

THÈSE PRÉSENTÉE POUR OBTENIR LE GRADE DE

**DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX**

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (ED N°41)
SPÉCIALITÉ DROIT PUBLIC

Par **Djamal MARON**

**LA DÉTERMINATION DU DROIT EUROPÉEN DES
INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS**

ASPECTS MATÉRIELS

Sous la direction des professeurs Olivier DUBOS et Leila LANKARANI

Soutenue le 13 janvier 2023

Membres du jury :

M. Walid BEN HAMIDA

Maître de conférences à l'Université d'Evry-Essone Paris-Saclay, *rapporteur*

Monsieur Olivier DUBOS,

Professeur à l'Université de Bordeaux, *directeur de thèse*

Monsieur Théodore GEORGOPOULOS,

Maître de conférences à l'Université de Reims Champagne-Ardenne, *rapporteur, président*

Madame Leila LANKARANI,

Professeure à l'Université de Besançon, *directrice de thèse*

L'Université de Bordeaux n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Au bout de toutes ces années, je me rends compte que trouver les bons mots pour remercier tous ceux qui m'ont soutenu et qui ont participé, de loin ou de près à la réalisation de ce travail, est une tâche compliquée. C'est pour cette raison que je ne vais pas m'aventurer dans cet exercice. Le résultat ne sera jamais à la hauteur. Vous méritez bien mieux qu'un inventaire à la Prévert. Mais sachez-le dès maintenant, que vous avez toute ma sincère et profonde gratitude.

Merci.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS ET ACRONYMES

ACEUM - Accord Canada–États-Unis–Mexique

ACP – Afrique, Caraïbes et Pacifique

ADE – Annuaire de droit européen

ADPIC – Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce

AECG / CETA – Accord économique et commercial global / Comprehensive Economic and Trade Agreement

AELE – Association européenne de libre échange

AFDI – Annuaire français de droit international

Aff. – Affaire(s)

Aff. Jointes – Affaires jointes

AG - Avocat général

AGCS / GATS – Accord général sur le commerce des services / General Agreement on Trade in Services

AGONU – Assemblée générale de l'Organisation des Nations-Unies

AII – accord international d'investissement

AJIL - American Journal of International Law

al. – alinéa

ALE – Accord de libre-échange

ALENA / NAFTA – Accord de libre-échange nord-américain / North America Free Trade Agreement

AMI / MAI – Accord multilatéral sur l'investissement / Multilateral investment agreement

APC – Accord de partenariat et de coopération

APE – Accord de partenariat économique

API – Accord de protection des investissements

APPI – accord protection promotion investissement

Arts. - articles

ASA – Accord de stabilisation et d'association

ASEAN / ANASE – Association of South East Asian Nations / Association des Nations de l'Asie du Sud-Est

Bib. – Bibliothèque

BYIL – The British Year Book of International Law

c. / v. – contre / versus

CARIFORUM – Forum des Caraïbes du groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique

CDE – Cahiers de droit européen

CDFUE – Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

CDI / ILC – Commission du droit international / International Law Commission

CE – Communauté européenne

CECA – Communauté européenne du charbon et de l'acier

CEDH – Cour européenne des droits de l'homme

CEE – Communauté économique européenne

CESDH – Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

cf. – confer

CIJ – Cour internationale de justice

CIRDI / ICSID – Centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement / International Center for the Settlement of Investment Disputes

CJCE – Cour de justice des communautés européennes

CJUE – Cour de justice de l'Union européenne

CMLR – Common Market Law Review

CNUCED – Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement

CNUDCI / UNCITRAL – Commission des Nations Unies pour le droit commercial international / United Nations Commission on

Coll. - Collection

Columbia JTL - Columbia Journal of Transnational Law

COM – Communication de la Commission

Consid. - considérant

CPA – Cour permanente d'arbitrage

CPJI – Cour permanente de justice internationale

CPTTP - Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership

CUP – Cambridge University Press

CYELS – Cambridge Yearbook of European Legal Studies

DCFTA – Deep and Comprehensive Free Trade Area

dir. / dirs – direction / directeurs

doc. – document

DPI – Droits de propriété intellectuelle

ea. – et alia

éd. – édition

ed. / eds – Editor(s)

