionnement de l'UE au sein de la discipline du droit des investissements étrangers. Cette discipline très hétérogène repose presque exclusivement sur les traités bilatéraux d'investissement (TBI) conclus par les États⁹, et notamment par les États européens dont certains ont en la matière une pratique prolixe¹⁰. Ici apparaît un premier enjeu que doit adresser le modèle européen d'AEI : celui de sa confrontation au niveau de protection garanti par les États membres, auquel il doit succéder. En effet, les accords d'investissement conclus par l'UE ont vocation à remplacer progressivement les TBI des États membres. Or, il ne faudrait pas qu'il résulte de l'activation de la politique commune un abaissement de la protection offerte en Europe aux investisseurs étrangers¹¹. La Commission déclarait en 2010 à ce sujet que « *les principes et les paramètres (des) négociations seront (...) déterminés par les « meilleures pratiques » des États membres* »¹², tout en s'arrogeant le droit de déterminer « *le champ d'application et les normes que l'Union devrait fixer* »¹³. Dès lors, les TBI des États membres devraient être une source « *d'inspiration* »¹⁴ pour l'UE, mais l'« étalon or » qu'ils établissent pourrait tout à fait être surpassé par l'UE.

Un second enjeu est celui de la réponse à la crise de légitimité que traverse actuellement la pratique des TBI. Ceux-là sont accusés de surfavoriser les investisseurs, et de provoquer un « gel réglementaire » au sein des États, qui s'abstiendraient ou retarderaient la prise de réglementations par peur d'être condamnés à payer des indemnités aux investisseurs étrangers¹⁵. Quand ce n'est pas le résultat des décisions du RDIE qui sont critiquées, ce sont les conditions d'impartialité et d'éthique des arbitres qui sont pointées du doigt par les opinions publiques¹⁶.

Enfin, un dernier enjeu est relatif aux conséquences sur la scène multilatérale du positionnement de l'UE au sein des standards du droit international des investissements.

⁷ Articles 206 et 207 TFUE.

⁸ COM (2010) 343 final - Communication de la Commission « Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux », 7 juillet 2010. & 010/2203 (INI) - Résolution du Parlement européen du 6 avril 2011 sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux & Conclusions du Conseil sur une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux, 25 octobre 2010.

⁸ Conclusions du Conseil sur une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux, 25 octobre 2010.

⁹ Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD parlent ainsi de « *fragmentation* » du droit des investissements étrangers, Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, « L'Investissement », in *Droit international économique*, 5. éd., Paris, Dalloz, 2014, pp. 431-602., spéc. pp. 439-464.

¹⁰ *Ibidem* pp. 462-463.

¹¹ Les États membres seraient à l'origine d'environ 1500 TBI, signés principalement par l'Allemagne, le Royaume-Uni, la France, l'Italie, les Pays-Bas et la Belgique., Tillmann Rudolf BRAUN, « For a Complementary European Investment Protection », in Marc BUNGENBERG, Jörn GRIEBEL et Steffen HINDELANG (dir.), *International Investment Law and EU Law*, The Netherlands, Springer, 2011, pp. 95-104, spéc. p. 99.

¹² COM (2010) 343 final, *op. cit.*, p. 13.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Lorenzo COTULA, « Regulatory Takings, Stabilisation Clauses and Sustainable Development », in *OECD Investment Policy Perspectives 2008*, OECD Publishing, 2009, pp. 69-90 & *Voy.* également le cas d'étude réalisé par Gus Van HARTEN et Dayna Nadine SCOTT, « Investment Treaties and the Internal Vetting of Regulatory Proposals: A Case Study from Canada », *Journal of International Dispute Settlement*, 2016, vol. 7, n° 1, pp. 92-116.

¹⁶ Susan FRANCK, « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *Fordham Law Review*, 2005, vol. 73, n° 4, pp. 1521-1625., spéc. pp. 1584-1589.

Le caractère « malléable » de la matière implique qu'un modèle ambitieux, innovant, et rompant avec la pratique habituelle aura des conséquences systémiques qui dépasseront le simple rapport bilatéral qui lie les deux Parties au TBI. En effet, en plus de constituer un cadre de référence pour l'UE dans la conduite de ses négociations sur l'investissement, il pourra également être perçu comme un standard de référence par les États tiers pour leurs propres négociations. Dans ces conditions, la mise en œuvre par l'UE de sa compétence en matière d'investissements étrangers n'est pas un événement anodin, et sa place en tant que premier pôle d'émission et de réception d'IDE lui donne la crédibilité pour s'imposer en tant que meneuse potentielle des innovations au niveau multilatéral.

Par l'analyse des dispositions de la « Proposition TTIP » de la Commission, du chapitre 8 du CETA, du chapitre 2 de l'ALE UE-Vietnam et du chapitre 9 de l'ALE UE-Singapour, et en les comparant avec le modèle traditionnel des États membres, des États-Unis, du Canada, mais aussi avec le chapitre 9 du Partenariat Trans-pacifique (TPP)¹⁷, on pourra apprécier la manière dont l'UE a mis en œuvre sa politique commune en matière d'investissements et les solutions qu'elle a apportées aux enjeux que soulevaient l'exercice de sa compétence en investissements étrangers. De cette manière, il est possible **de définir les caractéristiques du modèle européen d'AEI et d'en mettre en avant les spécificités.**

Ce modèle apparaît en premier lieu comme le fruit d'une opération de mise en compatibilité avec les spécificités de l'ordre juridique de l'Union européenne (**I**). Il se révèle ensuite comme un instrument équilibré de protection de l'investissement, mettant en œuvre une équation révisée de l'équilibre des intérêts de l'investisseur et de la puissance publique (**II**). Il se montre enfin comme un modèle novateur alors qu'il propose un système renouvelé de règlement des différends investisseur-État (**III**).

I. Un modèle contraint par les spécificités du droit de l'Union européenne

Tout accord externe de l'UE fait partie intégrante de l'ordre juridique communautaire¹⁸, il doit à ce titre se fonder dans les règles fondamentales de la construction européenne. Les AEI ne font pas exception à cette règle, et doivent composer avec le principe d'attribution des compétences (**A**), et s'abstenir de porter atteinte au monopole de juridiction de la CJ (**B**).

¹⁷ Le Partenariat Transpacifique (TPP) est un accord de commerce et d'investissement plurilatéral signé le 4 février 2016 et regroupant l'Australie, le Brunei, le Canada, le Chili, le Japon, la Malaisie, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, le Pérou, Singapour, les États-Unis et le Vietnam, Trans-Pacific Partnership (TPP), chapitre 9, 4 février 2016.

¹⁸ CJCE, arrêt R. *et* V. *Haegeman c/ Belgique* du 30 avril 1974, aff. C-181/73, Rec. 1974, p. 449, pt. 5.

A. Un modèle mis en difficulté par la délimitation des compétences de l'UE

Le principe d'attribution des compétences implique que l'UE ne soit en mesure d'agir que lorsque les États membres lui ont transféré leur compétence. En conséquence, l'UE ne peut conclure d'AEI que dans la mesure où la compétence des investissements étrangers lui a été confiée. Or, l'étendue de la compétence exclusive de l'UE en matière d'investissements étrangers fait débat (1), ce qui devrait conduire l'UE à requérir la participation des États membres pour être en mesure de négocier des accords complets sur les investissements étrangers (2).

1. L'étendue incertaine de la compétence de l'UE en matière d'investissements étrangers

a. Compétence en matière d'investissements directs et de portefeuille

Les articles 206 et 207§1 du traité FUE fondent et déterminent l'étendue de la compétence exclusive de l'UE en matière de politique commerciale. Dans leur rédaction post-Lisbonne, on constate qu'ils semblent étendre la compétence exclusive de l'UE aux investissements étrangers. Mais un examen plus attentif de la rédaction de ces articles fait remarquer que ce sont en fait les seuls « *investissements étrangers directs* » qui sont visés par les dispositions. Cet ajout du qualificatif « *direct* » n'est pas anodin, car l'investissement *direct* étranger n'est qu'une catégorie des investissements étrangers. Conformément à la jurisprudence classique de la CJ, l'investissement sera qualifié de direct s'il est réalisé dans un objectif durable (i), aux fins d'exercer une activité économique (ii), et s'il permet à l'investisseur de participer de manière effective à la gestion de l'entreprise ou à son contrôle (iii)¹⁹. À l'inverse, la CJ a défini l'investissement de portefeuille comme « *l'acquisition de titres (...) effectuée (...) sans intention d'influencer sur la gestion et le contrôle de l'entreprise* »²⁰. Compte tenu de la dissociation claire des deux notions, il semble probable que le législateur ait souhaité circonscrire le champ de la politique commerciale commune aux seuls investissements directs étrangers²¹.

Néanmoins, ce n'est pas parce que l'UE n'a pas de compétence expresse en matière externe sur les investissements de portefeuille qu'elle ne peut avoir de compétence implicite dans ce domaine.

¹⁹ CJCE, arrêt *FII Group Litigation c/ Inland Revenue* du 12 décembre 2006, aff. C-446/04, Rec. 2006, p. I-11753, pt. 181. Si le critère de l'influence sur la gestion de l'entreprise reste assez abstrait, on pourrait considérer qu'il requiert une prise de participation d'au moins 10% du capital, comme le propose le FMI dans sa propre définition de l'investissement direct, FMI, *Balance of Payments Manual*, (5ième ed.) 1993, p. 86.

²⁰ CJCE, arrêt *Commission c/ Pays-Bas* du 26 septembre 2008, aff. jointes C-282/04 et C-283/04, Rec. 2006, p. I-09141.

²¹ On pourrait toutefois arguer que si l'UE est compétente pour réguler les participations ayant un impact décisif sur la vie de l'entreprise investie, elle devrait être capable de réguler également celles ayant un impact moins « intrusif », en application de l'adage « *a maiore ad minus* », Gunes UNUVAR et Frank HOFFMEISTER, « From BITS and Pieces towards European Investment Agreements », in Marc BUNGENBERG, August REINISCH et Christian TIETJE (dir.), *EU and investment agreements: open questions and remaining challenges*, Baden-Baden, Nomos, 2013, vol.7, pp. 57-86, spéc. p. 66.

Le régime des compétences implicites est prévu depuis le traité de Lisbonne par les articles 3§2 du traité UE et 216§1 du traité FUE. La fonction de ces deux articles qui présentent des similarités a pu porter à confusion, mais comme la Cour l'a laissé entendre dans l'avis 1/13, l'article 216§1 du traité FUE règle l'existence de la compétence implicite, tandis que l'article 3§2 du traité FUE régit la nature exclusive de la compétence²². L'article 3§2 du traité FUE est en effet le seul à qualifier « *d'exclusives* » les compétences qui rentrent dans son champ d'application, alors que l'article 216§1 omet cette mention. En somme, une compétence déterminée sur la base de l'article 216§1 sera « par défaut » une compétence partagée, et elle ne deviendra exclusive que dans la mesure où elle répond aux critères posés par l'article 3§2 du traité FUE²³.

L'article 216§1 du traité FUE vise trois possibilités à l'occasion desquelles une compétence implicite pourra être reconnue. Il faut que cette compétence soit (i) « *prévue dans un acte juridique contraignant de l'Union* », ou (ii) qu'elle soit « *susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée* »²⁴ (c'est-à-dire qu'elle porte atteinte à un acte interne de l'UE), ou enfin (iii) qu'elle soit « *nécessaire pour réaliser, dans le cadre des politiques de l'Union, l'un des objectifs visés par les traités* ». Force est de constater qu'aucun acte juridique contraignant ne prévoit l'existence d'une compétence portant sur les investissements de portefeuille. La première hypothèse est donc écartée. Il en est à première vue de même pour la seconde hypothèse, puisque le seul article du traité FUE susceptible de donner lieu à des règles communes potentiellement « affectables » par un accord portant sur les investissements de portefeuille n'a à ce jour pas encore été utilisé²⁵. Il s'agit de l'article 66 du traité FUE, dont la fonction est de permettre à l'UE de restreindre « *les mouvements de capitaux en provenance ou à destination de pays tiers* ». Toutefois, même s'il résulte de cet article une compétence interne non exercée, on pourrait envisager de le considérer en tant que base juridique d'une compétence externe implicite en matière d'investissements de portefeuille. L'avocat général N. JÄÄSKINEN a en effet rappelé à l'occasion de l'affaire 1/13 que la CJ a retenu une conception large de la notion d'affectation des règles internes, considérant que celle-ci devait prendre en compte « *non seulement l'état actuel du droit communautaire dans le domaine concerné, mais également ses perspectives d'évolution, lorsque celles-ci sont prévisibles au moment de cette analyse* »²⁶. Or, il est vrai qu'un accord libéralisant les investissements de portefeuille pourrait contraindre la marge de manœuvre de l'UE à restreindre ultérieurement ces flux²⁷. En effet, le recours à l'article

²² CJ, *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, avis 1/13 du 14 octobre 2014, ECLI:EU:C:2014:2303, respectivement pts. 67 et 68 & pts. 69 et ss.

²³ Cette déduction est appuyée par le fait que la CJ a clairement indiqué qu'une compétence implicite pouvait être aussi bien exclusive que partagée, CJCE, *Convention de Lugano*, avis 1/03 du 7 février 2006, Rec. 2006. p. I-05145, pt. 115.

²⁴ Cette seconde hypothèse est une reprise de la jurisprudence AETR, CJCE, arrêt *Accord européen sur les transports routiers*, aff. 22/70 du 31 mars 1971, Rec. 1971, p. 263, expressément visé dans l'avis 1/13, *op. cit.* Voy. également Panos KOUTRAKOS, *EU international relations law*, 2nd ed., Oxford, Hart, 2015, pp. 127-128.

²⁵ Jan Asmus BISCHOFF, « Initial Hiccups or More? Efforts of the EU to Find Its Future Role in International Investment Law », in Jean E. KALICKI et Anna JOUBIN-BRET (dir.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, pp. 531-559, *spéc.* p. 537.

²⁶ Prise de position de l'avocat général Niilo JÄÄSKINEN à propos de la demande d'avis 1/13 du 13 mai 2014, ECLI:EU:C:2014:2292, reprenant la position de l'avocat général Yves BOT lors de la demande d'avis 1/03, *op. cit.*

²⁷ C'est vraisemblablement la position défendue par la Commission, COM (2010) 343 final, *op. cit.* p. 9.

66 du traité FUE apparaîtrait alors comme contraire à l'exécution par l'UE de ses obligations au regard de l'accord de libéralisation.

Quand bien même cette conception étendue du test d'affectation des règles communes ne serait pas retenue, la compétence implicite pourra malgré tout exister grâce au recours au test de nécessité, troisième hypothèse fixée par l'article 216§1. Ce test de nécessité, contrairement à celui de l'affectation des règles communes n'a pas donné lieu à une application jurisprudentielle depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Toutefois, puisque l'article 216§1 codifie la jurisprudence des avis 1/76 et *Kramer*²⁸, il est peu probable que l'interprétation que la CJ en fera sera différente de celle qu'elle avait développée dans ces affaires. Aussi, pour être nécessaire au regard des objectifs du traité, l'accord externe devrait être le seul moyen pour l'UE d'atteindre l'objectif fixé par le traité. L'article 64§2 du traité FUE vise explicitement un « *objectif de libre circulation des capitaux entre les États membres et les pays tiers* », sous-entendu les capitaux dans leur ensemble, y compris les investissements de portefeuille. Or, les moyens internes que confère cet article à l'UE pour réaliser cet objectif ne lui permettent pas de réguler par des actes unilatéraux la situation des investissements de portefeuille, puisque ce type d'investissement n'est pas mentionné au sein de la liste des investissements susceptibles de faire l'objet de la procédure législative ordinaire fixée dans le même article²⁹. En ce sens, donc, la conclusion d'AEI portant sur les investissements de portefeuille nous apparaît comme la seule possibilité pour l'UE de libéraliser ses conditions d'émission et de réception pour ce type d'investissement indirect. Dans cette optique, la compétence implicite externe en matière d'investissements de portefeuille semble donc être une nécessité pour atteindre « *l'objectif de libre circulation des capitaux entre États membres et pays tiers* » visé par l'article 64§2 du traité FUE.

L'existence de la compétence implicite étant possible, reste à savoir si celle-ci pourra être exercée par l'Union sans le concours des États membres. L'article 3§2 du traité FUE prévoit trois situations dans lesquelles une compétence implicite, par défaut partagée, basculerait dans le champ de l'exclusivité : (i) « *lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union* », (ii) « *dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée* », ou (iii) si elle est « *nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne* ». Puisqu'on a déjà avancé que la compétence portant sur les investissements de portefeuille ne dérivait pas d'un acte contraignant, la première possibilité est écartée³⁰. La seconde hypothèse d'exclusivité, à savoir celle mobilisant le test d'affectation des règles communes est identique à celle posée par l'article 216§1 du traité FUE. Aussi, si la conception extensive du test d'affectation des règles internes est retenue, alors cette compétence externe sera non

²⁸ CJCE, *Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure*, avis 1/76 du 26 avril 1977, Rec. 1977, p. 741 & CJCE, arrêt *Cornelis Kramer et autres*, aff. jointes C-3,4,6-76 du 14 juillet 1976, Rec. 1976, p. 1279.

²⁹ L'article 64§2 TFUE indique en effet : « *Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, adoptent les mesures relatives aux mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers, lorsqu'ils impliquent des investissements directs* ».

³⁰ Notons qu'*a contrario*, une compétence implicite reconnue sur le fondement d'un acte contraignant, mais non législatif sera donc vraisemblablement une compétence partagée.

seulement attribuée, mais aussi systématiquement exclusive. Enfin, l'énoncé de la troisième hypothèse la distingue de celle prévue par l'article 216§1 en ce que le test de nécessité doit permettre de déterminer non pas que la compétence engage à la satisfaction d'un objectif visé par le traité, mais plutôt de manière plus précise, qu'elle permet l'exercice par l'Union de sa compétence interne. Or, comme indiqué ci-dessus, les articles 63 et suivants du traité FUE se bornent à indiquer l'existence d'un objectif de libre-circulation des capitaux sans assortir cet objectif d'une compétence interne. Selon notre appréciation, une compétence implicite portant sur l'investissement de portefeuille, si elle est reconnue, pourrait donc difficilement être de nature exclusive.

b. Compétence en matière de protection des investissements établis

La seconde incertitude qui pèse sur la compétence de l'UE en matière d'investissements étrangers a trait à la protection des investissements établis. En effet, certains considèrent que la compétence de l'UE ne serait en fait limitée qu'à la *libéralisation* des investissements étrangers. L'article 206 du traité FUE semble en effet limiter la mission de l'UE « à la suppression progressive des *restrictions* (...) aux investissements étrangers directs »³¹. Une lecture stricte des traités engagerait dès lors à considérer que les éléments de protection accordés à l'investisseur une fois l'investissement réalisé sont hors de portée de l'action communautaire³².

Toutefois, la politique commerciale commune véhiculée par l'article 206 du traité FUE a été interprétée par la CJ de manière large, englobant tous les actes « destinés à promouvoir, à faciliter ou à régir les échanges commerciaux » et ayant « des effets directs et immédiats sur le commerce »³³. Il semble pertinent de considérer que la manière dont sont définis les standards de protection interne, voire l'absence de protection aura nécessairement un impact direct sur la décision d'un investisseur de réaliser ou non son investissement. Il en va de même pour les dispositions portant sur le RDIE, qui participent directement à la qualité de la protection offerte³⁴. L'option consistant à inclure le traitement post-établissement des investissements

³¹ Cette formulation est aussi présente dans le Chapitre 4 du Titre IV du TFUE qui servirait de base à la compétence implicite en matière d'investissements de portefeuille.

³² Voy. Philip STRIK, *Shaping the single European market in the field of foreign direct investment*, Oxford, Hart Publ, 2014., pp. 85-86. Par ailleurs, la version anglaise du traité marquerait également ce doute, puisque l'article 207 TFUE qui met en œuvre l'article 206 indique que les accords commerciaux de l'UE peuvent porter « on the commercial aspects of intellectual property, foreign direct investments, ... ». Certains avancent alors que seuls les aspects commerciaux des IDE seraient visés par cet article. Toutefois, la version française de l'accord montre bien que la limitation aux « aspect commerciaux de... » ne s'appliquent pas aux IDE, puisqu'elle indique : « les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, les investissements étrangers directs, ... » et non « les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, des investissements étrangers directs, ... ».

³³ CJ, *Commission c/ Parlement européen et Conseil*, aff. C-411/06 du 8 septembre 2009, Rec. 2009, p. I-07585, pt. 71. L'UE a ainsi pu conclure des accords allant plus loin que le simple abaissement des barrières tarifaires au commerce, comme l'accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires, G. UNUVAR et F. HOFFMEISTER, « From BITS and Pieces towards European Investment Agreements », *op. cit.* pp. 67-68. En ce qui concerne les investissements de portefeuille, là aussi une interprétation large a été donnée au terme de « restriction » dans le cadre du Chapitre 4 du Titre IV du TFUE, puisque la Cour les désigne comme toute mesure qui pourrait « dissuader l'investisseur ». Voy. Ramón VIDAL PUIG, « The scope of the new exclusive competence of the European union with regard to 'foreign direct investment' », *Legal issues of Economic integration*, 2013, vol. 40, n° 2, pp. 133-162, spéc. p. 153.

³⁴ P. STRIK, *Shaping the single European market in the field of foreign direct investment*, *op. cit.*, p. 87.

étrangers dans le champ de la compétence de l'UE est donc celle qui nous semble la plus appropriée.

Des craintes additionnelles existent en ce qui concerne les dispositions des AEI portant sur la régulation de l'expropriation. L'article 345 du traité FUE dispose en effet que « *les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres* ». On pourrait penser que cette disposition limite la possibilité pour l'UE de réguler le régime d'expropriation et de nationalisation dans les États membres, d'autant plus que les dispositions dédiées à la politique commerciale commune précisent bien que la mise en œuvre de la politique commerciale commune ne peut affecter la délimitation des compétences entre l'UE et les États membres³⁵. Cependant, les AEI n'ont pas pour effet d'interdire l'expropriation et la nationalisation, mais se contentent d'en préciser les conditions. L'expropriation en elle-même n'est pas illégale, c'est son caractère abusif et non/mal indemnisé qui le sera³⁶.

Bien que non insurmontables, les incertitudes à propos de la portée du transfert de compétences effectué ont conduit la Commission à saisir la CJ d'une demande d'avis au sujet du projet d'AEI avec Singapour, conformément à l'article 218§11 du traité FUE, ce qui laisse espérer que les questions relatives à l'étendue de la compétence de l'UE seront clarifiées par la Cour³⁷. Toutefois, ces doutes, même raisonnables, ne sauraient remettre en cause l'existence des AEI. La technique de la mixité devrait en effet permettre de parer aux « *interférences* »³⁸ dans la compétence de l'UE.

2. La mixité probable des accords véhiculant le modèle européen d'accord d'investissement étranger

La mixité d'un accord externe implique que ce dernier soit conclu de manière conjointe par l'UE et ses États membres. Elle est nécessaire dans deux situations : soit parce que l'accord relève en partie ou totalement de la compétence partagée de l'UE, soit parce qu'il implique des compétences non attribuées à l'UE³⁹. Considérant les zones d'ombre qui ont été mises en valeur quant à l'étendue de la compétence de l'UE⁴⁰, il semble donc que la mixité soit un remède adéquat pour pouvoir véhiculer au sein d'un même accord le modèle de l'UE tout en préservant le co-contractant de l'insécurité juridique qui pourrait résulter d'une

³⁵ Article 207§6 TFUE.

³⁶ *Voy.* en ce sens Marc BUNGENBERG, « The Division of competences between the EU and its Member States in the area of investment politics », in Marc BUNGENBERG, Jörn GRIEBEL et Steffen HINDELANG (dir.), *International Investment Law and EU Law*, The Netherlands, Springer, 2011, pp. 29-42 *spéc.* pp. 36-37 & P. STRIK, *Shaping the single European market in the field of foreign direct investment*, *op. cit.*, pp. 86-87.

³⁷ Il y a fort à parier que cet avis sera à ce titre une contribution importante à la compréhension de la notion des compétences implicites telles qu'entendues après le Traité de Lisbonne.

³⁸ Eleftheria NEFRAMI, *L'action extérieure de l'Union européenne: fondements, moyens, principes*, Paris, LGDJ, 2010, p. 101

³⁹ Eleftheria NEFRAMI, *Les accords mixtes de la Communauté européenne: aspects communautaires et internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 15.

⁴⁰ On peut ajouter également que ces dispositions seront de toute manière incluses dans des accords « complets » dépassant le strict cadre de l'investissement étranger, et s'intéressant plus largement au commerce et à la coopération politique, cette dernière allant au-delà de la compétence de l'UE, ce qui renforce donc la présomption de mixité que nous posons, Josiane AUVRET-FINCK et Jan WOUTERS (dir.), *Vers un partenariat transatlantique de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2015, parties III et IV & Christian Deblock, Joël Lebullenger et Stéphane Paquin (dir.), *Un nouveau pont sur l'Atlantique: l'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada*, Québec (Québec), Presses de l'Université du Québec, 2015, partie II.

distribution dissociée des obligations entre l'UE et les États membres. Cette parade va toutefois impliquer un renforcement du contrôle des États membres sur le processus d'adoption de l'accord externe.

En application des articles 207 et 218 du traité FUE, la Commission négocie l'accord, conformément aux directives de négociation qui lui ont été délivrées par le Conseil, et sous supervision d'un comité de représentants des États membres⁴¹. Les décisions de signature et celle de conclusion de l'accord seront prises par le Conseil après le paraphe de l'accord par les équipes de négociation. En matière de politique commerciale commune, quand bien même le Conseil décide en principe à la majorité qualifiée⁴², les États membres bénéficieront d'un droit de veto dans le cas d'un accord mixte puisqu'ils devront consentir à la mise en œuvre de leurs compétences⁴³.

Entre l'étape de la signature de l'accord et celle de sa conclusion s'insère celle de son approbation. Ce n'est qu'après celle-ci que le Conseil pourra prendre la décision de conclusion de l'accord. En plus d'un passage obligé par le Parlement européen pour approbation⁴⁴, les AEI, compte tenu de leur nature mixte, devront également se soumettre à l'épreuve de la ratification par l'ensemble des États membres⁴⁵. Outre la longueur du processus, qui prend en moyenne plus de deux ans, la nécessité d'une ratification par les 28 États membres ajoute un obstacle de taille au succès des AEI. L'attitude de rejet des opinions publiques européennes exprimée principalement sur le TTIP pourrait en effet conduire à un échec de cet accord et du CETA perçu comme son pendant canadien⁴⁶. Des pressions pourraient avoir lieu sur les Parlements nationaux pour qu'ils refusent de donner un « feu vert » aux accords, lorsque la ratification n'aura pas lieu par référendum⁴⁷. Dans le cadre national, la ratification devra aussi composer avec le respect des prérequis constitutionnels de chaque État membre, ceci alors que l'Association des Magistrats allemands a déjà soulevé des griefs d'inconstitutionnalité face à la nouvelle approche de l'UE en matière de RDIE⁴⁸.

⁴¹ Article 218§4 TFUE.

⁴² Article 207§4 TFUE.

⁴³ Jan Asmus BISCHOFF, « Just a little bit of 'mixity'? The EU's role in the field of international investment protection law », *Common Market Law review*, n° 48, pp. 1527-1570, spéc. pp. 1561-1562 & Eleftheria NEFRAMI, « Accords internationaux – Fondements – Élaboration – Liens conventionnels », *JurisClasseur Europe Traité*, 2011, vol. 191-1.

⁴⁴ Article 218§6, a), v) TFUE.

⁴⁵ E. NEFRAMI, *Les accords mixtes de la Communauté européenne : aspects communautaires et internationaux*, op. cit., p. 295.

⁴⁶ *Voy.* notamment l'initiative « Stop TTIP » réunissant à ce jour près de 3 500 000 signataires.

⁴⁷ Des référendums seraient « organisables » dans plus de la moitié des États membres, Anna ESCHBACH, *The Ratification Process in EU Member States*, 2015. Une ratification de ce type pourrait ainsi avoir lieu aux Pays-Bas, où l'accord d'association UE-Ukraine a été rejeté par le peuple le 6 avril 2016, James CRISP, *Les Néerlandais réclament désormais un référendum sur le TTIP*, <http://www.euractiv.fr/section/politique/news/dutch-voters-now-demanding-referendum-on-ttip/>, consulté le 24 avril 2016.

⁴⁸ Raoul MARC JENNER, *Prise de position sur la création d'un tribunal relatif aux investissements dans le cadre du PTCl*, <http://www.bilaterals.org/?prise-de-position-sur-la-creation>, consulté le 6 avril 2016.

B. Un modèle mis en difficulté par la nécessité du respect des prérogatives de la Cour de Justice de l'Union européenne

L'article 19 du traité UE investit la CJ d'un monopole jurisprudentiel relatif à l'interprétation et à l'application des traités. Confrontée à l'irruption des juridictions externes dans l'environnement de ses prérogatives, la Cour a régulièrement rappelé que, si par principe les traités ne s'opposent pas à ce que les États membres confèrent des compétences à une juridiction internationale, il n'en demeure pas moins qu'aucune juridiction concurrente ne devrait être en mesure d'apprécier la répartition des compétences au sein de l'UE (1), de même qu'aucune juridiction externe à l'ordre juridictionnel de l'UE ne devrait pouvoir statuer de manière contraignante sur l'interprétation et l'application du droit de l'UE (2)⁴⁹.

1. La compatibilité du mécanisme de règlement des différends investisseur-État avec la garantie de la faculté de la CJUE à statuer sur l'ordre des compétences

En raison de la mixité présumée de l'accord, seront parties à l'AEI tant l'UE que ses États membres. Ce faisant, l'investisseur pourra attirer tant l'Union que ses États membres devant l'instance de RDIE, qui pourrait alors être amenée à désigner, même indirectement, la partie responsable de la violation de l'AEI, et donc statuer ainsi sur la répartition des compétences⁵⁰. Cette subtilité ne pose guère de problème au regard du droit international public, puisque la Convention de Vienne précise bien qu'un État ou une organisation ne peut invoquer son droit interne pour se soustraire à l'exécution de ses obligations⁵¹. Elle est toutefois plus préoccupante en ce qui concerne le droit de l'UE.

En effet l'autonomie du droit de l'UE s'oppose à ce qu'une juridiction concurrente à la CJUE puisse déterminer, de manière directe ou indirecte, la nature et l'étendue du partage de compétences entre l'Union et ses États membres. Ce principe a été clairement dégagé dans l'avis 1/91⁵², puis a été réaffirmé à plusieurs reprises, notamment lors de l'avis 2/13⁵³.

Partant, les accords de l'UE devraient donc répondre aux deux conditions suivantes : d'abord (i) permettre à l'UE et aux États membres de statuer eux-mêmes sur l'imputabilité de la responsabilité, puis ensuite (ii) prévoir la possibilité pour la CJUE d'exercer le contrôle final de la bonne répartition des compétences. Pour résoudre cette problématique, l'UE et ses États membres ont par le passé eu recours à la technique de l'internalisation de la

⁴⁹ Steffen HINDELANG, « EU Constitutional Limits to Investor-State Arbitration on the Basis of Future EU Investment-Related Agreements », in Marc BUNGENBERG et Christoph HERRMANN (dir.), *Common Commercial Policy After Lisbon*, The Netherlands, Springer, 2013, pp. 187-198., *spéc.* p. 190.

⁵⁰ Angelos DIMOPOULOS, « The Involvement of the EU in Investor-State Dispute Settlement : a question of responsibilities », *Common Market Law Review*, 2014, n° 51, pp. 1671-1720, *spéc.* pp. 1700-1702.

⁵¹ *Ibidem.*, p. 1688.

⁵² CJCE, *Accord sur l'Espace économique européen*, avis 1/91 du 14 décembre 1991, Rec. 1991, p. I-06079, pts. 34 et 35.

⁵³ CJ, *Adhésion de l'UE à la CESDH*, avis 2/13 du 18 décembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, pt. 234.

détermination de la partie défenderesse⁵⁴. Ainsi, par un acte interne tombant sous la juridiction de la CJUE, l'UE et les États membres s'entendaient pour se répartir la responsabilité de la violation de l'accord en cause, de manière à ce que l'instance de RDIE ne puisse tenir pour responsable l'UE ou un État membre pour un comportement ne relevant pas de sa compétence au regard des traités⁵⁵. Avec l'arrivée du règlement n°912/2014⁵⁶ sur la responsabilité financière dans le cadre d'un RDIE, il semble que l'UE ait tenté de reproduire cette technique dans le cadre des AEI. Ce règlement a en effet pour ambition de définir avec précision la « répartition des tâches » entre l'UE et ses États membres à l'occasion du RDIE, c'est-à-dire en ce qui concerne l'organisation de la défense (et le paiement des frais afférant) et l'exécution des obligations financières résultant de la sentence arbitrale. Le principe de répartition posé est le suivant : l'Union assume la qualité de partie défenderesse et la responsabilité financière lorsque l'instrument ayant supposément violé les dispositions de l'AEI est « *un traitement accordé par les institutions, les organes ou organismes de l'Union* »⁵⁷. *A contrario*, les États membres supporteront la défense et la responsabilité financière lorsque le traitement litigieux aura été accordé par leurs soins⁵⁸. À première vue, le règlement permet de s'accorder avec les prérequis posés par le respect de l'autonomie du droit de l'UE. D'une part, il s'impose à l'UE et à ses États membres lorsque ces derniers sont contraints de communiquer à l'instance de RDIE l'identité du défendeur. D'autre part, la juridiction dont dispose la CJUE sur le règlement lui permet d'apprécier la validité de celui-ci au regard de la délimitation des compétences.

Certes, le règlement n'est pas, dans certains AEI, la seule option légale pour effectuer cette détermination. En effet, le CETA et l'ALE UE-Singapour précisent que dans l'hypothèse où l'Union et ses États membres n'auraient pas déterminé dans un délai de 60 jours le défendeur adéquat, l'instance de RDIE aura autorité pour déterminer elle-même ce défendeur⁵⁹. L'intérêt d'une telle clause de désignation « par défaut » est de se prémunir contre toute manœuvre dilatoire de l'UE et ses États membres. Toutefois, cette clause semble n'être qu'un reliquat des négociations avec le Canada et Singapour, qui ont eu lieu avant l'adoption du règlement n° 912/2014. L'absence de désignation de la partie défenderesse par l'Union et ses États membres est en effet rendue hypothétique par ce règlement, puisqu'il désigne « par défaut » l'État membre contre lequel est adressé la requête

⁵⁴ Stephan W. SCHILL, « Luxembourg Limits: Conditions For Investor-State Dispute Settlement Under Future EU Investment Agreements », in Marc Bungenberg, August Reinisch et Christian Tietje (dir.), *EU and investment agreements: open questions and remaining challenges*, Baden-Baden, Nomos, 2013, vol. 7, pp. 37-56, *spéc.* pp. 49-50.

⁵⁵ Ainsi, dans une déclaration annexée au traité sur la Charte de l'Énergie, l'UE et ses États membres ont précisé qu'ils désigneraient eux-mêmes, dans un délai de 30 jours, le défendeur adéquat lorsqu'une plainte est adressée à l'encontre de l'un d'entre eux, *Voy.* Graham COOP, *Energy Dispute Resolution: Investment Protection, Transit and the Energy Charter Treaty*, Juris Publishing, Inc., 2011, pp. 147-148.

⁵⁶ Règlement n° 912/2014 du Parlement européen et du Conseil « établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de RDIE mis en place par les accords internationaux auxquels l'UE est partie », JO L 257 du 28 août 2014, pp. 121-134.

⁵⁷ Article 3§1, article 4 et article 9 du règlement n° 912/2014.

⁵⁸ Ce principe est assorti de quelques exceptions en faveur de l'extension du droit de représentation de l'UE, *voy.* les articles 3§1 c) et 9 du règlement n°912/2014.

⁵⁹ Article VIII.21§4 du CETA et IX.15§3 de l'ALE UE-Singapour. Cette clause est absente de la « Proposition TTIP » et de l'ALE UE-Vietnam, ce qui laisse supposer leur plus grande compatibilité.

en arbitrage comme ayant la charge de sa défense, sauf (i) si la Commission considère que l'Union doit agir en tant que partie défenderesse ou (ii) si l'État membre décide de se désister de la charge de sa défense, auquel cas cette charge basculera automatiquement sur la Commission. Dans tous les cas, l'acte positif de la Commission européenne ou celui de désistement de l'État membre doivent intervenir dans un délai de 45 jours à partir de l'avis d'ouverture d'arbitrage⁶⁰.

2. La nécessaire préservation du monopole d'interprétation du droit de l'UE de la CJUE

Le respect des prérogatives de la CJUE passe également par la préservation de son monopole sur l'interprétation finale du droit de l'UE. Comme l'a rappelé la CJUE à l'occasion de l'avis 2/13, la participation de l'UE à une juridiction internationale ne doit pas avoir pour effet d'imposer à l'UE et à ses institutions une interprétation déterminée du droit de l'UE⁶¹. Pour respecter ce principe, les AEI doivent donc nécessairement soustraire aux compétences de l'instance de RDIE toute possibilité d'interprétation *formelle* ou *factuelle* du droit de l'UE.

Dans le cadre des AEI, l'interprétation formelle, c'est-à-dire directe du droit de l'UE par l'instance de RDIE ne semble pas possible. Le §1 de l'article des AEI dédié au droit applicable et à l'interprétation limite en effet la juridiction de l'instance de RDIE à l'accord, et lui seul⁶². Il ne s'agit pas, comme cela avait pu l'être à l'occasion de la création de la Juridiction européenne du brevet d'un accord permettant à une juridiction externe de statuer sur du droit de l'UE⁶³.

Une interprétation formelle, mais incidente du droit de l'UE pourrait avoir lieu si l'instance de RDIE était amenée à interpréter des notions présentes tant au sein de l'AEI qu'en droit de l'UE. Toutefois, contrairement à l'accord de Porto sur l'Espace économique européen⁶⁴, ou encore aux accords d'association de nouvelle génération destinés au Partenariat oriental⁶⁵, les AEI n'ont pas vocation à organiser la transmission du droit de l'UE vers un État tiers. Le droit de l'UE et le droit des investissements tel qu'appliqué par les AEI sont dès lors deux corps de droit ayant un contenu, un objectif et un champ d'application distincts⁶⁶. Qui plus est, même dans le cas où deux notions similaires coexisteraient, rien

⁶⁰ Article 9§1 du règlement n° 912/2014.

⁶¹ CJ, *Adhésion de l'UE à la CESDH*, avis 2/13 du 18 décembre 2014, *op. cit.*, pt. 184. *Voy.* Stephan W. SCHILL, « Editorial: Opinion 2/13 – The End for Dispute Settlement in EU Trade and Investment Agreements? », *The Journal of World Investment & Trade*, 2015, vol. 16, n° 3, pp. 379-388, *spéc.* p. 384.

⁶² Article 3-13§2 de la « Proposition TTIP », VIII.31§1 du CETA, II.3-16§2 de l'ALE UE-Vietnam, IX.19§2 de l'ALE UE-Singapour.

⁶³ En l'espèce, la Juridiction européenne du brevet est amenée à statuer, notamment, sur le brevet communautaire, *voy.* CJ, *Juridiction européenne du brevet*, avis 1/09 du 8 mars 2011, Rec. 2011, p. I-01137.

⁶⁴ Accord sur l'Espace économique européen, JO L 1 du 03.1.1994, pp. 3-522, notamment article 102.

⁶⁵ *Voy.* notamment Benjamin GUICHARD-SULGER, Mémoire de Master 2 sous la direction de Isabelle BOSSE-PLATIERE : « L'accord d'association UE-Ukraine », Université de Rennes 1, <http://www.boreart.net/memoirem2.php>, consulté le 30 avril 2016, pp. 24-33.