EEE – Espace économique européen

EFAR – European Foreign Affairs Review

égal. - également

EJIL - European Journal of International Law

EL Rev - European Law Review

Fasc. – Fascicule

FILJ – Fordham International Law Journal

GATT – General Agreement On Tariffs and Trade

Gde. chbre. – Grande Chambre

Harvard ILJ - Harvard International Law Journal

ibid. / ibidem – même endroit

ICLQ / Int'l & Comp. LQ – International and Comparative Law Quarterly

ICSID Rev-FILJ - ICSID Review-Foreign Investment Law Journal

IED / FDI – Investissement étranger direct / Foreign direct investment

IISD – International Institute for Sustainable Development

Intl ALR - International Arbitration Law Review

JDE – Journal de droit européen

JDI – Journal du droit international

JIEL – Journal of International Economic Law

JOCE – Journal officiel de la Communauté européenne

JOUE – Journal officiel de l'Union européenne

JWIT - Journal of World Investment and Trade

JWT – Journal of World Trade

LCIA - London Court of International Arbitration

Leiden J. Int'l L. – Leiden Journal of International Law

LGDJ – Librairie générale de droit et de jurisprudence

LIEI - Legal Issues of Economic Integration

MARD - Mémoire d'Accord sur les Règles et Procédures Régissant le Règlement des Différends de l'OMC

MERCOSUR – Marché commun du Sud / Mercado Común del Sur

MIC / TRIMS – Mesures concernant les investissements et liées au commerce / Trade Related Investment Measures

Mich. J. Int'l L. – Michigan Journal of International Law

n° – numéro

not. – notamment

NYU J. Int'l L. & Pol / NYUJILP - New York University Journal of International Law and Politics

OCDE – Organisation de coopération et de développement économiques

OMC / WTO – Organisation mondiale du commerce / World Trade Organization

ONU – Organisation des Nations Unies

op. cit. – *opus citatum*

ORD – Organe de règlement des différends

ord. – ordonnance

OUP – Oxford University Press

p. / pp. – page / pages

par ex. – par exemple

PCC – Politique commerciale commune

PE – Parlement européen

PEPS – Pleine et entière protection et sécurité

PGD – Principe général du droit

Préa. - Préambule

pt. / pts. – point / points

PTCI / TTIP – Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement / Transatlantic Trade and Investment Partnership

PUF – Presses Universitaires de France

RAE – Revue des affaires européennes

RCADI – Recueil des cours de l'Académie de droit international

RDIE / ISDS – Règlement des différends entre investisseurs et État / Investor-State Dispute Settlement

RDUE – Revue de droit de l'Union européenne

Rec. – Recueil

RFDA – Revue française de droit administratif

RGDIP – Revue générale de droit international public

RIDE – Revue internationale de droit européen

RMC – Revue du marché commun

RMCUE – Revue du marché commun de l'Union européenne

RMUE – Revue du marché unique européen

RTD Eur - Revue Trimestrielle de Droit Européen

RUE – Revue de l'Union européenne

s. – suivant

SCC – Stockholm Chamber of Commerce

SFDI – Société française pour le droit international

spéc. – spécialement

TBI / BIT – Traité bilatéral d'investissement / Bilateral investment treaty

TCE – Traité instituant la Communauté européenne

TCEE – Traité instituant la Communauté économique européenne

TDM – Transnational Dispute Management

TFUE – Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

TJE / FET – Traitement juste et équitable / Fair and equitable treatment

TN – Traitement national

TNPF – Traitement de la nation la plus favorisée

TPICE – Tribunal de première instance des communautés européennes

TPP – TransPacific Partnership

Traité CE/ EC Treaty – Traité sur la Charte de l'énergie / European Charter Treaty