⁶⁶ Stephan W. SCHILL, « Editorial: Opinion 2/13 – The End for Dispute Settlement in EU Trade and Investment Agreements? », *The Journal of World Investment & Trade*, 2015, vol. 16, n° 3, pp. 379-388, *spéc.* p. 385.

n'empêcherait la CJUE de prévoir une trajectoire d'interprétation autonome, différente de celle découlant du droit des AEI⁶⁷.

Si l'instance de RDIE n'a aucune raison d'interpréter de manière formelle le droit de l'UE, elle sera nécessairement amenée à prendre en compte de manière factuelle le droit de l'UE puisqu'elle devra considérer à l'occasion de certains litiges des actes de l'UE, ou bien des actes des États membres pris en application du droit de l'UE. Bien qu'une obligation lui soit faite de tenir compte de la jurisprudence antérieure des juridictions de l'UE ou des États membres⁶⁸, l'instance de RDIE sera amenée à créer sa propre interprétation lorsqu'une telle jurisprudence sera inexistante. Cette interprétation autonome pourrait mener à un « *spill-over factuel* »⁶⁹, notamment dans la situation où l'instance de RDIE déclarerait qu'un traitement d'une institution de l'UE ou d'un État membre viole les dispositions de l'AEI, alors même que le traitement serait pourtant légal et même requis au regard du droit de l'Union. Dans une telle hypothèse, la mise en conformité de l'État ou de l'institution « fautive » avec la sentence supposerait la violation du droit de l'UE. En sens inverse, le respect par l'État ou l'institution du droit de l'UE supposerait la violation de son obligation d'exécuter la sentence au regard de l'AEI.

Les interférences dans le pré carré de la CJUE peuvent toutefois être limitées par la restriction de la compétence de l'instance de RDIE à la seule attribution de sanctions pécuniaires. En refusant la possibilité de prononcer des mesures d'injonction consistant en l'obligation de retrait d'une mesure⁷⁰, l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE serait sauvegardée, puisque l'UE serait seule habilitée à prendre les mesures appropriées pour se conformer à ses obligations internationales, sous les auspices de la CJUE. Cette limitation est assez répandue dans l'arbitrage classique⁷¹ et est expressément contenue dans les AEI⁷².

Un dernier « verrou » de protection pourrait consister à instaurer un dialogue entre l'instance de RDIE et la CJUE, par exemple en permettant à la première d'adresser des questions préjudicielles à la seconde dès lors que l'interprétation du droit de l'UE est nécessaire pour trancher le litige⁷³. Ce dialogue devrait être obligatoire, et les réponses apportées devraient être revêtues d'une portée contraignante, de manière à tirer les

⁶⁷ La Cour a ainsi indiqué que les dispositions d'un accord externe similaires à des dispositions du droit de l'UE n'avaient pas nécessairement vocation à être interprétées de manière identique, CJCE, *Polydor Limited*, aff. C-270/80 du 9 février 1982, Rec. 1982, p. 329, pt. 15.

⁶⁸ Article 3-13§3 de la « Proposition TTIP », VIII.31§2 du CETA, II.3-16§2 de l'ALE UE-Vietnam. Cette obligation n'apparaît pas dans l'ancien modèle véhiculé par l'ALE UE-Singapour.

⁶⁹ S. W. SCHILL, « Luxembourg Limits: Conditions For Investor-State Dispute Settlement Under Future EU Investment Agreements », *op. cit.*, pp. 50-51.

⁷⁰ A. DIMOPOULOS, « The Involvement of the EU in Investor-State Dispute Settlement: a question of responsibilities », *op. cit.*, p. 29.

⁷¹ Christoph SCHREUER, « Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration », *Arbitration International*, 2004, vol. 20, n° 4, pp. 325-332.

⁷² Article 3-28§1 de la « Proposition TTIP », VIII.39§1 du CETA, II.3-27§1 de l'ALE UE-Vietnam, IX.24§1 de l'ALE UE-Singapour. Un doute pouvait avoir lieu au sujet de la conformité de la clause autorisant la restitution d'un bien avec le respect des dispositions des articles 107 et suivants du TFUE sur les aides d'État, mais les accords disposent de clauses spécifiques pour désamorcer ce conflit, en faveur du droit de l'État d'attribuer ou de suspendre une subvention sans que cela ne soit considéré comme une violation des dispositions de l'accord, *voj.* article 2-2§4 de la « Proposition TTIP », VIII.8-9§4 du CETA, II.12-13bis§3 de l'ALE UE-Vietnam, IX.2§2 de l'ALE UE-Singapour.

⁷³ Certains auteurs évoquent également un mécanisme d'implication préalable de la Cour de Justice, adapté au RDIE et tenant compte des leçons de l'avis 2/13. *Voj.* CLIENTEARTH STUDY, « Legality of investor-state dispute settlement (ISDS) under EU law », 2015, p. 11.

enseignements des avis 1/91 et 1/09⁷⁴. Cela permettrait ainsi une sauvegarde complète du monopole de juridiction de la CJUE. Un tel mécanisme est absent des AEI, qui lui substituent une faculté pour les Parties à l'AEI d'adopter, via le comité paritaire de l'accord, des interprétations contraignantes. Or, une telle décision d'interprétation suppose un consensus entre les Parties à l'accord, et exclut de toute manière l'exercice du monopole de juridiction de la CJUE. Un tel mécanisme préjudiciel n'est pourtant pas une nouveauté dans les accords externes de l'UE puisqu'il a déjà été inclus, notamment, dans le cadre de l'arbitrage prévu au sein des accords d'association « Partenariat Oriental »⁷⁵. Toutefois, cet arbitrage ne concerne que le règlement des différends entre États, et est légitime en ce que l'accord d'association est le véhicule d'une transmission du droit de l'UE vers le partenaire oriental. De plus, si l'UE a pu imposer une telle condition à l'Ukraine, à la Moldavie, et à la Géorgie, il est peu probable qu'elle puisse la négocier dans le cadre d'un rapport de force non plus asymétrique, mais équilibré, tel celui qui l'oppose aux États-Unis. Le co-contractant de l'Union demanderait en effet très certainement un droit réciproque pour sa cour suprême et/ou dénoncerait un tel mécanisme d'implication de la CJUE comme un affaiblissement de l'indépendance du RDIE, dont l'externalisation en dehors du système juridictionnel des deux Parties à l'AEI est pourtant l'objectif principal.

II. Un modèle reposant sur une protection équilibrée des intérêts de l'investisseur et de la puissance publique

En sus des spécificités que le modèle européen d'AEI retire de son opération de mise en conformité avec l'ordre juridique de l'UE, il se caractérise également par la position qu'il adopte sur le principal « *dilemme du droit international des investissements* »⁷⁶ : l'offre d'une protection attractive et efficace de l'investissement d'une part, et la préservation de la souveraineté de l'État d'autre part. L'approche adoptée par l'UE se traduit alors par une volonté d'offrir un haut niveau de protection à l'investisseur (**A**) tout en renforçant en parallèle le cadre juridique permettant la défense de la capacité souveraine de la puissance publique (**B**).

A. Le choix d'un standard rehaussé de protection de l'investisseur

L'élaboration d'un standard élevé de protection de l'investissement dans les AEI se matérialise par l'offre d'un accès facilité à la protection des investissements (**1**) ainsi que par une consolidation du niveau de protection absolue des droits des investisseurs (**2**).

⁷⁴ Avis 1/91, *op. cit.* & CJ, *Juridiction européenne du brevet*, avis 1/09 du 8 mars 2011, *Rec.op. cit.*

⁷⁵ Benjamin GUICHARD-SULGER, « L'accord d'association UE-Ukraine », *op. cit.*, pp. 30-32.

⁷⁶ Lars MARKERT, « The Crucial Question of Future Investment Treaties: Balancing Investors' Rights and Regulatory Interests of Host States », in Marc BUNGENBERG, Jörn GRIEBEL et Steffen HINDELANG (dir.), *International Investment Law and EU Law*, The Netherlands, Springer, 2011, pp. 154-180, *spéc.* p. 146.

1. Le large champ d'application des dispositions relatives à la protection des investissements

a. Une définition large du cadre matériel des accords

Le cadre matériel d'un TBI est conditionné par les définitions qui sont données aux termes de *l'investissement* et de *l'investisseur*. Or, pour ceux deux notions, les AEI de l'UE prévoient des définitions particulièrement englobantes.

Celle donnée à l'investissement se caractérise par une combinaison des deux méthodes traditionnelles d'identification de l'investissement : la méthode synthétique, qui identifie de manière générale, au regard de leur nature et de leur objectif, les opérations qui sont susceptibles de constituer un investissement, et la méthode analytique, procédant par voie d'énumération des avoirs couverts par l'accord⁷⁷.

Le volet synthétique de la définition indique que les investissements sont les actifs de toute nature « *which (have) the characteristics of an investment, which (include) a certain duration and other characteristics such as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk* »⁷⁸.

Cette formulation amène plusieurs commentaires. D'abord, elle est imprécise, puisque la définition de l'investissement renvoie aux caractéristiques de l'investissement. Ensuite, la disposition est étayée par des « indices » de ce que pourraient être ces caractéristiques. Sont avancées (i) une exigence temporelle - l'opération doit être d'une durée définie, (ii) une exigence matérielle - il doit exister un apport en capitaux ou via d'autres ressources, et (iii) une exigence de risque - le gain de l'investisseur doit être dépendant de l'aléa. Parmi ces critères, seul le critère de la durée semble obligatoire, alors que les autres sont introduits par un « *such as* » qui laisse supposer leur caractère exemplatif. Ces critères indicatifs ne sont pas sans rappeler les critères dégagés à l'occasion de l'affaire *Salini*⁷⁹, et il est important de noter que le modèle de clause ne prend pas la peine de les définir davantage. La conséquence directe de cette imprécision est l'élargissement du champ d'application potentiel de l'AEI.

La deuxième partie de la définition est introduite par la formulation suivante : « *Forms that an investment may take include (...)* »⁸⁰, suivie d'une longue liste allant des actions aux droits de propriété intellectuelle. Cette seconde partie de la définition applique donc la méthode dite énumérative, laquelle pourrait à première vue être considérée comme limitative, et donc à même de restreindre le champ d'application de l'accord. Toutefois, la liste, en plus d'être généreuse, n'est pas envisagée comme étant exhaustive, en témoigne l'utilisation de la

⁷⁷ Mathias AUDIT, « Droit des investissements internationaux - Présentation et sources », Jurisclasseur Droit international, 2009, vol. 572-50, pp. 10-11.

⁷⁸ « Proposition TTIP », p.1, voy également les articles VIII.1 du CETA, II.1(p) de l'ALE UE-Vietnam, IX.1§1 de l'ALE UE-Singapour.

⁷⁹ CIRDI, *Salini c/ Maroc*, sentence ARB/00/4 du 23 juillet 2001. Le critère de la contribution au développement du pays n'est pas cité.

⁸⁰ « Proposition TTIP », p.1, voy également les articles VIII.1 du CETA, II.1(p) de l'ALE UE-Vietnam, IX.1§1 de l'ALE UE-Singapour.

formulation « *may include* » à l'ouverture de celle-ci. Il ne s'agit donc pas d'une liste fermée, mais plutôt d'un catalogue indicatif, qui pourra être complété à l'occasion d'un RDIE.

Si l'investissement désigne l'objet de la protection, l'investisseur correspond au détenteur du droit à cette protection. Or, sous réserve des limitations qui seront analysées ultérieurement, la définition de l'investisseur est elle aussi entendue de manière large puisqu'elle établit que l'investisseur n'est pas seulement celui qui détient un investissement, mais aussi celui qui cherche à investir (« *that seeks to make, is making or has made an investment in the territory of the other Party* »)⁸¹. En d'autres termes, la protection de l'investisseur va pouvoir être étendue au stade du pré-établissement, ce qui entre en rupture avec le modèle traditionnel de TBI des États membres, et permet un rapprochement avec le modèle nord-américain⁸². Un bémol à cette constatation existe toutefois concernant l'accord UE-Singapour qui ne fait pas rentrer l'investisseur non encore établi dans son champ d'application.

b. L'extension du champ d'application de la protection relative jusqu'à la phase de pré-établissement

La protection relative est la protection offerte à l'investisseur dont le contenu dépend d'un renvoi aux standards de protection offerts par l'État d'accueil aux autres investisseurs étrangers, via la clause de la nation la plus favorisée (CNF), et aux investisseurs nationaux via la clause de traitement national (TN). L'objectif de la protection relative est de garantir des conditions de concurrence uniformes entre les investisseurs bénéficiaires du TBI et les autres investisseurs étrangers, et entre les investisseurs bénéficiaires du TBI et les investisseurs nationaux. Si la substance des droits qui découlent de ces clauses dans les AEI n'est pas réellement novatrice, leur étendue attire davantage l'attention. En effet, le TN et la CNF sont accordés à l'investisseur non seulement au stade post-établissement, lorsque l'investissement a été constitué⁸³, mais aussi au stade du pré-établissement, lorsqu'il n'est pas encore réalisé⁸⁴. Ainsi, l'investisseur bénéficiaire de la protection pourra se prévaloir d'un traitement plus favorable accordé aux investisseurs étrangers ou aux investisseurs nationaux à tous les stades de la réalisation de son investissement. L'inclusion de ces deux dispositions n'est pas à relativiser, car elles s'éloignent du modèle traditionnel des États

⁸¹ Article VIII.1 du CETA, *voy.* également « Proposition TTIP », p.1 et les articles II.1(q) de l'ALE UE-Vietnam & IX.1§2 de l'ALE UE-Singapour.

⁸² Céline LÉVESQUE, « The Challenge of 'Marrying' Investment Liberalisation and Protection in the Canada-EU CETA », in Marc BUNGENBERG, August REINISCH et Christian TIETJE (dir.), *EU and investment agreements: open questions and remaining challenges*, Baden-Baden, Nomos, 2013, vol.7, pp. 121-146, *spéc.* pp. 132-134.

⁸³ Article VIII.7§1 du CETA, *voy.* également les articles 1-4 de la « Proposition TTIP », II.1-4§2 de l'ALE UE-Vietnam. La CNF n'est pas accordée dans l'ancien modèle, comme le montre l'ALE UE-Singapour.

⁸⁴ Article VIII.6§2 du CETA, *voy.* également les articles 1-3 de la « Proposition TTIP », II.1-3§2 de l'ALE UE-Vietnam, IX.3§1 de l'ALE UE-Singapour, ce dernier ne faisant pas exception au TN comme il le fait pour la CNF.

européens qui limitaient en effet l'application du TN et de la CNF au post-établissement, contrairement au modèle nord-américain⁸⁵.

Bien que la CNF soit assortie d'exceptions, notamment en ce qui concerne certains services et le RDIE⁸⁶, la plus-value de protection pour les investisseurs étrangers est importante. Elle l'est plus encore en ce qui concerne le TN. En effet, l'attribution du TN, c'est-à-dire d'un traitement identique à celui accordé aux investisseurs nationaux au stade du pré-établissement équivaut à la libéralisation totale de l'accès au marché intérieur pour les investisseurs étrangers, puisque les investisseurs nationaux n'ont guère de restrictions pour investir sur leur territoire d'origine⁸⁷. En ce sens, les investissements ne sont plus soumis à une clause d'admission, tel qu'ils pouvaient l'être, par exemple, dans le modèle français⁸⁸.

Malgré tout, la Commission ne trahit pas complètement sa volonté de s'inspirer des « *bonnes pratiques* » des États membres⁸⁹. D'abord, les violations du TN au stade du pré-établissement sont exclues du RDIE : un investisseur bénéficiaire se voyant opposer un refus d'accès au territoire d'une Partie ne pourra pas saisir l'instance de RDIE sur ce fondement, et la violation par la Partie contractante de l'AEI de ses obligations au regard de l'accord ne pourra faire l'objet que d'un règlement des différends État-État. D'autre part, la Commission pourra viser dans les annexes à l'accord des secteurs économiques ne bénéficiant pas du TN au stade du pré-établissement⁹⁰. Toutefois, la déclaration de ces secteurs exclus devra être réalisée selon la méthode de la liste négative, et non plus celle de la liste positive habituellement privilégiée par l'UE en matière de négociations sur les services⁹¹. Là où auparavant l'UE ne libéralisait que les secteurs qu'elle mentionnait expressément dans les annexes de l'accord, elle libéralise maintenant tous les secteurs sauf ceux dont elle fait expressément mention dans ces mêmes annexes. En d'autres termes, le principe est la libéralisation et l'exception l'inscription de secteurs exclus du champ du TN.

⁸⁵ Article 3 du modèle américain d'accord sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements (2012), repris à l'article 9.3 du TPP, *op. cit.*

⁸⁶ *Voy.* p. 28

⁸⁷ C. LÉVESQUE, « The Challenge of 'Marrying' Investment Liberalisation and Protection in the Canada-EU CETA », *op. cit.* pp. 130-132.

⁸⁸ Article 3 du modèle français d'accord sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements (2006).

⁸⁹ COM (2010) 343 final, *op. cit.*, p. 13.

⁹⁰ Articles 1-3 de la « Proposition TTIP », VIII.15§2 du CETA, II.1-3§2 de l'ALE UE-Vietnam, IX.3§2 de l'ALE UE-Singapour.

⁹¹ La liste négative a été pratiquée par l'UE dans l'ALE UE-Corée, *op. cit.* et est actuellement appliquée dans le cadre des négociations de l'accord plurilatéral sur le commerce des services (TISA), *voj.* C. LÉVESQUE, « The Challenge of 'Marrying' Investment Liberalisation and Protection in the Canada-EU CETA », *op. cit.*, pp. 130-132.

2. L'inclusion de dispositions avancées de protection absolue en faveur de l'investisseur

- a. Une conception étendue du traitement juste et équitable et de la pleine protection et sécurité

Le traitement juste et équitable (TJE) et la pleine protection et sécurité (PPS) sont des notions qui souffrent – une fois n'est pas coutume – de la fragmentation du droit international des investissements, au point qu'il est impossible d'en donner une définition communément admise. La jurisprudence arbitrale est malgré tout parvenue à en ébaucher les contours. L'État hôte des investissements serait astreint, en vertu du droit international coutumier, à une obligation de vigilance et de protection de l'investissement et de l'investisseur, à une garantie contre le déni de justice et les décisions arbitraires, à une obligation de transparence, et à une garantie de bonne foi⁹².

Les AEI, en plus d'accorder de manière explicite le TJE et la PPS aux investisseurs étrangers⁹³, jouent également la carte de la sécurité juridique en définissant les deux notions. Ainsi, la PPS est entendue comme étant la garantie de la sécurité physique de l'investisseur et de ses investissements⁹⁴, ce qui équivaut à une codification des grands principes consacrés par les tribunaux arbitraux. Pour ce qui concerne le TJE, l'effort de codification est doublé d'une volonté d'étendre le champ d'application de la protection, puisqu'en plus des attributs classiques de la protection, le TJE est renforcé d'une protection contre les discriminations ciblées pour des motifs manifestement arbitraires (comme le genre, la race ou les croyances religieuses), et d'un dispositif contre le traitement abusif des investisseurs (comme la coercition, la contrainte et le harcèlement)⁹⁵.

Par ailleurs, les AEI consacrent également l'existence d'une protection des attentes légitimes de l'investisseur⁹⁶. Cette protection est une notion nouvelle du droit international des investissements, dégagée par la jurisprudence arbitrale comme sous-composante du TJE, et devant prévenir toute remise en cause par l'État des attentes légitimes qu'il a suscitées auprès de l'investisseur, en termes de bénéfices économiques⁹⁷. Cette consécration de la protection des attentes légitimes est novatrice, puisqu'elle n'avait à notre connaissance jamais été incluse auparavant dans un TBI⁹⁸. Elle vient donc renforcer plus encore l'éventail de protection expresse accordé à l'investisseur.

⁹² OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, 2004, p. 28.

⁹³ Articles 2-3§1 de la « Proposition TTIP », VIII.10§1 du CETA, II.2-14§1 de l'ALE UE-Vietnam, IX.4§1 de l'ALE UE-Singapour.