Traité FCN / FCN Treaty – Traité d'Amitié, de commerce et de navigation

Trib. UE – Tribunal de l'Union européenne

TUE – Traité sur l'Union européenne

UE – Union européenne

Vol. – Volume

WIR - World Investment Report

YEL - Yearbook of European Law

SOMMAIRE

<u>PARTIE 1. LA LIBERALISATION DE L'INVESTISSEMENT ET LA DEFINITION DU CHAMP D'APPLICATION DU DROIT EUROPEEN DES INVESTISSEMENTS</u>	47
<i>CHAPITRE 1. Les difficultés d'appréhension d'une conception objective de l'investissement</i>	51
SECTION 1. L'investissement étranger, objet indirect de la réglementation interne	53
SECTION 2. Les insuffisances dans la construction d'une définition objective en externe	75
<i>CHAPITRE 2. La diversité des facteurs de rattachement de l'investissement étranger couvert</i>	99
SECTION 1. La volonté d'encadrement de l'investisseur étranger couvert	101
SECTION 2. L'affirmation d'une liberté d'investir facteur d'extension du champ d'application	143
<u>PARTIE 2. LE REGIME DE LA LIBERALISATION ET LES GARANTIES D'ADMISSION</u>	171
<i>CHAPITRE 1. La conception dynamique de la non-discrimination</i>	175
SECTION 1. Un principe de non-discrimination globalisant en droit interne	177
SECTION 2. La formulation traditionnelle de la non-discrimination dans les accords externes	191
<i>CHAPITRE 2. La relativité de la marge de manœuvre étatique en matière d'admission</i>	213
SECTION 1. La subsidiarité de la capacité réglementaire étatique en interne	215
SECTION 2. L'extension de la capacité réglementaire en externe	229
<u>PARTIE 3. LA REDEFINITION CONSECUTIVE DES NORMES DE TRAITEMENT ET DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ETRANGERS</u>	253
<i>CHAPITRE 1. La redéfinition aux fins d'encadrement des normes de traitement</i>	257
SECTION 1. Un encadrement précurseur du traitement juste et équitable dans les accords externes	259
SECTION 2. L'équilibre contextuel des normes de traitement de l'investissement en interne	293
<i>CHAPITRE 2. Le renouveau de la protection de la propriété</i>	333
SECTION 1. Un rééquilibrage des intérêts dans l'expropriation en externe	337
SECTION 2. L'ambivalence De La Protection De La Propriété En Interne	361

« Si nous voulons que tout reste tel que c'est, il faut que tout change. »

Giuseppe Tomasi di Lampedusa, *Le guépard*, 1958, éd. Points, 2006, p. 14

INTRODUCTION

« ... ce qui semblait à un moment donné réglementé par le droit international général relève désormais du champ d'application de régimes spécialisés comme le “droit commercial”, le “droit des droits de l'homme”, le “droit de l'environnement”, le “droit de la mer”, “le droit européen”, voire d'un savoir hors du commun et hautement spécialisé comme le “droit des investissements”, ou le “droit international des réfugiés”, etc., dont chacun possède ses propres principes et institutions.

Le problème, de l'avis de juristes, tient à ce que l'élaboration d'un droit et la création d'institutions aussi spécialisées tendent plus ou moins à méconnaître l'activité législative et institutionnelle qui se déploie dans des domaines voisins et les pratiques et principes généraux de droit international. D'où des conflits entre règles ou ensembles de règles, des pratiques institutionnelles divergentes, voire même la perte d'une perspective globale du droit. »¹

1. Difficile à identifier, la notion de fragmentation se diffuse dans tous les champs académiques². Le droit n'y échappe pas et encore moins le droit international en raison des ses caractéristiques intrinsèques³. Plus précisément, il semble que ce sont les enjeux autour de sa légitimité et de son développement en tant que système normatif cohérent qui ont impliqué un degré d'émotion plus important lorsqu'il s'agissait d'évoquer son éventuelle fragmentation. Dans une quête perpétuelle d'affirmation et de légitimité face aux souverainetés étatiques, tout développement, toute transformation du droit international, au-delà des domaines techniques et des acteurs westphaliens classiques, suscitait un flot d'interrogations. Déjà en 1931, l'internationaliste Maurice BOURQUIN constatait, dans son Cours général à l'Académie de Droit international de La Haye que c'était « devenu une banalité que de dire que le droit international est en pleine transformation »⁴. En 1971, c'était au tour du sociologue des systèmes sociaux Niklas LUHMANN d'émettre une prédiction sur le devenir du droit international — ou mondial — en proie au phénomène de fragmentation. À l'occasion de l'élaboration de son concept de « société-

¹ COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, Rapporteur spécial KOSKENNIEMIE M., Rapport du Groupe d'étude du 13 avril 2006, « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », A/CN.4/ L.682, p. 11-12.

² DURAND-JAMIS K., « Propos introductifs : la polarisation de la notion de fragmentation, entre unité et diversité du droit », La Revue des droits de l'homme, 2019, 15, p. 1, en ligne depuis le 13 January 2019, consulté le 20 octobre 2022, URL : <http://journals.openedition.org/revdh/5917> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.5917>

³ Pour une étude récente, v. MARTINEAU A-C., Le débat sur la fragmentation du Droit international : une analyse critique, Bruylant, 2015, 584 p.

⁴ BOURQUIN M., « Règles générales du droit de la paix (Cours général) », RCADI, t. 35, 1931, p. 5.

monde », il a émis l'hypothèse que le droit mondial expérimenterait une fragmentation substantielle, dépassant le cadre géographique pour abonder vers des lignes sectorielles et sociales. Une telle fragmentation, qui se produirait à l'occasion du franchissement de l'ordre étatique au profit d'une société mondialisée, serait induite selon LUHMAN, par un dépassement des structures normatives classiques — politique, morale, droit — au profit de structures cognitives — économie, science, technologie, *etc*⁵.

2. Le constat est qu'à la fin des années 1990, il était impossible de ne pas se rendre compte de la prolifération de divers instances et mécanismes indépendants de résolution des différends susceptibles de rendre des décisions définitives et qui, tout en agissant dans la sphère de la société internationale, ont une compétence sectorielle étroite⁶. À titre d'exemple, on peut notamment citer la Cour internationale de Justice (CIJ), l'organe de règlement des différends (ORD) de l'Organisation mondiale du Commerce (OMC), les tribunaux arbitraux — *ad hoc* ou sous l'égide d'instances telles que le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ou encore la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Remarquons que les instances précitées sont toutes, de par leurs compétences respectives, susceptibles de traiter, *mutatis mutandis*, du même type de fait économique⁷.

3. En ce sens, ce phénomène, corrélé à une expansion normative, a toujours suscité chez une certaine partie des internationalistes des craintes à l'égard de ce qu'ils considèrent comme une

⁵ LUHMANN N., « Die Weltgesellschaft », Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, 57, 1971 p. 21, réédité in Soziologische Aufklärung, vol. 2 : Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft, 51, 1986, p. 63 et cité par FISCHER-LESCANO A., TEUBNER G., « Collisions de régimes : la recherche vaine de l'unité juridique face à la fragmentation du droit mondial », RIDE, 2013/1-2 ((t. XXVII)), p. 188. Cette interdépendance sectorielle annonçait inévitablement pour le professeur Gunter TEUBNER un droit des conflits intersystémiques : TEUBNER G., *Law as an Autopoietic System*, Blackwell, 1993, p. 100.

⁶ ABI-SAAB G., « Fragmentation or Unification : Some Concluding Remarks », NYUJILP, 31, 1999, p. 923. 1. On identifiait alors plus de 125 institutions internationales. V. en ce sens le Projet relatif aux cours et tribunaux internationaux : <http://www.pict-pcti.org>; https://elaw.org/system/files/intl%20tribunals%20synoptic_chart2.pdf.

⁷ L'art. 36 du Statut de la CIJ lui octroie une compétence générale ; l'Art. 1 du Mémoire d'Accord sur les Règles et Procédures Régissant le Règlement des Différends (MARD) de l'OMC donne à l'ORD une compétence pour interpréter et appliquer les différents accords de l'OMC ; l'art. 25 de la Convention de Washington instituant le CIRDI (Conv. CIRDI) établit la compétence du CIRDI à l'égard des différends en relation directe avec un investissement ; la CJUE est compétente pour connaître de tous les recours visant à sanctionner l'interprétation et l'application des dispositions du droit primaire et dérivé de l'UE (art. 263 et s. TFUE).

relativité normative « pathologique »⁸. Les risques généralement mis en avant concernent les télescopes, incohérences et conflits entre décisions et normes⁹.