⁹⁴ Articles 2-3§5 de la « Proposition TTIP », VIII.10§5 du CETA, II.2-14§5 de l'ALE UE-Vietnam, IX.4§5 de l'ALE UE-Singapour.

⁹⁵ Articles 2-3§2 de la « Proposition TTIP », VIII.10§2 du CETA, II.2-14§2 de l'ALE UE-Vietnam, IX.4§2 de l'ALE UE-Singapour.

⁹⁶ Articles 2-3§6 de la « Proposition TTIP », VIII.10§4 du CETA, II.2.14§6 de l'ALE UE-Vietnam, IX.4§1(e) de l'ALE UE-Singapour.

⁹⁷ Julien CAZALA, « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », *Revue internationale de droit économique*, 2009, t. XXIII, 1, n° 1, pp. 5-32.

⁹⁸ L'article 9.6 du TPP ne contient ainsi aucune référence aux attentes légitimes.

b. La reconnaissance d'une protection expresse contre les expropriations indirectes

Les AEI offrent également une protection contre l'expropriation et la nationalisation abusives, cœurs historiques des TBI. Ces mesures ne seront légales que si elles sont justifiées à des fins d'intérêt public, réalisées conformément à la loi et exécutées de façon non discriminatoire, moyennant le versement rapide et efficace d'une indemnisation adéquate⁹⁹. Ces critères de légalité sont une transcription fidèle de la jurisprudence arbitrale en matière d'expropriation, la condition de l'indemnisation rappelant d'ailleurs la formule dite de *Hull*¹⁰⁰.

Il est important de relever que ce n'est pas l'expropriation en elle-même qui est interdite, mais bien l'expropriation *abusives* et *non indemnisée*. La qualification d'une mesure en tant que mesure d'expropriation ou de nationalisation ne saurait emporter à elle seule une violation de l'accord.

Les dispositions sur l'expropriation ne visent pas seulement les atteintes directes à la propriété, c'est-à-dire « *le transfert formel des titres ou la saisie physique* »¹⁰¹ aux mains de l'État, mais s'entendent également comme les atteintes indirectes à la propriété. Ces expropriations indirectes n'ont pas pour *objet* de remettre en cause la propriété de l'investisseur, mais leur *effet* revient bel et bien à réduire à néant la valeur des intérêts de l'investisseur¹⁰². On parle en ce sens de mesure « *équivalente* » à une expropriation, qui peut prendre la forme de toute réglementation prise par la puissance publique. En reconnaissant la nécessité d'une indemnisation des expropriations indirectes, les AEI calquent la pratique nord-américaine et rejoignent ainsi la faible proportion d'accords consacrant cette notion¹⁰³.

B. Le rééquilibrage des prérogatives opéré en faveur de la puissance publique

En guise de réponse au résultat de la consultation publique tenue sur le TTIP, dans laquelle une majorité de participants qualifiaient d'insuffisante la protection de la marge de manœuvre de l'État pour poursuivre l'intérêt public¹⁰⁴, les AEI s'attachent au rééquilibrage de la balance des intérêts entre protection de l'investisseur et préservation de la capacité réglementaire de l'État. Après avoir consacré le droit de l'autorité publique à réguler (1), les AEI s'attellent au désamorçage juridique des risques que pourrait faire planer un RDIE non conforme à l'esprit des accords (2).

⁹⁹ Articles 2-5§1 de la « Proposition TTIP », VIII.12§1 du CETA, II.2-16§1 de l'ALE UE-Vietnam, IX.6§1 de l'ALE UE-Singapour.

¹⁰⁰ Cette formule prescrit une indemnisation « *prompte, adéquate et effective* », OCDE, *L'« expropriation indirecte » et le « droit de réglementer » dans le droit international de l'investissement*, 2004, p. 3.

¹⁰¹ PARLEMENT EUROPÉEN, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement international après le Traité de Lisbonne*, 2010, p. 41.

¹⁰² OCDE, *L'« expropriation indirecte » et le « droit de réglementer » dans le droit international de l'investissement*, *op. cit.*, pp. 3-4.

¹⁰³ 35% des TBI comprennent des dispositions sur l'expropriation indirecte, UNCTAD, *Taking Stock of IIA Reform*, 2016, p. 6 & p. 9.

¹⁰⁴ COMMISSION EUROPÉENNE, *Public consultation on modalities for investment protection and ISDS in TTIP*, 2014, p. 10 & p. 8.

1. L'insertion de clauses en faveur du droit de la puissance publique à réglementer

Pour protéger la capacité de l'État à exercer sa souveraineté et à prendre des mesures d'utilité publique, les AEI incluent tous une formulation reconnaissant leur droit à réguler pour atteindre des objectifs légitimes relatifs, notamment, à la protection de la santé publique, de la sécurité, de l'environnement, des bonnes mœurs ainsi que pour la promotion et la protection de la diversité culturelle. Plus exactement, cette clause est rédigée de manière à prévaloir sur toute disposition de protection des investissements qui contraindrait le droit de l'État à réguler :

« The provisions of this section shall not affect the right of the Parties to regulate within their territories through measures necessary to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, environment or public morals, social or consumer protection or promotion and protection of cultural diversity »¹⁰⁵.

La clause va plus loin que ne le fait le modèle canadien de TBI de 2004¹⁰⁶, ou que la clause d'exception générale figurant à l'article XX du GATT¹⁰⁷, dont elle semble s'inspirer. Elle repose en effet sur une liste ouverte de domaines dans lesquels il est reconnu un droit d'action à la puissance publique, alors que les clauses du modèle canadien et du GATT prennent la forme d'une liste fermée, insusceptible d'être complétée à l'occasion du RDIE. La clause du modèle européen d'AEI permet de combler les lacunes dont souffraient les TBI des États membres, mais aussi d'imposer le modèle européen comme l'une des figures de proue de la défense du droit de réglementer. En effet, les TBI les plus avancés en matière de protection du droit de réguler intégraient jusqu'à présent ce droit dans leur préambule¹⁰⁸ à l'image du modèle américain de 2012 et du récent TPP¹⁰⁹. Or, les préoccupations énoncées quant à l'absence de valeur contraignante du préambule¹¹⁰ ont conduit l'UE à proposer à ses partenaires une nouvelle version de ses textes, incluant la disposition dans le corps même de l'accord¹¹¹.

L'arsenal juridique en faveur du droit de réglementer est complété par deux dispositions particulières, traductions spécifiques de la clause générale pour les deux domaines que sont la protection des attentes légitimes de l'investisseur et la protection contre l'expropriation indirecte.

¹⁰⁵ Article 2-2§1 de la « Proposition TTIP », *voir* également les articles VIII.9§1 du CETA, II.2-13bis§1 de l'ALE UE-Vietnam.

¹⁰⁶ Modèle canadien d'accord sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements (2004).

¹⁰⁷ Accord général sur les tarifs douaniers et commerce, 1947, article XX.

¹⁰⁸ 65% des TBI conclus entre 2012 et 2014 disposaient d'un préambule reconnaissant le droit de réguler, UNCTAD, *Taking Stock of IIA Reform*, 2016, p. 6 & p. 9.

¹⁰⁹ Catharine TITI, « Le droit de réglementer' et les nouveaux accords de l'Union européenne sur l'investissement », *Journal du droit international*, 2015, n° 1, p. 4.

¹¹⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, *Public consultation on modalities for investment protection and ISDS in TTIP*, 2014, *spéc.* p. 2 & Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, article 31. Sur ce point, *voir* également l'étude des différentes possibilités d'insertion de clauses en faveur du droit de réguler dans L. MARKERT, « The Crucial Question of Future Investment Treaties: Balancing Investors' Rights and Regulatory Interests of Host States », *op. cit.*, pp. 159-163.

¹¹¹ Seul l'ALE UE-Singapour, vestige de l'ancien modèle, reste sur un schéma de protection basé sur le préambule.

Pour ce qui est des attentes légitimes de l'investisseur, il est précisé que les garanties offertes par la Partie à l'AEI au titre de la protection de l'investissement ne peuvent être interprétées comme un engagement de sa part à ne pas changer son cadre législatif et réglementaire¹¹². En d'autres termes, l'accord s'oppose à ce qu'un changement dans sa législation opéré par l'une des Parties à l'AEI ne puisse être considéré comme une violation des attentes légitimes et donc du TJE par cette Partie. Cette clause permet ainsi d'éviter que la protection des attentes légitimes ne soit utilisée comme une clause de « stabilisation »¹¹³, impliquant le gel réglementaire.

Pour ce qui est de l'expropriation indirecte, la définition qui en est insérée dans l'annexe des AEI sur l'expropriation¹¹⁴ donne deux indications à même d'offrir une plus grande sérénité à l'exercice de la puissance publique. En premier lieu, la définition de l'expropriation indirecte est restrictive puisqu'elle ne saurait reposer exclusivement sur une perte économique, et devra prendre en compte en autres éléments la durée de la mesure litigieuse et son caractère¹¹⁵, avant d'être soumise au test de légalité prévu dans l'accord. En plus de cette mise au point sur la définition de l'expropriation indirecte, les Parties à l'AEI ont également pris soin d'insérer une clause d'exception à proprement parler¹¹⁶. Ainsi, ne saurait être considérée comme expropriation indirecte la mesure non discriminatoire qui, motivée par l'intérêt général, n'est pas manifestement excessive. En d'autres termes, toute mesure d'intérêt général non discriminatoire et non excessive ne pourra être considérée comme une expropriation indirecte. La disposition épouse ainsi l'interprétation rendue dans l'affaire *LG&E c/ Argentine* selon laquelle il doit exister un rapport de proportionnalité entre les mesures d'intérêt public prises par l'État et l'objectif à atteindre¹¹⁷. Charge sera faite à l'instance de RDIE d'interpréter le caractère excessif ou raisonnable de la mesure en cause lors d'un litige.

Bien que des progrès considérables aient été réalisés par l'inclusion de ces clauses de protection de la marge de manœuvre de la puissance publique, on pourra toutefois regretter l'ambition malgré tout limitée des AEI qui ne prévoient aucune obligation à destination des investisseurs. L'impact environnemental et social des AEI pourrait en effet être significativement amélioré par l'insertion de dispositions encourageant les investissements « responsables » ou « durables », c'est-à-dire respectant les droits de l'Homme et l'environnement¹¹⁸.

¹¹² Article 2-2§2 section 2 de la « Proposition TTIP », *voir* également les articles VIII.9§2 du CETA, II.2-13bis§2 de l'ALE UE-Vietnam.

¹¹³ GOUVERNEMENT FRANÇAIS, *Vers un nouveau moyen de régler les différends entre États et investisseurs*, mai 2014, p. 2.

¹¹⁴ Annexe 1 de la « Proposition TTIP », annexe 8A du CETA & annexe « expropriation » non encore numérotée de l'accord UE-Vietnam.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ CIRDI, *LG&E c/ Argentine*, sentence ARB/02/1 du 3 octobre 2006.

¹¹⁸ *Voy.* Sabrina CUENDET, « Accords d'investissement et développement durable », *Conventions*, 2014, n° 14.

2. L'encadrement de l'autonomie de l'instance du règlement des différends investisseur-État

- a. Les limitations apportées quant aux droits invocables à l'occasion d'un règlement des différends investisseur-État

La première limitation visant à contrecarrer l'utilisation détournée de la procédure de RDIE a trait à l'application sélective de la CNF. Les Parties aux AEI ont en effet décidé d'exclure la CNF du champ d'action du RDIE¹¹⁹. Le mouvement « d'aspiration » du meilleur standard de protection provoqué par la CNF n'agit pas pour ce qui est des conditions de RDIE. Il est donc impossible pour l'investisseur de se prévaloir des conditions de RDIE plus favorables qui seraient contenues dans un autre accord auquel l'État hôte serait Partie. Cette précision cherche à prévenir toute solution similaire à celle qui avait été trouvée dans l'affaire *Maffezini c/ Espagne*¹²⁰, au cours de laquelle le tribunal arbitral avait autorisé un investisseur argentin à recourir aux procédures de RDIE contenues non pas dans le TBI Espagne/Argentine, mais dans celui conclu entre l'Espagne et le Chili. Ce second TBI n'imposait en effet pas de condition de recours aux voies de droit interne (pendant un délai d'au moins 18 mois) au préalable de toute action en arbitrage¹²¹.

La position des AEI quant aux clauses parapluies (« umbrella clause ») est également révélatrice d'une volonté de circonscrire le champ d'application du RDIE. Cette clause, lorsqu'elle est insérée dans un TBI, permet à l'investisseur de demander un règlement des différends non seulement sur le fondement du TBI pour rupture des obligations *conventionnelles*, mais aussi sur le fondement des éventuels contrats qui le lieraient à l'État, arguant alors d'une violation des obligations *contractuelles*¹²². L'absence de cette clause implique donc que l'instance de RDIE aura une compétence limitée au traitement des seules violations des dispositions de l'AEI, tandis que les violations contractuelles seront elles admissibles devant le juge normal du contrat, c'est-à-dire en règle générale le juge national de l'État concerné¹²³. La position des AEI sur les clauses parapluies montre à nouveau que le modèle européen de protection des investissements n'est pas destiné à calquer le modèle des États membres : une telle clause était en effet identifiée comme caractéristique de la tradition des TBI des États européens¹²⁴.

Une autre limitation concernant l'étendue du recours au RDIE est celle posée pour la phase de pré-établissement. On l'a vu, le bénéfice du TN et de la CNF est étendu à la phase de

¹¹⁹ Articles 1-4 de la « Proposition TTIP », VIII.7§4 du CETA, II.1-4§6 de l'ALE UE-Vietnam.

¹²⁰ CIRDI, *Maffezini c/ Espagne*, sentence ARB/97/7 du 25 janvier 2000.

¹²¹ *Voy.* Emmanuel GAILLARD, « Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause », *New York Law Journal*, 2005, vol. 233, n° 105, 3 p.

¹²² OCDE (dir.), *Understanding concepts and tracking innovations*, Paris, OCDE, 2008, pp. 101-134.

¹²³ D. CARREAU et P. JUILLARD, « L'Investissement », *op. cit.*, p. 589.

¹²⁴ COM (2010) 343 final, *op. cit.*, p. 11. *Voy.* également Anna De LUCA, « Umbrella Clauses and Transfer Provisions in the (Invisible) EU Model BIT », *The Journal of World Investment and Trade*, 2014, vol. 15, n° 3-4, pp. 506-533, *spéc.* pp. 507-511.

pré-établissement, créant donc des droits pour l'investisseur. Toutefois, la disposition portant sur le champ d'application du RDIE omet de mentionner *l'établissement*¹²⁵. En conséquence, l'instance de RDIE ne sera pas compétente pour traiter les plaintes relatives aux obligations de la Partie publique en matière d'établissement. Les obligations de libéralisation des Parties ne pourront dès lors faire l'objet d'un règlement des différends que dans le cadre État-État¹²⁶.

b. L'encadrement de la marge d'interprétation de l'instance de règlement des différends investisseur-État

En parallèle à la limitation de l'étendue des droits pouvant faire l'objet d'une procédure de RDIE, l'approche européenne pose également des limites quant à la liberté interprétative de l'instance de RDIE. Elle définit en effet des notions clés de l'accord, posant ainsi des bornes à même de limiter la créativité de l'instance de RDIE.

Un exemple de cette stratégie de « containment » est visible en ce qui concerne la définition de l'investisseur. L'investisseur doit, pour être considéré comme tel, exercer des opérations économiques *substantielles* sur le territoire de l'une des Parties à l'accord¹²⁷. En d'autres termes, une entreprise installée sur le territoire de l'une des Parties, mais qui n'a pas d'activité économique réelle sur ce même territoire ne pourra être qualifiée d'investisseur, et a fortiori ne pourra donc bénéficier de la protection accordée par l'AEI. Cette précision vise en fait à refuser qu'une entreprise ressortissante d'un État tiers à l'accord puisse bénéficier de la protection conventionnelle après avoir installé sur le territoire de l'une des Parties une société « boîte aux lettres » de laquelle partiraient ses opérations d'investissement vers l'autre Partie. Ce phénomène de « *treaty shopping* » a déjà pu être observé par le passé, et notamment à l'occasion de la récente affaire *Philip Morris c/ Australie*¹²⁸ au cours de laquelle la société Philip Morris avait décidé d'attaquer la loi australienne de 2011 sur les paquets de cigarettes « neutres », invoquant une expropriation indirecte de ses droits de propriété intellectuelle par l'interdiction du dépôt de son logo sur le paquet. Or, les États-Unis et l'Australie n'ayant pas instauré de mécanisme de RDIE dans leur TBI mutuel, la société Philip Morris avait introduit sa requête par le biais du TBI conclu entre l'Australie et Hong-Kong, après y avoir racheté sa filiale locale¹²⁹.

La « proposition TTIP » et l'ALE UE-Vietnam se font plus spécifiques puisqu'ils ajoutent une clause « anti-contournement » faisant ordre au tribunal saisi de rejeter l'affaire s'il

¹²⁵ Articles 3-1 de la « Proposition TTIP », VIII.18 du CETA, II.3-1 de l'ALE UE-Vietnam, IX.11 de l'ALE UE-Singapour.

¹²⁶ Cette approche diffère de celle adoptée par le modèle américain, *op. cit.*, dans son article 24.

¹²⁷ « Proposition TTIP », p.1 et articles 8.1 du CETA, II.1(q) de l'ALE UE-Vietnam. L'ancien modèle de l'ALE UE-Singapour omet cette précision.

¹²⁸ CNUDCI, *Philip Morris Asia Limited c/ Australie*, PCA 2012-12.

¹²⁹ Notons toutefois que le 17 décembre 2015, le tribunal arbitral saisi s'est déclaré incompétent pour abus de droits, BLOG DE LA STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE, *Philip Morris v. Australia dismissed*, <http://isdsblog.com/2015/12/18/philip-morris-v-australia-dismissed/>, consulté le 14 avril 2016.

apparaît que « *the claimant has acquired ownership or control of the investment for the main purpose of submitting the claim* »¹³⁰. Cette clause est une innovation puisqu'elle ne trouve à ce jour écho dans aucun autre modèle de TBI¹³¹. Il demeure toutefois regrettable que la définition d'activité économique *substantielle* n'ait pas été donnée. Il restera donc ici une marge d'interprétation – plus réduite certes – pour l'instance chargée du RDIE.

La volonté des Parties de pouvoir influencer sur la marge d'interprétation de l'instance de RDIE est également visible à la lecture de la clause générale d'interprétation disposée dans les AEI. Le comité paritaire établi par l'accord et représentant les Parties à l'AEI peut en effet adopter de manière consensuelle des interprétations qui seront contraignantes¹³², lorsqu'un doute existe sur une disposition de l'AEI. Cette disposition n'est pas innovante puisqu'une formulation de ce type existe dans l'accord ALENA¹³³, mais elle va permettre aux Parties à l'accord faire vivre ce dernier tout en pérennisant l'esprit dans lequel ils ont souhaité inscrire la protection de l'investissement.

Un dernier verrouillage d'interprétation existe au niveau des dispositions portant sur le TJE : celui-ci n'est accordé que dans les limites posées par l'accord, pour un catalogue de situations qui constituent une liste exhaustive¹³⁴. Certes, il est prévu que cette liste fermée puisse être complétée, et donc ajustée en fonction de l'évolution de la matière. Mais la décision d'actualisation de l'étendue du TJE doit être prise au sein du comité paritaire établi par l'accord¹³⁵. En d'autres termes, la liste est verrouillée, et ce sont l'UE et son partenaire qui détiennent la clé de sa modification.

III. Un modèle proposant un système renouvelé de règlement des différends investisseur-État

À l'instar des dispositions relatives à la protection des investissements, l'arbitrage investisseur-État est régulièrement perçu comme un mécanisme privilégiant les investisseurs¹³⁶. L'opacité de la procédure classique d'arbitrage, et le manque de contrôle quant à l'impartialité des arbitres ne font qu'ajouter au sentiment de défiance à l'égard du RDIE. Dans ces conditions, le nouveau modèle européen d'AEI qui vise l'établissement d'une « Cour des investissements » composée d'un tribunal des investissements et d'une cour d'appel, et disposant de juges et non plus d'arbitres pour traiter les plaintes des

¹³⁰ Articles 3-15 de la « Proposition TTIP » et II.3-17 de l'ALE UE-Vietnam.

¹³¹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Investment provisions in the EU-Canada free trade agreement (CETA)*, 2015, p. 6.

¹³² Articles 3-13§5 de la « Proposition TTIP », VIII.31§3 du CETA, II.3-16§5 de l'ALE UE-Vietnam, IX.19§3 de l'ALE UE-Singapour.

¹³³ Article 1131 de l'accord de libre-échange nord-américain entre les États-Unis, le Mexique et le Canada, 1994.

¹³⁴ Articles 2-3 de la « Proposition TTIP », VIII.10 du CETA, II.2-14 de l'ALE UE-Vietnam, IX.4 de l'ALE UE-Singapour, *voj.* p. 41.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ Les États ont obtenu gain de cause dans 37% des cas en 2014, tandis que l'investisseur a obtenu une compensation dans 53% des affaires (28% par règlement amiable, et 25% via RDIE), UNCTAD, *Recent Trends in IILAS and ISDS*, 2015, p. 8.

investisseurs¹³⁷ apparaît comme une démarche de correction des défauts de légitimité du RDIE (**A**) tout en affichant sa vocation à être exportée (**B**).

A. Une tentative de réponse à la crise de légitimité du mécanisme de règlement des différends investisseur-État

Les « patches » correctifs apportés par l'approche européenne prennent deux directions. D'abord, des progrès considérables sont accomplis en matière d'éthique et de transparence de la procédure (**1**). Ensuite, de nouvelles règles s'attachent à limiter l'utilisation intempestive du mécanisme (**2**).

1. Une nouvelle approche du règlement des différends permettant une procédure plus ouverte et éthique

a. Une procédure reposant sur un principe de transparence générale

Les AEI établissent une procédure de RDIE dans laquelle le principe est la transparence, et l'exception la confidentialité. Ce standard de transparence générale est construit par le biais d'un renvoi aux nouvelles dispositions sur la transparence de la CNUDCI¹³⁸, et par la consolidation de ces dernières. Ainsi, un nombre important de pièces de procédure doivent être dévoilées par la Cour des investissements, comme la notification d'arbitrage, les mémoires en demande et en défense, les ordonnances, et les décisions et sentences, mais aussi la demande de consultation ou encore les documents afférant aux preuves¹³⁹. Ces règles sont obligatoires, et ne dépendent pas du consentement des parties comme c'est le cas devant un tribunal arbitral classique¹⁴⁰.

La transparence se matérialise également par l'offre d'un accès facilité aux audiences pour les tiers au différend. Il est ainsi précisé que les audiences doivent être ouvertes au public, ce principe ne pouvant être limité que par la capacité de la Cour des investissements à décider du huis clos pour protéger la confidentialité et les informations privées.

La « Proposition TTIP » reconnaît également le droit à la présentation d'observations par les tierces personnes, autrement désignées par le terme d'*amicus curiae*¹⁴¹. Ce droit est conditionné, puisque l'intervenant demandeur devra prouver un intérêt direct et actuel avec

¹³⁷ MEMO/15/5652, 16 septembre 2015. Pour rappel, l'ALE UE-Singapour fait exception à cette règle puisque la nouvelle approche du RDIE n'y a (pas encore) été intégrée.

¹³⁸ Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités, 2013.

¹³⁹ Articles 3-18 de la « Proposition TTIP », VIII.36 du CETA, II.3-20 de l'ALE UE-Vietnam, IX.22 de l'ALE UE-Singapour, lequel ne vise pas directement le règlement de la CNUDCI mais en reprend les règles dans une annexe.

¹⁴⁰ Julie A. MAUPIN, « Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad and the Murky », in Andrea BIANCHI et Anne PETERS (dir.), *Transparency in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 142-171, *spéc.* p. 152.

¹⁴¹ Article 3-23 de la « Proposition TTIP ». Pour les autres accords, ce droit pourrait être reconnu par le biais de l'article 4 du règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage, *op. cit.*

le dénouement du litige pour pouvoir produire des déclarations en vue de soutenir l'une ou l'autre des parties. L'insertion de cette disposition est une plus-value en faveur du rendu de décisions éclairées, mais il serait peut-être nécessaire de renforcer le contrôle de l'admission des *amicus curiae* pour éviter leur multiplication et préserver ainsi l'équilibre de l'instance. Une attention particulière pourrait ainsi être portée aux caractéristiques du demandeur d'intervention : son activité, son expertise, et sa situation financière¹⁴².

Enfin, le nouveau modèle impose également aux parties à un litige bénéficiant d'un financement tiers de révéler la nature et le montant du financement, ainsi que l'identité du financeur¹⁴³.

b. Une procédure confiée à des juges offrant des garanties d'indépendance et d'impartialité

La nouvelle approche de l'UE en matière de RDIE substitue aux arbitres nommés par les parties au différend des juges nommés conjointement par les Parties à l'AEI. Cette nomination doit répondre à deux enjeux. D'abord, celui de la compétence des juges nommés. Le texte précise qu'ils doivent disposer des qualifications requises dans leur pays d'origine pour être juge ou être des juristes présentant des compétences notoires¹⁴⁴, et avoir une connaissance approfondie du droit international public, voire détenir une expérience en règlement international des différends en matière d'investissement et de commerce¹⁴⁵. Le second enjeu à adresser est celui de l'éthique des juges. Il est en effet nécessaire de « *casser le lien entre juge et partie* »¹⁴⁶ qui détériore la qualité des sentences et affecte la légitimité du mécanisme. Dans des conditions idéales, un juge doit être en situation d'indépendance par rapport aux parties et aux tiers en n'étant soumis à aucune influence externe, et offrir des garanties d'impartialité, c'est-à-dire ne pas être ou paraître comme ayant un parti pris. Des dispositions spécifiques des AEI s'emploient à garantir ces qualités.

L'article dédié à l'éthique impose ainsi une obligation d'indépendance des juges vis-à-vis des gouvernements ou organisations, et une obligation de ne pas être impliqué dans des situations qui pourraient conduire à un conflit d'intérêts. Alors que dans le système classique d'arbitrage, les situations dans lesquelles les arbitres sont également conseils dans une autre affaire sont décriées¹⁴⁷, les AEI précisent que les juges doivent s'abstenir d'agir en tant que

¹⁴² Ces conditions de compétence, d'expérience et d'indépendance particulière ont été appliquées à l'occasion de l'affaire CIRDI, *InterAguas c/ Argentine*, sentence ARB/03/17 du 17 mars 2006.

¹⁴³ Articles 3-8 de la « Proposition TTIP », VIII.26 du CETA, II.3-11 de l'ALE UE-Vietnam, *voir* Marius Nicolae ILIESCU, *A Trend Towards Mandatory Disclosure of Third Party Funding? Recent Developments and Positive Impact*, <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/05/02/a-trend-towards-mandatory-disclosure-of-third-party-funding-recent-developments-and-positive-impact/>, consulté le 3 mai 2016.

¹⁴⁴ Cette formulation rappelle les articles 2 du Statut de la Cour internationale de justice et 253 TFUE.

¹⁴⁵ Articles 3-11§1 de la « Proposition TTIP », VIII.30§1 du CETA, II.3-14§1 de l'ALE UE-Vietnam.

¹⁴⁶ Catharine TITI, « The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead », *French National Centre for Scientific Research (CNRS); University of Burgundy - CREDIMI, Law Faculty*, 2016, p. 16.

¹⁴⁷ L'arbitre pourrait en effet être tenté de rendre un verdict lui permettant d'établir un précédent favorable au dénouement en sa faveur de l'affaire dans laquelle il est conseils.

conseils, experts ou témoins dans toute autre procédure de RDIE. Pour mettre en œuvre ces conditions d'éthique, les AEI effectuent le renvoi vers les lignes directrices sur les conflits d'intérêts de l'International Bar Association, lesquelles obligent notamment les juges à révéler toute relation d'intérêt pouvant affecter leur indépendance¹⁴⁸.

Ces dispositions sont complétées par l'insertion d'un code de bonne conduite à destination des juges, inclus dans les annexes des accords. Ce code crée des obligations à charge des juges de la Cour des investissements, sous un format et d'une manière encore jamais observés dans la pratique antérieure des TBI. Il reprend les impératifs d'indépendance et d'impartialité énoncés dans le corps même de l'accord, mais se fait plus précis et plus complet, puisqu'il inclut tout un catalogue de devoirs portant de manière générale sur l'intégrité du juge. Les obligations du juge pèsent tant sur les actes et situations qui pourraient effectivement remettre en cause son indépendance et son impartialité que sur ceux qui pourraient donner l'impression que cette indépendance et cette impartialité sont entachées.

La composition de la Cour des investissements reflète également l'objectif d'indépendance. Le nombre de juges nommés varie en fonction de l'accord en question¹⁴⁹, mais leur distribution fait toujours appel à la même règle arithmétique : les juges sont nommés formellement par une décision du comité paritaire¹⁵⁰ et regroupent en 3 parts égales des juges ressortissants de l'UE, de son co-contractant, et d'États tiers¹⁵¹. L'ajout de ressortissants tiers à la composition de la Cour des investissements, bien que nommés par les Parties à l'AEI, offre une garantie supplémentaire de neutralité, et consolide ainsi la crédibilité du système. Précisons également que les juges ne sont pas rémunérés par les parties au différend, mais reçoivent une indemnité réglée par les Parties à l'accord.

Les AEI incluent également un système efficace de contestation des juges. En cas de doute sur l'indépendance et l'impartialité de l'un des juges de la chambre traitant l'affaire, le juge en question pourra choisir de se retirer de l'affaire. S'il ne le fait pas, c'est le Président du tribunal des investissements ou de la cour d'appel, voire dans le cas du CETA le Président de la Cour Internationale de Justice qui devra se prononcer sur la récusation du juge¹⁵². Ce système de révocation des juges semble plus efficace que celui prévu en arbitrage classique, notamment au sein du CIRDI où la décision revient en principe aux membres du tribunal dont l'indépendance et l'impartialité n'ont pas été remises en cause¹⁵³.

¹⁴⁸ Lignes directrices de l'International Bar Association sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, 23 octobre 2014, point 3.

¹⁴⁹ 15 juges (CETA et TTIP) nommés pour 5 (CETA) ou 6 (TTIP) ans, 9 juges nommés pour 4 ans (ALE-UE Vietnam), *ibid.* Articles 3-9 de la « Proposition TTIP », VIII.27 du CETA, II.3-12 de l'ALE UE-Vietnam.

¹⁵⁰ C'est-à-dire d'un commun accord entre les Parties.

¹⁵¹ En pratique, chaque Partie peut désigner à l'intérieur de son propre « quota » des ressortissants étrangers.

¹⁵² Articles 3-11 de la « Proposition TTIP », VIII.30 du CETA, II.3-14 de l'ALE UE-Vietnam.

¹⁵³ C. TTI, « The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead », *op. cit.*, p. 17.

2. L'insertion de mécanismes prévenant les utilisations abusives de la procédure de règlement des différends par l'investisseur

a. L'insertion d'une clause de « non-retour » visant à éviter les procédures parallèles

Le phénomène de la multiplication des plaintes opposant des parties identiques pour des faits similaires est une conséquence directe de la multiplication des *fora* nationaux et internationaux. Il en résulte un « désordre procédural »¹⁵⁴, qui permet à l'investisseur de multiplier les demandes d'indemnisation et qui peut déboucher sur des décisions incohérentes, affectant la crédibilité du RDIE¹⁵⁵. Aussi, les AEI incluent une clause exhortant la Cour au rejet de toute requête faisant déjà l'objet d'une procédure devant une autre instance, qu'elle soit nationale ou internationale¹⁵⁶.

Une procédure de RDIE initiée en dehors de l'AEI ne ferme toutefois pas définitivement la porte à la saisine de la Cour, puisque l'interdiction des recours parallèles est limitée à des temporalités identiques. En ce sens, les AEI ne contiennent pas de clause d'option irrévocable de compétence¹⁵⁷, selon laquelle l'investisseur devrait nécessairement choisir entre l'une ou l'autre des voies de droit qui lui sont offertes. En effet, l'investisseur ayant choisi un *forum* extérieur à l'AEI peut tout à fait saisir la Cour des investissements après s'être désisté ou après avoir attendu la clôture de la procédure « doublon »¹⁵⁸. Toutefois, s'il peut saisir le mécanisme de RDIE de l'accord « en second choix », l'inverse n'est pas possible. En effet, il est fait obligation à l'investisseur, lorsqu'il soumet une plainte devant l'instance de RDIE, de présenter une déclaration l'engageant à ne plus initier de procédure devant tout autre *forum* pour le même litige. Cette approche hybride permet de considérer cette clause comme une clause de « non-retour ».

Notons qu'une telle approche donne un avantage certain en faveur de la Cour des investissements sur les *fora* concurrents, puisqu'elle ne constitue en aucun cas une obligation de recours préalable au juge interne, voire d'épuisement des voies de droit internes. La réponse de la Commission à la consultation portant sur le RDIE laissait pourtant penser que l'UE se positionnerait de manière à « privilégier les juridictions nationales » pour le règlement des différends¹⁵⁹. Pourtant, la seule étape obligatoire avant la saisine de la Cour des investissements est la conduite d'une phase précontentieuse, au cours de laquelle les parties

¹⁵⁴ Walid BEN HAMIDA, « L'arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural : concurrence des procédures et conflits de juridictions », *Annuaire français de droit international*, 2005, vol. 51, pp. 564-602.

¹⁵⁵ Voy. les affaires contre l'Argentine en 2005 et contre la République de Corée en 2002, OCDE, *Améliorer le règlement des différends entre investisseur et État : vue d'ensemble*, 2006, pp. 19-22.

¹⁵⁶ Articles 3-14 de la « Proposition TTIP », VIII.22§1 du CETA, II.3-8 de l'ALE UE-Vietnam, IX.17 de l'ALE UE-Singapour.

¹⁵⁷ Ou clause dite de « fork in the road », Kekeletso MASHIGO, Alexis NOHEN et Joachim POHL, *Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements*, OECD, 2012, p. 12.

¹⁵⁸ Dans ce cas, bien qu'une précédente décision existe, la Cour des investissements sera malgré tout en mesure de se prononcer en respectant l'autorité de la chose jugée.

¹⁵⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Public consultation on modalities for investment protection and ISDS in TTIP*, 2014, p. 12.

au différend sont encouragées à résoudre leur litige de manière amiable ou par la médiation¹⁶⁰.

b. L'insertion de mécanismes de filtrage des plaintes frivoles

Les plaintes frivoles sont des plaintes dénuées de fondements juridiques, futiles, ou pas assez déterminées¹⁶¹. Elles sont néfastes pour la bonne administration de la justice, et la plupart des systèmes juridictionnels nationaux disposent donc de règles pour les écarter rapidement¹⁶².

Les AEI prévoient deux procédures distinctes qui permettent à la partie défenderesse d'exprimer une objection, lorsqu'elle considère que la plainte est manifestement dénuée de fondement juridique, ou lorsqu'elle n'est pas fondée en droit¹⁶³. L'objection pour plainte manifestement dénuée de fondement juridique consiste à soulever le fait que le litige ne sera raisonnablement pas tranché en faveur du plaignant. Celle-ci doit être soulevée au maximum 30 jours après la détermination de la composition du tribunal, et dans tous les cas avant la première audience, c'est pourquoi elle est désignée sous le terme d'objection préliminaire. L'objection pour plainte non fondée en droit consiste quant à elle à contester la recevabilité de la plainte, et peut être formulée « *at any appropriate time* »¹⁶⁴. Si elles diffèrent par leur objet et par leur encadrement temporel, ces objections auront toutes deux des conséquences similaires : les juges doivent suspendre la procédure et statuer sur l'objection¹⁶⁵.

Les AEI s'assurent également du tamisage des plaintes injustifiées en intégrant le principe du « perdant-payeur »¹⁶⁶. Ce principe, sollicité par certains États membres¹⁶⁷ permet de faire supporter à la partie perdante l'intégralité des coûts de la procédure et des frais d'avocats. Dans le système classique de l'arbitrage des investissements, chacune des parties supporte en parts égales les coûts de procédure, en plus de ses propres frais de conseils. Les plaintes frivoles font alors peser inutilement une charge sur les finances publiques de la partie défenderesse. Certes, grâce à la rémunération fixe des juges, les frais de procédure ne devraient probablement pas atteindre les sommes exorbitantes de l'arbitrage classique, dont le coût moyen est estimé à 750 000 €¹⁶⁸. Mais il ne faut toutefois pas oublier d'une part que

¹⁶⁰ Articles 3-2,3&4 de la « Proposition TTIP », VIII.19&20 du CETA, II.3-3,4&5 de l'ALE UE-Vietnam, IX.12,13&14 de l'ALE UE-Singapour.

¹⁶¹ Michele POTESTA et Marija SOBAT, « Frivolous Claims in International Adjudication: A Study of ICSID Rule 41(5) and of Procedures of Other Courts and Tribunals to Dismiss Claims Summarily », *Journal of International Dispute Settlement*, 2012, vol. 3, n° 1, pp. 137-168, *spéc.* pp. 137-138.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ Articles 3-16&17 de la « Proposition TTIP », VIII.32&33 du CETA, II.18&19 de l'ALE UE-Vietnam, IX.20&21 de l'ALE UE-Singapour

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ Articles 3-28 de la « Proposition TTIP », VIII.39 du CETA, II.3-27 de l'ALE UE-Vietnam, IX.26 de l'ALE UE-Singapour (avec un délai réduit à 3 mois).

¹⁶⁷ GOUVERNEMENT FRANÇAIS, *Vers un nouveau moyen de régler les différends entre États et investisseurs*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁶⁸ GLOBAL ARBITRATION REVIEW, *Counting the costs of investment treaty arbitration*, 2014. p. 3.

la rémunération des juges est versée par les Parties à l'accord¹⁶⁹, et d'autre part que les seuls coûts afférant au conseil, à l'expertise et aux témoins s'élèvent en moyenne à près de 4,5 millions d'euros par partie et par affaire¹⁷⁰. Ce principe du perdant payeur apparaît donc comme une dissuasion supplémentaire au dépôt de plaintes injustifiées. Le principe n'est toutefois pas intangible, et peut être modulé par les juges lorsqu'il n'a été fait droit qu'à une seule partie des requêtes, ou lorsqu'ils considèrent que son application n'est pas raisonnable par rapport aux circonstances d'espèce. On pense notamment à la situation des entreprises dotées de peu de moyens. À ce sujet, une clause de rendez-vous est insérée pour faire adopter par le comité paritaire administrant l'accord des règles encadrant les sommes maximales pouvant être demandées aux petites et moyennes entreprises au titre de l'application du principe perdant-payeur.

B. Une tentative d'institutionnalisation aux implications incertaines pour l'avenir du règlement des différends investisseur-État

Le modèle de RDIE développé par l'UE se traduit par une progression importante vers l'institutionnalisation du traitement des litiges. Délaissant le mécanisme arbitral de règlement des différends, la Commission dit avoir développé une « *Cour permanente d'investissement* »¹⁷¹. La nouvelle approche contient en effet des éléments significatifs qui éloignent le RDIE à l'européenne de l'arbitrage classique et qui à ce titre constituent une contribution importante à l'évolution du droit international des investissements (1). Toutefois, l'existence de plusieurs ersatz de l'arbitrage laisse penser qu'un travail supplémentaire sera nécessaire pour donner à cette nouvelle approche les moyens de se propager efficacement (2).

1. Une initiative aspirant à la structuration du droit international des investissements

a. Une architecture de règlement des différends favorable à l'émergence d'une jurisprudence stable

L'institutionnalisation du RDIE repose sur deux éléments de rupture majeure avec le système classique d'arbitrage : la présence de juges permanents, et la création d'un mécanisme d'appel. Ces deux nouveautés sont de nature à apporter une plus grande consistance au règlement des différends.