4. Nonobstant, il peut être postulé que les effacements induits par l'évocation de cette notion de fragmentation dans le domaine du droit international procèdent d'un certain réductionnisme. Ce réductionnisme tiendrait à la difficulté de se défaire de la conception traditionnelle — développée dans le cadre des États-nations — de l'ordre juridique en tant que système centralisé et hiérarchisé. Autrement dit, l'origine de telles réactions serait à rechercher dans les difficultés à conceptualiser la société internationale en tant qu'ordre juridique, en raison de l'absence, entre autres, de véritable hiérarchie des normes et de hiérarchie juridictionnelle ou encore de la structuration spécifique de ses normes, de ses sujets et acteurs¹⁰. Le professeur Joost PAUWELYN, prenant acte de l'accroissement des interdépendances entre États et entre domaines du droit — favorisées par le passage d'un droit international de la coexistence à un droit international de la coopération — note une augmentation corrélative des conflits normatifs. En se basant sur l'exemple du droit international économique, il affirme que ces conflits — qui trouvent également leur source dans la nature du droit international et l'absence d'autorités centralisées — nécessitent une approche horizontale, et non pyramidale, du conflit de normes¹¹. Dans le même ordre d'idée, certains affirment qu'on serait dans une hypothèse de conflit de lois ou plutôt de conflit de traités¹²,

⁸ WEIL P., « Vers une normativité relative en droit international ? », RGDIP. 1982, p. 5.

⁹ L'ex. le plus marquant est l'opposition entre le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et la CIJ au sujet des conditions d'engagement de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite commis par des acteurs non étatiques. V. en ce sens TPIY, jugement, 15 juillet 1999, *Procureur c. Dusko Tadic*, aff. n° IT-94-1-A, pts. 115-145 et CIJ, arrêt, 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. USA), 1986 I.C.J. 14, 62, pts. 109-116. Alors président de la CIJ, Gilbert GUILLAUME, dans le prolongement d'autres présidents, proposait, face à ces risques, de doter la CIJ d'une possibilité d'émettre des avis aux autres juridictions : GUILLAUME G., « The Future of International Judicial Institutions », 44 Int'l & Comp. LQ, 44, 1995, pp. 861-862.

¹⁰ VOIGT C. (2009), *Sustainable Development as a Principle of international Law*, Chap. 7 « Fragmentation Of International Law: The Origin Of Normative Conflicts », 2009, Martinus Nijhoff, pp. 195 et s. ; ANDENAS M. « Reassertion and transformation of international law », in ANDENAS M., BJORGE E. (dirs.), *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law*, Studies on International Courts and Tribunals, CUP, 2015, pp. 536-569; HAFNER G., 'Risks Ensuing from Fragmentation of International Law', in AG ONU, *Report Of The International Law Commission On Its 52nd Session*, U.N. GAOR, 55th Sess., U.N. Doc. A/55/10, 2002, p. 325.

¹¹ PAUWELYN P., *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge, CUP, 2003, pp. 17 et 93; PAUWELYN J., « Bringing Fragmentation and Unity: International Law as A Universe of Inter-Connected Islands », Mich. J. Int'l L., 2004, vol. 24, 5, pp. 903-916.

¹² JENKS C. W., 'The conflict of law-making treaties', BYIL, 1953, vol. 30, p. 403. L'auteur suggère que, parmi les sources de ces conflits, on retrouve l'absence de législateur commun.

qui invite à rechercher des solutions dans les mécanismes de résolution des conflits issus du droit international privé.

5. *A priori*, l'explication à de telles conclusions, confinant la gestion du vide laissé par l'expansion du droit international à une approche conflictualise — dépassé selon la professeure Horatia MUIR WATT¹³ — reposerait sur le caractère insaisissable de la notion de fragmentation. C'est probablement de ce constat que le professeur Alain PELLET en est venu à se demander s'il s'agissait réellement d'un concept¹⁴.

6. Les premières occurrences du terme remontent, dans la langue française, à 1840 où il était employé comme synonyme de division¹⁵. Rien d'étonnant en ce sens que, dans le langage juridique, le terme baigne majoritairement dans un cadre général caractérisé par la conflictualité et le risque de perte d'unité du droit international. En tout état de cause, ce sens étroit donné au terme ne permet pas de mettre en évidence les deux sens de la fragmentation. Il peut renvoyer à un processus