¹⁶⁹ Articles 3-9§13&10§13 de la « Proposition TTIP », VIII.27§13(b) du CETA, II.3-12§15&13§15 de l'ALE UE-Vietnam, IX.16 de l'ALE UE-Singapour (avec un délai réduit à 3 mois).

¹⁷⁰ GLOBAL ARBITRATION REVIEW, *Counting the costs of investment treaty arbitration*, *op. cit.*, p. 2.

¹⁷¹ MEMO/15/5652, *op. cit.*

Alors que dans l'arbitrage classique, les arbitres sont choisis conjointement par l'investisseur et l'État partie au litige, les mettant ainsi sur pied d'égalité, les AEI se distancient de cet usage en prévoyant une nomination indépendante des faits de l'espèce¹⁷². Les juges des Cours des investissements sont ainsi désignés non pas par les parties au différend mais par les Parties à l'accord. Ils disposent d'un mandat de 4¹⁷³, 5¹⁷⁴ ou 6 ans¹⁷⁵ renouvelable une fois. Ce système de nomination devrait permettre la constance et la régularité des décisions rendues quant à l'application et l'interprétation des AEI, et devrait donc encourager l'émergence d'une véritable jurisprudence, favorable à la prévisibilité du RDIE, et générant ainsi davantage de sécurité juridique.

Une création supplémentaire et novatrice vient permettre de stabiliser encore davantage le contenu des décisions. Il s'agit de la mise en place de cours d'appel, qui représentent elles aussi une véritable révolution dans le monde du droit international des investissements¹⁷⁶. En effet, dans un système classique d'arbitrage, la procédure de recours contre une décision est complexe, exceptionnelle, et les motifs au titre desquels elle peut être engagée sont restrictifs¹⁷⁷. À revers de cette conception, les AEI mettent en place une véritable procédure d'appel. Dans les 90 jours suivant le rendu d'une sentence par le tribunal des investissements, l'investisseur pourra signifier sa volonté de faire appel de la décision (qui n'a alors qu'un effet suspensif) pour erreur d'application ou d'interprétation du droit, ou erreur manifeste d'appréciation des faits. Les juges d'appel, répondant aux mêmes qualités d'indépendance et d'éthique que les juges de première instance¹⁷⁸, et nommés selon une répartition similaire¹⁷⁹ par les Parties à l'accord, pourront alors décider de la modification ou du renversement de la sentence provisoire¹⁸⁰. Avec ce second niveau d'harmonisation des décisions de RDIE, les AEI établissent une architecture qui n'est pas sans rappeler le système de règlement des différends de l'OMC et l'organe d'appel créé en 1995 par les accords de Marrakech et aujourd'hui salué pour son œuvre en faveur de la défragmentation de l'interprétation du droit de l'OMC¹⁸¹.

Ce système de RDIE « à deux étages » devrait donc conduire, *a minima*, à une interprétation unifiée des dispositions de chaque AEI pris individuellement. Le risque d'une interprétation dissonante par les Cours d'appel établies par chaque AEI persiste toutefois. Il faut en effet bien relever que les instances de RDIE créées sont propres à chaque AEI. En d'autres

¹⁷² Sophie NAPPERT, « Escaping from freedom? The dilemma of an improved ISDS mechanism », *EFILA Inaugural Lecture*, 2015, p. 10.

¹⁷³ Article II.3-12 de l'ALE UE-Vietnam.

¹⁷⁴ Article VIII.27 du CETA.

¹⁷⁵ Article 3-9 de la « Proposition TTIP ».

¹⁷⁶ Articles 3-10 de la « Proposition TTIP », VIII.28 du CETA et II.3-13 de l'ALE UE-Vietnam.

¹⁷⁷ COMMISSION EUROPÉENNE, *Public consultation on modalities for investment protection and ISDS in TTIP*, *op. cit.* p. 17.

¹⁷⁸ A ceci près qu'il faut ici que le candidat puisse prétendre aux plus hautes fonctions juridictionnelles dans son pays (ou être un juriste aux compétences notoires).

¹⁷⁹ 6 juges nommés (TTIP et ALE UE-Vietnam) nommés pour 6 (TTIP) ou 4 ans (ALE-UE-Vietnam). Le nombre de juges et la durée de leur mandat sera déterminé par le comité paritaire dans le cas du CETA.

¹⁸⁰ Articles 3-29§2 de la « Proposition TTIP », VIII.28 du CETA, II.3-28§2&3 de l'ALE UE-Vietnam.

¹⁸¹ *Voy.* Yenkong NGANGJOH-HODU et Collins C. AJIBO, « ICSID Annulment Procedure and the WTO Appellate System: The Case for an Appellate System for Investment Arbitration », *Journal of International Dispute Settlement*, 2015, vol. 6, n° 2, pp. 308-331, *spéc.* pp. 311-313.

termes chaque AEI devrait disposer de sa propre Cour d'appel. Il devrait donc en résulter la constitution d'une « constellation » de systèmes institutionnels de RDIE dont le centre de gravité sera l'UE, sans toutefois qu'il n'y ait de garantie pour que chaque point du réseau agisse de manière cohérente. On pourrait certes imaginer que l'UE décide de faire le lien entre les différents éléments du réseau en nommant les mêmes juges dans chacune des Cours d'appel créées, mais, comme le relève C. LEVESQUE, cela donnerait aux juges « européens » une influence supérieure à celle de leurs confrères étrangers, et pourrait conduire l'autre Partie à l'accord à refuser une telle nomination¹⁸². Une autre solution est donc envisagée par les Parties : celle de la multilatéralisation du RDIE.

b. La volonté des parties de s'engager vers la multilatéralisation de leur approche

La multilatéralisation du règlement des différends liés à l'investissement n'est pas une idée neuve. Elle est au contraire un véritable « serpent de mer » qui a connu de nombreux revers, à l'instar de l'échec de l'Accord Multilatéral sur l'Investissement en 1998¹⁸³. L'UE n'a quant à elle jamais caché sa volonté de voir naître une juridiction multilatérale des investissements. Les communications qui ont accompagné la publication des documents afférents à la nouvelle approche en matière de RDIE étaient claires sur l'ambition de la Commission européenne de se lancer dans des négociations en vue de construire cette juridiction internationale des investissements, et de la substituer à l'intégralité des mécanismes de RDIE prévus dans les AEI¹⁸⁴. On trouve ainsi au sein des AEI une obligation de moyen à destination des Parties, qui s'engagent à lancer les négociations sur « *the establishment of a multilateral investment tribunal and appellate mechanism for the resolution of investment disputes* »¹⁸⁵. Le même article fait également office de clause de succession en indiquant qu'un tel système multilatéral viendrait remplacer le système bilatéral mis en place par l'AEI par simple décision du comité paritaire.

Il est intéressant de noter que la clause sur l'obligation de négocier porte, dans le cas de l'accord CETA, non seulement sur les parties entre elles, mais aussi avec les tiers. Le Canada et l'UE scellent ainsi une alliance en vue de la promotion de leur modèle commun. On comprend alors que la stratégie de l'UE ne vise pas seulement à réformer le RDIE dans ses relations bilatérales, mais également à diffuser ce modèle sur la scène internationale. Cette ambition viendrait d'ailleurs expliquer pourquoi l'approche institutionnalisée du RDIE ne concerne pas seulement les pays développés, comme on aurait pu le penser, mais également les pays en développement, en témoigne l'application de la nouvelle méthode au Vietnam.

¹⁸² Céline LÉVESQUE, *The European Union Commission Proposal for the Creation of an « Investment Court System »: The Q and A that the Commission Won't Be Issuing*, <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/04/06/the-european-union-commission-proposal-for-the-creation-of-an-investment-court-system-the-q-and-a-that-the-commission-wont-be-issuing/>, consulté le 10 avril 2016.

¹⁸³ Le Titre V de l'AMI consacrait bien une section au RDIE.

¹⁸⁴ IP/15/5651 - Communiqué de presse de la Commission du 16 septembre 2015.

¹⁸⁵ Article VIII.39 du CETA, *voj.* également les articles 3-12 de la « Proposition TTIP », II.3-15 de l'ALE UE-Vietnam.

A défaut de créer une instance commune, le modèle véhiculé par l'UE dans ses AEI crée des instances compatibles, qu'on pourrait aisément connecter les unes aux autres par une Cour d'appel commune, ou par un tribunal et une Cour d'appel communs. En remplaçant la « constellation » des objets bilatéraux par un outil unique, le système deviendrait alors *de facto* un système plurilatéral, permettant à ses participants de le porter ensemble vers l'étape supérieure : la diffusion au niveau multilatéral.

L'avenir de cette démarche initiée par l'UE dépendra en grande partie de la réponse qui sera donnée par les États-Unis. L'adoption par Washington de ce mode de RDIE aurait vraisemblablement un impact systémique au niveau international, étant donné que l'UE et les États-Unis reçoivent à eux deux 40% des IDE mondiaux et en émettent pour 47%¹⁸⁶. Qui plus est, en cas d'enthousiasme partagé, une approche similaire pourrait être défendue par les États-Unis dans leurs propres TBI, décuplant ainsi le réseau des systèmes juridictionnels d'investissement, et facilitant ainsi une entente commune au niveau multilatéral¹⁸⁷. À l'inverse, si Washington s'opposait à une telle proposition, les États-Unis pourraient utiliser leurs TBI comme moyen de pression sur l'UE pour imposer leur propre vision de l'arbitrage¹⁸⁸, un arbitrage qui dans son modèle le plus récent prévoit certes un certain degré de transparence, mais qui reste dépourvu de mécanisme d'appel et de juges permanentes¹⁸⁹.

2. Une initiative à la portée malgré tout incertaine

a. Un compromis inachevé entre arbitrage et véritable système juridictionnel

S'il est vrai que le modèle européen amène des éléments tangibles d'institutionnalisation du RDIE, il n'en demeure pas moins que le système européen de règlement des différends semble garder à certains égards l'empreinte de l'arbitrage. La comparaison des différentes versions de l'accord CETA est à ce titre probante. L'approche institutionnalisée a été implémentée au sein de l'accord UE-Canada suite au nettoyage juridique de l'accord¹⁹⁰. Mis à part les dispositions sur la nomination des juges et celles sur la procédure d'appel, peu de modifications substantielles ont été réalisées entre la version finale et la version

¹⁸⁶ Elvire FABRY et Giorgio GARBASSO, « L'ISDS dans le TTIP - Le diable se cache dans les détails », *Notre Europe, Institut Jacques Delors*, 2015, n° 122, p. 12.

¹⁸⁷ Le Trans-Pacific Partnership (TPP), chapitre 9, *op. cit.* prévoit en effet la possibilité de la création d'un mécanisme d'appel, *voir*. Article 9.22§11 de cet accord.

¹⁸⁸ *Voir*. Stephan SCHILL, *The TTIP Negotiations: US versus EU Leadership in Global Investment Governance*, <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/03/05/the-ttip-negotiations-us-versus-eu-leadership-in-global-investment-governance/>, consulté le 3 mai 2016.

¹⁸⁹ L'arbitrage présent au sein du TPP reprend les grandes lignes du modèle américain de RDIE, Lauge POULSEN, Jonathan BONNITCHA et Jason YACKEE, « Transatlantic Investment Treaty protection », in Daniel S. HAMILTON et Jacques PELKMANS (dir.), *Rule-makers or rule-takers? Exploring the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, Center for Transatlantic Relations, Center for European Policy Studies, 2015, pp. 139-186, *spéc.* pp. 143-145.

¹⁹⁰ C'est-à-dire après son paraphe, censé fermer les négociations, mais avant sa signature.

« arbitrage + » auparavant négociée par l'UE¹⁹¹, et toujours présente au sein de l'ALE UE-Singapour¹⁹². La terminologie utilisée par le modèle européen d'AEI garde ainsi le poids du passif « arbitral » du règlement des différends : les mots « juges » et « Cour » n'apparaissent à aucun moment dans les accords CETA et UE-Vietnam¹⁹³.

Par ailleurs, les Cours des investissements établies par les AEI sont des Cours qui ne disposent pas de leurs propres règles de procédure. Les AEI appellent donc à la consolidation de leurs dispositions sur les Cours des investissements par référence à des instruments externes. En effet, les affaires soumises aux Cours des investissements pourront être traitées, selon le choix des parties au litige, par les règles de procédure du CIRDI, celles de la CNUDCI ou encore celles du Mécanisme supplémentaire du CIRDI, sous réserve des dispositions existant au sein des AEI (notamment sur la désignation des juges et à leur récusation ou encore sur l'admissibilité des plaintes). Un règlement de procédure unique, et propre aux Cours aurait été plus approprié, d'autant plus qu'il aurait également traité les incertitudes que le libre choix des règles de procédure laisse planer. En effet, l'UE n'étant pas un État, elle ne peut être membre du CIRDI et de la CNUDCI¹⁹⁴. Bien que cette absence de qualité de membre ne pose pas de problème au regard de la CNUDCI, qui peut être utilisée contre un non signataire¹⁹⁵, les choses sont plus compliquées pour ce qui concerne le CIRDI, et dans une moindre mesure le Mécanisme supplémentaire du CIRDI.

En effet, le CIRDI requiert (i) que l'investisseur soit ressortissant d'un État membre de la Convention, mais aussi (ii) que la partie adverse soit un État signataire¹⁹⁶. La première condition est partiellement remplie puisque tous les États membres de l'UE sont membres du CIRDI, sauf la Pologne¹⁹⁷. Tous les investisseurs européens, à l'exception des investisseurs polonais ont donc la qualité de ressortissant d'un État membre du CIRDI. Toutefois, la vérification de la seconde condition échoue, puisque l'UE n'est ni un État, ni signataire du CIRDI. Pour ce qui est du Mécanisme supplémentaire, les conditions deviennent alternatives : il est nécessaire d'être en présence (i) ou d'un ressortissant d'un État signataire contre un État non signataire, (ii) ou d'un ressortissant d'un État non signataire contre un État signataire¹⁹⁸. Or, même dans cette situation, l'investisseur étranger se heurtera encore au fait que c'est toujours un État, même non signataire, qui doit être partie défenderesse. Si la doctrine s'accorde à dire qu'une réforme du Mécanisme

¹⁹¹ Version rendue publique en septembre 2014 qui offrait des garanties de transparence, d'éthique et d'indépendance des arbitres mais qui ne prévoyait pas de mécanisme de d'appel et de nomination de l'autorité tranchant le litige par les Parties à l'AEI.

¹⁹² C'est le cas notamment des dispositions sur la transparence du RDIE qui sont similaires.

¹⁹³ Pour ce qui est de la « Proposition TTIP », le mot « Cour » n'apparaît que dans deux titres, et la qualification de « juge » est réservée aux membres du tribunal et non à ceux de la Cour d'appel qui sont désignés en tant que « membres ».

¹⁹⁴ Marc BUNGENBERG, « Investment Protection at Crossroads ? », in Josiane AUVRET-FINCK (dir.), *Vers un partenariat transatlantique de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 123-142, spéc. p. 137.

¹⁹⁵ Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, 2013, article 1.

¹⁹⁶ Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements, 18 mars 1965, article 1.

¹⁹⁷ CIRDI/3, liste des États contractants et signataires de la convention, 12 avril 2016.

¹⁹⁸ Règlement du Mécanisme supplémentaire CIRDI, CIRDI/11/Rév. 1, Janvier 2003, article 2a).

supplémentaire du CIRDI pourrait être facilement acquise¹⁹⁹, il n'en demeure pas moins qu'à l'heure actuelle, seules les règles CNUDCI semblent pouvoir être invoquées par les investisseurs non-européens contre l'UE²⁰⁰. À l'inverse, les investisseurs européens (à l'exception des polonais) pourront eux invoquer l'ensemble du catalogue de règles contre les cocontractants des AEI.

L'exécution des sentences prises dans le cadre du RDIE des AEI repose elle aussi sur une incertitude, puisque les décisions, devenues définitives 90 jours après leur rendu, doivent être considérées non pas en tant que jugements, mais en tant que sentences arbitrales, au sens de la Section 6 de la Convention CIRDI, et de l'article III de la Convention de New York²⁰¹. Cette qualification, en plus d'instiller les doutes quant à la véritable nature de la Cour, laisse perplexe quant à la portée des décisions prises. En effet, si la reconnaissance de leur caractère obligatoire et exécutoire ne pose pas de problème en ce qui concerne l'UE et son co-contractant, c'est leur imposition aux États tiers qui pourrait se révéler plus délicate. Bien que le renvoi aux dispositions des Conventions CIRDI et de New York ait pour objectif de faciliter la reconnaissance dans tous les États parties aux dites conventions, il n'en demeure pas moins que les juridictions des États tiers pourraient, selon certains auteurs, refuser de considérer les décisions prises dans le cadre des AEI comme des sentences arbitrales. Une partie de la doctrine argue en effet que les juridictions étrangères pourraient décider de considérer que les conditions qui permettent habituellement de former une sentence arbitrale au regard des conventions CIRDI et de New York ont été modifiées par les Parties aux AEI, notamment en matière de désignation des juges et d'appel de la sentence, et que ces modifications ne sauraient être opposables aux États tiers, en application du principe *res inter alios acta*²⁰². Cela signifie donc qu'un investisseur lésé se rendant devant les juridictions d'un État tiers pour qu'il soit fait droit à son « jugement sentence-arbitrale » pourrait, selon cette interprétation, se voir opposer une fin de non-recevoir. À l'inverse, les juridictions étrangères pourraient également considérer que les Conventions CIRDI et de New York sont suffisamment flexibles pour supporter les changements réalisés par les Parties aux AEI, sans que la qualification de sentence arbitrale de la décision rendue ne soit dénaturée²⁰³. L'issue de la problématique de l'exécution des « jugements sentences-arbitrales » devant des juridictions étrangères reste donc incertaine.

¹⁹⁹ G. UNUVAR et F. HOFFMEISTER, « From BITS and Pieces towards European Investment Agreements », *op. cit.*, *spéc.* pp. 77-78.

²⁰⁰ On parle ici bien de l'UE puisque, théoriquement, une procédure intentée à l'encontre d'un État membre (y compris la Pologne au regard du Mécanisme supplémentaire) pourrait aboutir.

²⁰¹ Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 1958.

²⁰² C. LÉVESQUE, « The European Union Commission Proposal for the Creation of an 'Investment Court System' », *op. cit.*

²⁰³ On citera par exemple l'article 1 de la Convention de New York, *op. cit.* qui précise que sont considérées comme sentences arbitrales « non seulement les sentences rendues par des arbitres nommés pour des cas déterminés, mais également celles qui sont rendues par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises ».

- b. Une initiative insuffisante pour apaiser le rejet de l'externalisation du règlement des différends investisseur-État

Les améliorations (même perfectibles) apportées par la nouvelle approche de l'UE au RDIE semblent globalement à même de répondre aux attentes formulées par les opinions publiques européennes. Les mesures phares de la nouvelle approche de l'UE, à savoir la permanence du mécanisme de RDIE²⁰⁴ et la possibilité pour l'investisseur et pour l'État d'interjeter appel contribueront certainement à convaincre ceux qui pouvaient douter de la qualité des décisions rendues par un mécanisme de RDIE. Toutefois, les sceptiques vis-à-vis de l'arbitrage reprocheront toujours au nouveau mécanisme de RDIE son existence même. En d'autres termes, ces améliorations ne semblent pas suffisantes, à priori, pour permettre de fermer la question de l'intérêt d'un traitement des litiges en dehors des juridictions nationales.

La raison d'être du RDIE reposait traditionnellement sur la nécessité de palier aux lacunes des juridictions nationales des États en développement, au système juridictionnel encore précaire et laissant subsister des doutes quant à l'indépendance et l'impartialité des juges. Or, bien que le gouvernement américain mette en avant certaines inquiétudes quant à l'indépendance des juridictions en Bulgarie et en Roumanie²⁰⁵, et que la Commission insiste sur des affaires dans lesquelles on pourrait douter du degré d'impartialité du juge américain²⁰⁶, on ne peut globalement pas considérer qu'il existe aux États-Unis comme en Europe de graves problèmes de discrimination à l'égard des investisseurs étrangers²⁰⁷. Il en va de même pour le Canada. Il semblerait donc qu'avec ces partenaires, l'argument consistant à arguer des déficiences des juridictions nationales ne pourrait être soutenu²⁰⁸.

Ces constatations appellent donc à première vue à plaider pour la défense d'une approche casuistique de la question de l'inclusion du mécanisme de RDIE dans les accords de l'UE. Le Parlement européen s'était d'ailleurs lui-même prononcé en mai 2013 en faveur d'une stratégie sélective d'insertion des mécanismes de RDIE, qui ne devrait avoir lieu que « *dans les cas où cela est justifié* »²⁰⁹. Malheureusement, une telle approche fait fi de l'argument du précédent selon lequel l'UE devrait se justifier à chaque différence de traitement entre ses partenaires. Ne pas inclure de mécanisme externalisé de RDIE avec les États-Unis ou le

²⁰⁴ La Commission indique que 97% des réponses reçues dans le cadre de la consultation organisée sur le RDIE dans le TTIP étaient négatives, IP/14/33 - Communiqué de presse de la Commission du 20 janvier 2014.

²⁰⁵ Voy. la compilation des « *US investment climate statements* » réalisée par L. POULSEN, J. BONNITCHA et J. YACKEE, « Transatlantic Investment Treaty protection », *op. cit.*, pp. 146-148.

²⁰⁶ Réponse donnée par M. K. DE GUCHT le 27 janvier 2014 à la question écrite E-013215/13 du Parlement européen, JO C 237 du 22.7.2014, p. 181.

²⁰⁷ Jan KLEINHEISTERKAMP, « Is there a Need for Investor-State Arbitration in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)? », *SSRN Electronic Journal*, 2014, pp. 2-3 & L. POULSEN, J. BONNITCHA et J. YACKEE, « Transatlantic Investment Treaty protection », *op. cit.*, pp. 150-153.

²⁰⁸ La non-inclusion d'un RDIE dans le TBI États-Unis/Australie avait ainsi été motivée par le fait que les deux Parties considéraient le système juridique de l'autre comme fiable, voy. Jan Kleinheisterkamp et Lauge Poulsen, « *Investment Protection in the TTIP: Three feasible proposals* », Global Economic Governance Programme and Blavatnik School of Government, 2014, p. 3-4.

²⁰⁹ P7_TA-PROV(2013)0219, amendements du Parlement européen à la proposition de règlement établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de RDIE, amendement numéro 3.

Canada mettrait l'UE dans une position inconfortable à d'autres tables de négociations²¹⁰. En effet, adopter une approche différenciée selon que le partenaire dispose de juridictions fiables ou non reviendrait à apprécier si le système juridictionnel du partenaire de négociations est suffisamment mature. Un tel jugement de valeur pourrait être politiquement difficile à assumer, surtout dans le cadre de négociations menées avec un partenaire stratégique. N'oublions pas, en effet, que l'UE est engagée dans la négociation de TBI avec des pays comme la Chine ou l'Inde²¹¹.

Enfin, il ne faut pas oublier que la raison d'être des AEI demeure la promotion des investissements étrangers. Or, pour favoriser les flux d'investissement, les Parties aux AEI doivent nécessairement prendre en compte la méfiance des investisseurs quant au système juridictionnel d'un État étranger, peu importe que ces craintes soient fondées ou non. Dans cet esprit, l'inclusion d'un mécanisme externalisé de RDIE semble être une réponse à même de rassurer l'investisseur étranger, et de l'inciter à investir. Aussi, sans RDIE, il est certain que l'accord de promotion des investissements étrangers perdra en efficacité et en attractivité.

Conclusion

Au terme de cette étude, on peut affirmer que le modèle européen d'AEI est un modèle à la nature successivement contrainte, actualisée puis innovante.

Un modèle contraint, tout d'abord, car il doit s'adapter aux spécificités de l'Union européenne, cet objet politique *sui generis* qui n'est ni un État ni une organisation internationale, mais qui n'en demeure pas moins fondé sur une « *Communauté de droit* »²¹². Or, au « royaume » du droit, la Cour de Justice est reine. Gardienne suprême des traités, elle veille à ce qu'aucun élément extérieur ne vienne perturber l'harmonie méticuleuse du moteur de l'intégration qu'elle entretient depuis sa propre création. Opposant aux négociateurs des AEI l'obligation du respect de l'ordre des compétences et de son impérieuse compétence en interprétation du droit de l'UE, elle façonne un moule dans lequel le modèle européen de protection des investissements devra impérativement se fondre pour pouvoir exister.

Les cicatrices que le modèle retire de cette opération d'assimilation ne remettent toutefois pas en cause sa portée actualisatrice. Succédant aux instruments vieillissants des États membres, le modèle européen d'accord d'investissement fait fi des canons dépassés de ses pères, et par la reconnaissance d'une protection approfondie et étendue à tous les stades de

²¹⁰ E. FABRY et G. GARBASSO, « L'ISDS dans le TTIP - Le diable se cache dans les détails », *op. cit.*, pp. 12-13.

²¹¹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Overview of fta and other trade negotiations*, septembre 2016.

²¹² CJCE, *Les Verts*, aff. C-294/83 du 23 avril 1986, Rec. 1986, p. 1339, pt. 23.

l'établissement, permet la mise à jour du standard européen de protection des investissements et le rattrapage du modèle nord-américain.

Le modèle européen devenu ainsi disciple nord-américain va finalement dépasser le maître, lorsque, intégrant les préoccupations des opinions publiques, il consacre la prise en compte des intérêts de la puissance publique, et développe une nouvelle forme de règlement des différends investisseur-État. Renforcé d'une cour d'appel et de juges permanents, dopé par des standards de transparence et d'éthique de haut niveau, le modèle européen s'impose alors comme le standard de platine²¹³ du droit des investissements étrangers, et dévoile son aspiration à dépasser sa condition de modèle strictement européen et pour devenir un véritable référent de la protection des investissements au niveau mondial.

Toutefois, s'il traverse le filtre de la compatibilité avec le droit de l'Union et réussit le test de l'actualisation et de l'innovation, il est une épreuve que le modèle européen de protection des investissements ne parvient pas complètement à relever : celle de l'audace. Sur la protection de l'investisseur, bien que rétablissant un certain équilibre des intérêts entre investisseur et État, il n'opère pas le changement radical de philosophie qu'une partie de l'opinion publique sollicite, et rate ainsi l'occasion de faire peser des obligations non plus seulement sur l'État, mais aussi sur l'investisseur, en matière de respect de l'environnement ou des droits de l'Homme, par exemple. Son caractère incomplet est tangible également concernant le RDIE. La nouvelle approche du règlement des différends est certes innovante, mais elle demeure perfectible. À mi-chemin entre un arbitrage offrant des garanties importantes d'indépendance, d'éthique et de transparence (ou « arbitrage + ») et une juridiction incomplète (ou « juridiction internationale – »), elle ne s'engage que sur la voie d'une institutionnalisation partielle du traitement des litiges entre l'investisseur et l'État, et demeure fractionnée entre les différents partenaires de l'UE.

Toutefois, ce manque d'ambition immédiate du modèle européen pourrait finalement être contrebalancé par l'effet systémique à long terme des AEI sur la structuration du droit international des investissements, concrétisé par le lancement d'une dynamique favorable à la création d'un véritable « système OMC » de l'investissement, comme le laisse suggérer le lancement imminent des travaux sur la Cour multilatérale de l'investissement²¹⁴. En cas de succès de ces négociations, le modèle européen se verrait doté d'une véritable juridiction internationale à l'envergure multilatérale, et il parachèverait ainsi la mutation de son RDIE de l'arbitrage vers l'institutionnel. Mieux encore, il résoudrait l'équation périlleuse de la réconciliation des opinions publiques avec le RDIE. Dans cette perspective, la seule critique que l'on pourrait émettre à l'égard du modèle européen de protection des investissements étrangers serait celle d'avoir fait le choix d'adopter une stratégie de transition graduelle

²¹³ Terme emprunté à Catharine TITI, « 'Le droit de réglementer' et les nouveaux accords de l'Union européenne sur l'investissement », *op. cit.* p. 7

²¹⁴ IP/16/4349 – Communiqué de presse de la Commission du 13 décembre 2016.

plutôt qu'immédiate vers un système plus audacieux de RDIE. Cependant, cette stratégie de l'avancée progressive, par « *petits pas* »²¹⁵, n'est-elle finalement pas celle-là même qui fut à l'origine du processus de construction européenne ?

* * *

²¹⁵ « *L'Europe des petits pas* », expression utilisée pour décrire la méthode fonctionnaliste privilégiée par J. MONNET dans le processus de construction communautaire.

Annexes

ANNEXE 1 – Mise en perspective des modèles européen et américain

	Modèle européen ²¹⁶	Modèle américain ²¹⁷
Définition de l'investissement	Combinaison des définitions de type analytiques et synthétiques	
Définition de l'investisseur	Entendu tant au sens de celui qui réalise l'investissement que de celui qui cherche à le réaliser. Assorti d'une clause de non-contournement (il doit avoir une activité économique substantielle sur le territoire de l'une des Parties).	
Protection relative <i>Clause de la nation la plus favorisée</i> <i>Traitement national</i>	Valables tant après l'établissement qu'au stade du pré-établissement. Application sélective de la CNF, qui ne peut bénéficier au règlement des différends. Pratique des listes négatives.	
	Violation du TN au stade du pré-établissement non invocable en RDIE	Violation du TN invocable en RDIE à tous les stades d'établissement.
Protection absolue <i>Traitement juste et équitable</i> <i>Pleine protection et sécurité</i>	TJE entendu comme standard autonome. Protection des attentes légitimes	TJE disposé par renvoi au standard minimal de droit international public Refus de consécration de la protection des attentes légitimes
Expropriation	Consécration de la protection contre les expropriations indirectes abusives	
Droit de réguler	Clause d'exception générale en faveur du droit de réguler	Clause d'exception générale non applicable au chapitre sur l'investissement. Clause d'exception centrée sur l'environnement et la santé Article d'encouragement à la responsabilité sociale des entreprises

²¹⁶ « Proposition TTIP », accord CETA et ALE UE-Vietnam.

²¹⁷ Accord TPP et modèle américain de 2012.

RDIE	<p>« Système juridictionnel d'investissements »</p> <p>Nomination des juges par les Parties à l'accord</p> <p>Mécanisme d'appel</p>	<p>Arbitrage</p> <p>Nomination des arbitres par les parties au litige</p> <p>Possibilité de prévoir un mécanisme d'appel (pas encore réalisé)</p>
	<p>Principe de transparence générale</p> <p>Hauts standards d'éthiques des juges/arbitres (notamment via l'insertion d'un code de bonne conduite)</p>	
	<p>Mécanisme permettant d'écarter rapidement les plaintes frivoles</p> <p>Absence de clause parapluie</p> <p>Clause de non retour</p>	
	<p>Principe du « perdant-payeur »</p>	<p>Marge de manœuvre laissée à l'arbitre quant à la répartition des coûts de procédure.</p>

Liste des abréviations

AEI	Accord externe portant sur l'investissement étranger
ALE	Accord de libre-échange
CESDH	Convention européenne des droits de l'Homme et de sauvegarde des libertés fondamentales
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement (Accord Economique et Commercial Global)
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CJ	Cour de justice
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNF	Clause de la nation la plus favorisée
CNUDCI	Conférence des Nations Unies pour le droit du commerce international
EEE	Espace économique européen
FMI	Fonds monétaire international
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce)
IDE	Investissement direct étranger
IE	Investissement(s) étranger(s)
OMC	Organisation mondiale du commerce
PPS	Pleine protection et sécurité
RDIE	Règlement des différends investisseur-État
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TJE	Traitement juste et équitable
TN	Traitement national
TPP	Trans-pacific Partnership (Partenariat Trans-pacifique)

TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership (Partenariat Transatlantique de Commerce et d'Investissement)
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne

Table des jurisprudences

Jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne

CJ, *Projet d'accord international sur l'adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, avis 2/13 du 18 décembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454.

CJ, *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, avis 1/13 du 14 octobre 2014, ECLI:EU:C:2014:2303.

CJ, *Projet d'accord sur la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets*, avis 1/09 du 8 mars 2011, Rec. 2011, p. I-01137.

CJ, *Accord général sur le commerce des services*, avis 1/08 du 30 novembre 2009, Rec. 2009, p. I-11129.

CJCE, *Compétence de la Communauté pour conclure la nouvelle convention de Lugano*, avis 1/03 du 7 février 2006, Rec. 2006, p. I-01145.

CJCE, *Projet d'accord sur la création d'un espace aérien européen commun entre la Communauté européenne et des pays tiers*, avis 1/00 du 18 avril 2002, Rec. 2002, p. I-03493.

CJCE, *Convention n. 170 de l'Organisation internationale du Travail*, avis 2/91 du 19 mars 1993, Rec. 1993, p. I-01061.

CJCE, *Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen*, avis 1/91 du 14 décembre 1991, Rec. 1991, p. I-06079.

CJCE, *Accord international sur le caoutchouc naturel*, avis 1/78 du 4 octobre 1979, Rec. 1979, p. 2871.

CJCE, *Projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure*, avis 1/76 du 26 avril 1977, Rec. 1977, p. 00741.

CJ, *Commission c/ Parlement européen et Conseil*, aff. C-411/06 du 8 septembre 2009, Rec. 2009, p. I-07585.

CJCE, arrêt *Commission c/ Pays-Bas* du 26 septembre 2008, aff. jointes C-282/04 et C-283/04, Rec. 2006, p. I-09141.

CJCE, arrêt *FII Group Litigation c/ Inland Revenue* du 12 décembre 2006, aff. C-446/04, Rec. 2006, p. I-11753.

CJCE, arrêt *Cornelis Kramer et autres*, aff. jointes C-3,4,6-76 du 14 juillet 1976, Rec. 1976, p. 1279.

CJCE, arrêt *R. & V. Haegeman c/ Belgique*, du 30 avril 1974, aff. C-181/73, Rec. 1974, p. 449.

CJCE, *Accord européen sur les transports routiers*, aff. 22/70 du 31 mars 1971, Rec. 1971, p. 263.

Sentences arbitrales

CNUDCI, *Philip Morris Asia Limited c/ Australie*, PCA 2012-12

CIRDI, *InterAguas c/ Argentine*, sentence ARB/03/17 du 17 mars 2006

CIRDI, *LG&E c/ Argentine*, sentence ARB/02/1 du 3 octobre 2006

CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c/ Mexique*, sentence ARB/00/2 du 29 mai 2003

CIRDI, *Salini c/ Maroc*, sentence ARB/00/4 du 23 juillet 2001

CIRDI, *Maffezini c/ Espagne*, sentence ARB/97/7 du 25 janvier 2000

Bibliographie

Sources primaires

Traités institutifs

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, version consolidée, JO C 115 du 29.5.2008.

Traité sur l'Union européenne, version consolidée, JO C 115 du 29.5.2008.

Accords internationaux

Trans-Pacific Partnership (TPP), chapitre 9, 4 février 2016.

Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne, chapitre VIII, version de février 2016.

Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République socialiste du Vietnam, chapitre II, version de janvier 2016.

Accord de libre échange entre l'Union européenne et Singapour, chapitre IX, version de septembre 2013.

Accord de libre-échange entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Corée d'autre part, JO L 127 du 14.5.2011.

Traité sur la Charte de l'énergie, 17 décembre 1994.

Accord de libre-échange nord-américain entre les États-Unis, le Mexique et le Canada, 1994.

Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 1958.

Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre États et Ressortissants d'autres États, 18 mars 1965.

Documents des institutions européennes

Règlement 912/2014 du Parlement européen et du Conseil « établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie », JO L 257 du 28 août 2014, p. 121–134.

Conclusions du Conseil sur une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux, 25 octobre 2010.

2014/2228 (INI) - Résolution du Parlement européen du 8 juillet 2015 contenant les recommandations du Parlement européen à la Commission européenne concernant les négociations du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI).

2010/2203 (INI) - Résolution du Parlement européen du 6 avril 2011 sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux.

COM (2010) 343 final – Communication de la Commission « Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux », 7 juillet 2010, 14 p.

Proposition sur la protection des investissements, le règlement des différends en matière d'investissements et le système juridictionnel des investissements dans le cadre du TTIP, telle que rendue publique dans le cadre des négociations avec les États-Unis le 12 novembre 2015.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Guide de lecture sur le projet de texte concernant la protection des investissements et le système juridictionnel des investissements dans le partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP)*, 2015.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement*, 2015.

Documents des organisations internationales

Résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, « Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités », 10 décembre 2014, 7 p.

Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, 2013

Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, 2013.

Lignes directrices de l'International Bar Association sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, 23 octobre 2014

Règlement du Mécanisme supplémentaire CIRDI, CIRDI/11/Rév. 1, Janvier 2003.

Documents nationaux

GOUVERNEMENT FRANÇAIS, *Vers un nouveau moyen de régler les différends entre États et investisseurs*, mai 2015.

Modèle américain d'accord sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements (2012).

Modèle français d'accord sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements (2006).

Modèle canadien d'accord sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements (2004).

Modèle allemand d'accord sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements (2008).

Sources secondaires

Ouvrages et manuels

Mathias AUDIT, Pierre CALLE et Sylvain BOLLEE, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2014, 768 p.

Josiane AUVRET-FINCK et Jan WOUTERS (dir.), *Vers un partenariat transatlantique de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2015, 352 p.

Jonathan BONNITCHA, *Substantive protection under investment treaties: a legal and economic analysis*, Cambridge, Cambridge Univ. Prss, 2014, 396 p.

Stéphane BONOMO, *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements: entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012, 376 p.

Eric de BRABANDERE, *Investment treaty arbitration as public international law: procedural aspects and implications*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

Marc BUNGENBERG, Joern GRIEBEL et Steffen HINDELANG (dir.), *International investment law and EU law*, Heidelberg, Springer, 2011, 171 p.

Marc BUNGENBERG, Jörn GRIEBEL, Stephan HOBE et August REINISCH, *International investment law*, Baden-Baden, Nomos, 2015, 1952 p.

Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, « L'Investissement », in *Droit international économique*, 5. éd., Paris, Dalloz, 2014, pp. 431-602.

Graham COOP, *Energy Dispute Resolution: Investment Protection, Transit and the Energy Charter Treaty*, Juris Publishing, Inc., 2011, 472 p.

Christian DEBLOCK, Joël LEBULLENGER et Stéphane PAQUIN (dir.), *Un nouveau pont sur l'Atlantique: l'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada*, Québec (Québec), Presses de l'Université du Québec, 2015, 351 p.

Angelos DIMOPOULOS, *EU foreign investment law*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2011, 375 p.

Rudolf DOLZER et Christoph SCHREUER, *Principles of international investment law*, 2. ed., Oxford, Oxford Univ. Press, 2012, 417 p.

Steffen HINDELANG, *The free movement of capital and foreign direct investment: the scope of protection in EU law*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2009, 399 p.

Rainer HOFMANN et FRANKFURT INVESTMENT LAW WORKSHOP (dir.), *Preferential trade and investment agreements: from recalibration to reintegration*, 1. ed., Baden-Baden, Nomos-Verl.-Ges, 2013, 359 p.

Jean E. KALICKI et Anna JOUBIN-BRET (dir.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system: journeys for the 21st century*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, 1003 p.

Catherine KESSEDIAN et COLLEGE EUROPEEN DE PARIS (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement European Law and Investment Arbitration*, Paris, Éditions Panthéon-Assas : LGDJ diff., 2011, 225 p.

Catherine KESSEDIAN et Charles LEBEN (dir.), *Le droit européen et l'investissement*, Paris, Editions Panthéon-Assas [u.a.], 2009, 176 p.

Roland KLÄGER, « Fair and equitable treatment » in *international investment law*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2011, 361 p.

Panos KOUTRAKOS, *EU international relations law*, 2. ed., Oxford, Hart, 2015, 579 p.

Arnaud de NANTEUIL, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Paris, Pedone, 2014, 650 p.

Arnaud de NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014, 432 p.