¹³ MUIR WATT H., 'Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale', RIDE, 2013, 1-2, pp. 64-65. L'auteur fait le constat suivant : « L'absence du droit international privé à l'appel de la gouvernance globale est d'autant plus saisissante que les carences identifiées au sein de celle-ci [...] sont perçues comme étant liées à deux phénomènes qui sont depuis tous les temps l'objet même de cette discipline, à savoir, d'une part, la fragmentation du droit global d'autre part, l'essor de l'activité économique privée "désencastrée" (par rapport à la régulation étatique locale et par rapport à l'économie réelle). En effet, chargé, en premier lieu, de gérer le pluralisme des droits, le droit international privé se compose d'une technologie d'articulation et de connexion destinée à répondre au risque de contradictions et d'inconsistances lié à la multiplicité des droits. Par ailleurs, dédié, en second lieu, depuis la naissance du droit international moderne, aux rapports entre particuliers ou entités de droit privé, soigneusement distinguées des États souverains, le droit international privé possède un arsenal propre des outils de régulation des premiers en fonction de considérations, de valeurs et d'objectifs qui en font une source de savoir distincte. Mais au lieu de faire valoir ce double titre à combler les vides laissés par le droit international public en crise, il déclare forfait devant des configurations de conflits de normes qui n'opposent pas des droits nationaux étatiques, contribuant ainsi très peu au débat contemporain sur la fragmentation du droit et ne proposant aucune solution à la désarticulation de l'ordre global. Au surplus, il laisse se déployer transnationalement, sans réagir, les multinationales, les agences de notation, les fabricants de standards, les arbitres et diverses autres entités privées exerçant un pouvoir — dont il ne s'agit aucunement au demeurant de nier l'utilité, mais de souligner la nécessité de les canaliser et de les discipliner, au nom d'une justice de l'ordre international. »

¹⁴ PELLET A., « Notes sur la "fragmentation" du droit international » : Droit des investissements internationaux et droits de l'homme », in DUPUY P.-M., ALLAND D., CHETAIL V., FROUVILLE O., VIÑUALES J.E., *Unité et diversité du droit international : écrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Martinus Nijhoff, p. 757. L'auteur se demande si la notion ne serait pas juste un mot chic à même de se prêter à la tâche ardue de qualification de phénomènes insaisissables. Entre le concept et le mot valise, le professeur Pierre-Marie DUPUY y voyait l'expression de régimes *sui generis* DUPUY P.-M., « L'unité de l'ordre juridique international (Cours général) », RCADI, 2002, vol. 297, pp. 90 et 436.

¹⁵ LEROUX P., De l'humanité, de son principe et de son avenir : où se trouve exposée la vraie définition de la religion, et où l'on explique le sens, la suite et l'enchaînement du mosaïsme et du christianisme, Perrotin, 1840, T. 1, p. 176 : « On n'a pas vu que le despotisme dans la famille, dans la cité, dans la propriété, était corrélatif à la fragmentation du genre humain (...) que le mal, donc, qui résultait de la famille, de la cité, de la propriété, provenait de cette fragmentation ou division du genre humain ».

— le morcellement d'un droit en l'occurrence — et à un résultat — un droit parcellaire. Partant de là, il est possible de mieux comprendre les confusions qu'engendre l'usage du terme. En niant le premier sens, les auteurs considèrent que l'unité du droit international est menacée en raison de son éparpillement exponentiel en une multitude de régimes spécialisés ou régionalisés. Effectivement, les deux sens sont exclusifs, le droit international ne peut se diviser s'il est déjà divisé, et inversement. L'affirmation de la fragmentation du droit international, dans sa dimension dynamique, a ainsi l'avantage de poser le postulat que le droit international est un droit unifié révélateur d'un système juridique cohérent¹⁶. Est ainsi mise à jour la fonction argumentative du langage juridique qui ici tend à poser, au travers d'une définition stipulative de l'ordre juridique, la juridicité du droit international¹⁷.

7. Cette fonction argumentative explique qu'il a également été défendu une autre vision de la fragmentation, à côté de celle conflictualiste et négative. Cette vision considère la fragmentation, en termes de spécialisation du droit international, de manière positive. La diversification du droit international est ainsi encouragée dans une perspective de perfectionnement de la matière, d'intégration et d'affirmation face aux Etats. Le droit de la coopération est alors mis en œuvre dans des structures normatives et institutionnelles spécialisées à même de s'adapter aux différentes réalités territoriales, personnelles et matérielles¹⁸, ce qui favoriserait son acceptation et son effectivité¹⁹.