Eleftheria NEFRAMI (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union Européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 438 p.

Eleftheria NEFRAMI, *L'action extérieure de l'Union européenne: fondements, moyens, principes*, Paris, LGDJ, 2010, 208 p.

Eleftheria NEFRAMI, *Les accords mixtes de la Communauté européenne: aspects communautaires et internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 711 p.

Suzy H. NIKIEMA, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, 1. éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2012, 371 p.

Thomas ROE et Matthew HAPPOLD, *Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty*, Cambridge University Press, 2011, 273 p.

Philip STRIK, *Shaping the single European market in the field of foreign direct investment*, Oxford, Hart Publ, 2014, 290 p.

Leon E. TRAKMAN (dir.), *Regionalism in international investment law*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2013, 534 p.

Articles et contributions

Mathias AUDIT, « Droit des investissements internationaux - Présentation et sources », *Jurisclasseur Droit international*, 2009, vol. 572-50.

Mathias AUDIT, « Droit des investissements internationaux - Contentieux arbitral international – Droit commun », *Jurisclasseur Droit international*, 2009, vol. 572-65.

Freya BAETENS, « Transatlantic Investment Treaty protection, a response to Poulsen, Bonnitcha & Yackee », in Daniel S. HAMILTON et Jacques PELKMANS (dir.), *Rule-makers or rule-takers? Exploring the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, Center for Transatlantic Relations, Center for European Policy Studies, 2015, pp. 187-205.

Freya BAETENS, Gerard KREIJEN et Andrea VARGA, « Determining international responsibility under the new extra-EU investment agreements : What Foreign investors in the EU should know », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2014, vol. 47, n° 5, pp. 1204-1270.

Walid BEN HAMIDA, « L'arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural : concurrence des procédures et conflits de juridictions », *Annuaire français de droit international*, 2005, vol. 51, pp. 564-602.

Jan Asmus BISCHOFF, « Initial Hiccups or More? Efforts of the EU to Find Its Future Role in International Investment Law », in Jean E. KALICKI et Anna JOUBIN-BRET (dir.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, pp. 531-559.

Jan Asmus BISCHOFF, « Just a little bit of “mixity”? The EU’s role in the field of international investment protection law », *Common Market Law review*, n° 48, pp. 1527-1570.

Isabelle BOSSE-PLATIERE, « Le Parlement européen et la procédure de conclusion des accords internationaux », in Josiane AUVRET-FINCK (dir.), *Le Parlement européen après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne*, 2013, pp. 79-108.

Tillmann Rudolf BRAUN, « For a Complementary European Investment Protection », in Marc BUNGENBERG, Jörn GRIEBEL et Steffen HINDELANG (dir.), *International Investment Law and EU Law*, The Netherlands, Springer, 2011, pp. 95-104.

Colin BROWN et Ilmars NAGLIS, « Dispute Settlement in Future EU Investments Agreements », in Marc BUNGENBERG, August REINISCH et Christian TIETJE (dir.), *EU and investment agreements: open questions and remaining challenges*, Baden-Baden, Nomos, 2013, vol.7, pp. 17-36.

Marc BUNGENBERG, « Investment Protection at Crossroads ? », in Josiane AUVRET-FINCK (dir.), *Vers un partenariat transatlantique de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 123-142.

Marc BUNGENBERG, « The Division of competences between the EU and its Member States in the area of investment politics », in Marc BUNGENBERG, Jörn GRIEBEL et Steffen HINDELANG (dir.), *International Investment Law and EU Law*, The Netherlands, Springer, 2011, pp. 29-42.

Markus BURGSTALLER, « The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States », in Marc BUNGENBERG, Jörn GRIEBEL et Steffen HINDELANG (dir.), *International Investment Law and EU Law*, The Netherlands, Springer, 2011, pp. 29-42.

Marie-Cécile CADILHAC, « Négociations du TTIP : le mécanisme de règlement des différends investisseurs-États soulève un « vent de panique » au Parlement européen », *Revue Trimestrielle du Droit Européen*, 2015, pp. 613.

Julien CAZALA, « Le traitement de l'exigence de recours préalable au juge interne dans le contexte arbitral de l'investissement », *Paris Journal of International Arbitration – Cahiers de l'arbitrage*, 2014, n° 4, pp. 11 p.

Julien CAZALA, « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », *Revue internationale de droit économique*, 2009, t. XXIII, 1, n° 1, pp. 5-32.

Sabrina CUENDET, « Accords d'investissement et développement durable », *Conventions*, 2014, n° 14.

Anna DE LUCA, « New developments on the scope of the EU Common Commercial Policy under the Lisbon Treaty: Investment liberalization vs. investment protection ? », in Karl P SAUVANT (dir.), *Yearbook on international investment law & policy 2010-2011*, New York, Oxford University Press, 2012, pp. 165-215.

Angelos DIMOPOULOS, « The Involvement of the EU in Investor-State Dispute Settlement : a question of responsibilities », *Common Market Law Review*, 2014, n° 51, pp. 1671-1720.

Thomas EILMANSBERGER, « Bilateral investment treaties and EU law », *Common Market Law review*, 2009, n° 46, pp. 383-429.

Elvire FABRY et Giorgio GARBASSO, « L'ISDS dans le TTIP - Le diable se cache dans les détails », *Notre Europe, Institut Jacques Delors*, 2015, n° 122, pp. 24 p.

Catherine FLAESCH-MOUGIN et Isabelle BOSSE-PLATIÈRE, « L'application provisoire des accords de l'Union européenne », in Inge GOVAERE, Erwan LANNON, Peter VAN ELSUWEGE et Stanislas ADAM (dir.), *The European Union in the world: essays in honour of Marc Maresceau*, 2014, pp. 293-323.

Susan FRANCK, « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *Fordham Law Review*, 2005, vol. 73, n° 4, pp. 1521-1625.

Florian GRISEL et Jorge VINUALES, « L'amicus curiae dans l'arbitrage d'investissement », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2007, n° 23, pp. 381-432.

Emilie M. HAFNER-BURTON et David G. VICTOR, « Secrecy in International Investment Arbitration: An Empirical Analysis », *Journal of International Dispute Settlement*, 2016, vol. 7, n° 1, pp. 161-182.

Gus Van HARTEN, « Key flaws in the European Commission's proposals for foreign investor protection in TTIP », *Osgoode Hall Law School*, 2016, vol. 12, n° 16, 9 p.

Gus Van HARTEN et Dayna Nadine SCOTT, « Investment Treaties and the Internal Vetting of Regulatory Proposals: A Case Study from Canada », *Journal of International Dispute Settlement*, 2016, vol. 7, n° 1, pp. 92-116.

Steffen HINDELANG, « EU Constitutional Limits to Investor-State Arbitration on the Basis of Future EU Investment-Related Agreements », in Marc BUNGENBERG et Christoph HERRMANN (dir.), *Common Commercial Policy After Lisbon*, The Netherlands, Springer, 2013, pp. 187-198.

Steffen HINDELANG et Niklas MAYDELL, « The EU's Common Investment Policy – Connecting the Dots », in Marc BUNGENBERG, Jörn GRIEBEL et Steffen HINDELANG (dir.), *International Investment Law and EU Law*, The Netherlands, Springer, 2011, pp. 14-40.

Patrick JUILLARD, « Investissement et droit communautaire. A propos des accords bilatéraux d'investissement conclus entre États membres et pays tiers », in Jean-Claude MASCLLET (dir.), *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 257-279.

Christine KADDOUS, « Arbitrage, Union européenne et accords bilatéraux d'investissement », *Revue suisse de droit international et européen*, 2013, vol. 23, n° 1, pp. 3-8.

Jan KLEINHEISTERKAMP, « Is there a Need for Investor-State Arbitration in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)? », *SSRN Electronic Journal*, 2014, 7 p.

Jan KLEINHEISTERKAMP, « Financial Responsibility in the European International Investment Policy », *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 2013, n° 15.

Jan KLEINHEISTERKAMP et Lauge POULSEN, « Investment Protection in the TTIP : Three feasible proposals », *Global economic governance Programme and Blavatnik School of Government*, 2014, 8 p.

Nikos LAVRANOS, *The New EU Investment Treaties: Convergence towards the NAFTA Model as the New Plurilateral Model BIT Text?*, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2013.

Nikos LAVRANOS, « Designing an International Investor-to-State Arbitration System After Opinion 1/09 », in Marc BUNGENBERG et Christoph HERRMANN (dir.), *Common Commercial Policy After Lisbon*, The Netherlands, Springer, 2013, pp. 199-219.

Nikos LAVRANOS, « The New Competence of the European Union in the Area of Foreign Direct Investment (FDI) : A Third Country Perspective », in Marc BUNGENBERG et Christoph HERRMANN (dir.), *Common Commercial Policy After Lisbon*, The Netherlands, Springer, 2013, pp. 235-243.

Nikos LAVRANOS, « The Remaining Decisive Role of Member States in Negotiating and Concluding EU Investment Agreements », in Marc BUNGENBERG, August REINISCH et Christian TIETJE (dir.), *EU and investment agreements: open questions and remaining challenges*, Baden-Baden, Nomos, 2013, vol.7, pp. 165-170.

Rafael LEAL-ARCAS, « The European Union's Trade and Investment Policy after the Treaty of Lisbon », *The Journal of World Investment & Trade*, 2010, vol. 11, n° 4, pp. 463-514.

Céline LÉVESQUE, « The Challenge of “Marrying” Investment Liberalisation and Protection in the Canada-EU CETA », in Marc BUNGENBERG, August REINISCH et Christian TIETJE (dir.), *EU and investment agreements: open questions and remaining challenges*, Baden-Baden, Nomos, 2013, vol.7, pp. 121-146.

Anna De LUCA, « Umbrella Clauses and Transfer Provisions in the (Invisible) EU Model BIT », *The Journal of World Investment and Trade*, 2014, vol. 15, n° 3-4, pp. 506-533.

Rainer LUKITS, « Arbitration Under International Agreements of the European Union », *International Arbitration Law Review*, 2015, vol. 18, n° 1, pp. 7-13.

Lars MARKERT, « The Crucial Question of Future Investment Treaties: Balancing Investors' Rights and Regulatory Interests of Host States », in Marc BUNGENBERG, Jörn GRIEBEL et Steffen HINDELANG (dir.), *International Investment Law and EU Law*, The Netherlands, Springer, 2011, pp. 145-180.

Julie A. MAUPIN, « Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad and the Murky », in Andrea BIANCHI et Anne PETERS (dir.), *Transparency in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 142-171.

Yenkong NGANGJOH-HODU et Collins C. AJIBO, « ICSID Annulment Procedure and the WTO Appellate System: The Case for an Appellate System for Investment Arbitration », *Journal of International Dispute Settlement*, 2015, vol. 6, n° 2, pp. 308-331.

Anders NILSSON et Oscar ENGLESSON, « Inconsistent Awards in Investment Treaty Arbitration: Is an Appeals Court Needed? », *Journal of International Arbitration*, 2013/101, vol. 30, n° 5, pp. 561-579.

Federico ORTINO et Piet EECKHOUT, « Towards an EU policy on Foreign Direct investment », in Andrea BIONDI, Piet EECKHOUT et Stefanie RIPLEY (dir.), *EU law after Lisbon*, 1 edition., Oxford University Press, 2012, pp. 312-327.

Michele POTESA et Marija SOBAT, « Frivolous Claims in International Adjudication: A Study of ICSID Rule 41(5) and of Procedures of Other Courts and Tribunals to Dismiss Claims Summarily », *Journal of International Dispute Settlement*, 2012, vol. 3, n° 1, pp. 137-168.

Lauge POULSEN, Jonathan BONNITCHA et Jason YACKEE, « Transatlantic Investment Treaty protection », in Daniel S. HAMILTON et Jacques PELKMANS (dir.), *Rule-makers or rule-takers? Exploring the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, Center for Transatlantic Relations, Center for European Policy Studies, 2015, pp. 139-186.

Michel RAINELLI, « Les enjeux pour le système commercial multilatéral d'un accord global UE/États-Unis sur le commerce et l'investissement », in Josiane AUVRET-FINCK (dir.), *Vers un partenariat transatlantique de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 151-158.

August REINISCH, « The Division of Powers Between the EU and Its Member States “After Lisbon” », in Marc BUNGENBERG, Jörn GRIEBEL et Steffen HINDELANG (dir.), *International Investment Law and EU Law*, The Netherlands, Springer, 2011, pp. 55-66.

Davide ROVETTA, « Investment Arbitration in the EU After Lisbon: Selected Procedural and Jurisdictional Issues », in Marc BUNGENBERG et Christoph HERRMANN (dir.), *Common Commercial Policy After Lisbon*, The Netherlands, Springer, 2013, pp. 221-233.

Stephan W. SCHILL, « Editorial: Opinion 2/13 – The End for Dispute Settlement in EU Trade and Investment Agreements? », *The Journal of World Investment & Trade*, 2015, vol. 16, n° 3, pp. 379-388.

Stephan W. SCHILL, « Luxembourg Limits: Conditions For Investor-State Dispute Settlement Under Future EU Investment Agreements », in Marc BUNGENBERG, August REINISCH et Christian TIETJE (dir.), *EU and investment agreements: open questions and remaining challenges*, Baden-Baden, Nomos, 2013, vol.7, pp. 37-56.

Christoph SCHREUER, « Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration », *Arbitration International*, 2004, vol. 20, n° 4, pp. 325-332.

Catharine TITI, « The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead », *French National Centre for Scientific Research (CNRS); University of Burgundy - CREDIMI, Law Faculty*, 2016, 44 p.

Catharine TITI, « “Le droit de régler” et les nouveaux accords de l'Union européenne sur l'investissement », *Journal du droit international*, 2015, n° 1, 22 p.

Clovis J. TREVINO, « State-to-State Investment Treaty Arbitration and the Interplay with Investor-State Arbitration Under the Same Treaty », *Journal of International Dispute Settlement*, 2014, vol. 5, n° 1, pp. 199-233.

Antonios TZANAKOPOULOS, « National Treatment and MFN in the (Invisible) EU Model BIT », *Journal of World Investments and Trade*, 2014, vol. 15, pp. 484-505.

Gunes UNUVAR et Frank HOFFMEISTER, « From BITS and Pieces towards European Investment Agreements », in Marc BUNGENBERG, August REINISCH et Christian TIETJE (dir.), *EU and investment agreements: open questions and remaining challenges*, Baden-Baden, Nomos, 2013, vol.7, pp. 57-86.

Ramón VIDAL PUIG, « The scope of the new exclusive competence of the European union with regard to “foreign direct investment” », *Legal issues of Economic integration*, 2013, vol. 40, n° 2, pp. 133-162.

Rachel L. WELLHAUSEN, « Recent Trends in Investor–State Dispute Settlement », *Journal of International Dispute Settlement*, 2016, vol. 7, n° 1, pp. 117-135.

Rapports

Lorenzo COTULA, « Regulatory Takings, Stabilisation Clauses and Sustainable Development », in *OECD Investment Policy Perspectives 2008*, OECD Publishing, 2009, pp. 69-90.

Kekeletso MASHIGO, Alexis NOHEN et Joachim POHL, *Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements*, OECD, 2012.

Christian TIETJE, Emily SIPIORSKI, Grit TÖPFER, EUROPEAN PARLIAMENT et DIRECTORATE-GENERAL FOR EXTERNAL POLICIES OF THE UNION, *Responsibility in investor- state-arbitration in the EU: managing financial responsibility linked to investor-state dispute settlement tribunals established by EU's international investment agreements.*, Luxembourg, Publications Office, 2012.

PARLEMENT EUROPEEN, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement international après le Traité de Lisbonne*, 2010.

OCDE, *Understanding concepts and tracking innovations*, Paris, OCDE, 2008, 340 p.

OCDE, *Améliorer le règlement des différends entre investisseur et État : vue d'ensemble*, 2006.

OCDE, *Transparence et participation de tierces parties aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et états*, 2005.

OCDE, *L' « expropriation indirecte » et le « droit de réglementer » dans le droit international de l'investissement*, 2004.

OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, 2004.

OCDE, *Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements*, 2004.

Pieter Jan KUIJPER, Ingolf PERNICE, Steffen HINDELANG, Michael SCHWARZ, Martin REULING, EUROPEAN PARLIAMENT et DIRECTORATE-GENERAL FOR EXTERNAL POLICIES OF THE UNION, *Investor-state dispute settlement (ISDS) provisions in the EU's international investment agreements Volume 2, Volume 2*, Luxembourg, Publications Office, 2014.

UNCTAD, *Taking Stock of IIA Reform*, 2016.

UNCTAD, *Recent Trends in IIAs and ISDS*, 2015.

UNCTAD (dir.), *Reforming international investment governance*, New York, United Nations, 2015, 218 p.

Sites web et blogs

BLOG DE LA STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE, *Philip Morris v. Australia dismissed*, <http://isdsblog.com/2015/12/18/philip-morris-v-australia-dismissed/>, consulté le 14 avril 2016.

James CRISP, *Les Néerlandais réclament désormais un référendum sur le TTIP*, <http://www.euractiv.fr/section/politique/news/dutch-voters-now-demanding-referendum-on-ttip/>, consulté le 24 avril 2016.

Aurélié DELFOSSE, *Règlement des différends : un nouveau système juridictionnel des investissements*, <http://eulogos.blogactiv.eu/2015/09/26/reglement-des-differends-un-nouveau-systeme-dans-les-accords-negociés-par-lunion-europeenne-la-proposition-de-la-commission-du-16-septembre-2015-le-systeme-juridictionnel-des-investisse/>, consulté le 29 janvier 2016.

Marius Nicolae ILIESCU, *A Trend Towards Mandatory Disclosure of Third Party Funding? Recent Developments and Positive Impact*, <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/05/02/a-trend-towards-mandatory-disclosure-of-third-party-funding-recent-developments-and-positive-impact/>, consulté le 3 mai 2016.

Céline LÉVESQUE, *The European Union Commission Proposal for the Creation of an « Investment Court System »: The Q and A that the Commission Won't Be Issuing*, <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/04/06/the-european-union-commission-proposal-for-the-creation-of-an-investment-court-system-the-q-and-a-that-the-commission-wont-be-issuing/>, consulté le 10 avril 2016.

Raoul MARC JENNAR, *Prise de position sur la création d'un tribunal relatif aux investissements dans le cadre du PTCI*, <http://www.bilaterals.org/?prise-de-position-sur-la-creation>, consulté le 6 avril 2016.

Athina Foucharid PAPAEFSTRATIOU, *The EU Proposal Regarding Investment Protection: The End of Investment Arbitration as We Know It?*, <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/12/29/the-eu-proposal-regarding-investment-protection-the-end-of-investment-arbitration-as-we-know-it/>, consulté le 2 mai 2016.

Stephan SCHILL, *The TTIP Negotiations: US versus EU Leadership in Global Investment Governance*, <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/03/05/the-ttip-negotiations-us-versus-eu-leadership-in-global-investment-governance/>, consulté le 3 mai 2016.

David SCHNEIDERMAN, *A CETA investment court is not the solution*, <http://www.theglobeandmail.com/report-on-business/rob-commentary/a-ceta-investment-court-is-not-the-solution/article29034167/>, consulté le 5 avril 2016.

Scott SINCLAIR, *New CETA investment rules include same old corporate rights protections*, <http://rabble.ca/blogs/bloggers/behind-numbers/2016/03/new-ceta-investment-rules-include-same-old-corporate-rights-pr>, consulté le 5 avril 2016.

Deepu Jojo SUSHAMA, *Appellate Structure and Need for Legal Certainty in Investment Arbitration*, <http://kluwerarbitrationblog.com/2014/05/01/appellate-structure-and-need-for-legal-certainty-in-investment-arbitration/>, consulté le 7 avril 2016.

Louise WOODS, *Fit for purpose? The EU's Investment Court System*, <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/03/23/to-be-decided/>, consulté le 10 avril 2016.



Geneva Jean Monnet Working Papers

Centre d'études juridiques européennes

Université de Genève - UNI MAIL

www.ceje.ch/fr/recherche/jean-monnet-working-papers/