8. C'est dans une volonté de mise en exergue des ambiguïtés conceptuelles et politiques que recèle la notion de fragmentation du droit international que le professeur PELLET a émis un doute sur son existence. L'auteur s'étonne notamment du paradoxe qu'il y a à parler de fragmentation

¹⁶ MARTINEAU A-C., « Une analyse critique du débat sur la fragmentation du droit international », thèse de doctorat, Droit, Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2013, pp. 20 et s. disponible sur <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01259489>. C'est ce postulat qui a été adopté par la CDI : COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, Rapporteur spécial KOSKENNIEMIE M., « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », *op. cit.* not. pp. 107 et s.

¹⁷ HALPERIN J-L., « L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationaliste du XIXe siècle », *Droits*, 2001, 33, p. 48 ; KENNEDY D., « When Renewal Repeats: Thinking Against the Box », *NYUJILP*, 2000, 32, 2, p. 347.

¹⁸ DUPUY R-J., « Communauté internationale et disparités de développement (Cours général) », *RCADI*, 1979, p. 125.

¹⁹ HAFNER G., « Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law », *Mich. J. Int'l L.*, 2004, 25, p. 851; PELLET A., « Notes sur la "fragmentation" du droit international »... » *op. cit.*, p. 758.

dans un droit mondial où tous les acteurs et sujets sont encadrés par des règles uniformes²⁰. La fragmentation serait ainsi la conséquence de la mondialisation.

9. La mondialisation est principalement un phénomène économique complexe qui se déploie en trois phases²¹. La première phase de « l'économie internationale » avait pour objet l'intensification des échanges de biens et de services sous l'égide des États-nations. La deuxième phase, de « l'économie multinationale », a mis en avant l'investissement direct étranger afin de favoriser, au-delà des biens et des services, une mobilité des facteurs de production. La troisième phase, mise en œuvre à partir des années 1980, implique une dimension financière où les acteurs, positionnés en « investisseurs institutionnels » recherchent la plus grande rentabilité qui suppose l'abolition de toute contrainte, notamment normative. François OST et Michel VAN DE KERCHOVE résument la mondialisation économique issue de ces trois phases en ces termes :

[...] un marché, en voie d'unification, par la création d'une seule zone planétaire, de production et d'échanges ; de firmes mondialisées, gérant tantôt avec, tantôt contre les États concernés, ce système de production et de commercialisation, une logique financière de rentabilité la plus rapide possible, expliquant en dernier ressort le mouvement de ce flux²².

10. Les investissements internationaux ou étrangers, activités transnationales, peuvent être considérés comme les premiers fondements de cette mondialisation économique. En tant qu'outils de gestion des moyens de production à l'échelle internationale, ils servent en même temps l'affirmation du capitalisme par-delà les frontières et la promotion de la politique économique de l'État (libéral) dans une société d'interdépendances²³. Transnationale par nature, l'activité d'investissement étranger induit inéluctablement un dépassement des frontières étatiques au profit d'une société mondialisée soutenue par une structure cognitive²⁴. De la sorte, la question de la

²⁰ *Ibid.* pp. 758-759.

²¹ Cf. MICHALET C-A, « Les métamorphoses de la mondialisation, une approche économique », in LOQUIN E, KESSEDJIAN C. (dirs.), *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, pp. 11 et s.

²² OST F., VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses de l'Université Saint-Louis, 2010, pp. 159-160.

²³ PIGEON N., *La mise en œuvre de la compétence européenne en matière d'investissements internationaux*, thèse de doctorat, Droit, Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2018, pp. 13-19, not. pp. 13-14.

²⁴ ARES M. et BOULANGER E., « Le régime international de l'investissement : où en sommes-nous ? » in ARES

M. et BOULANGER E. (dirs.), *L'investissement et la nouvelle économie mondiale : Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales*, Bruylant, 2012, pp. 1-38, not. p. 1. Les auteurs confirment qu'en raison « de la transnationalisation des

réglementation internationale de l'investissement, au travers du développement exponentiel du droit international des investissements étrangers, est pleinement ancrée dans le débat sur la fragmentation du droit international²⁵. Au-delà des rapports avec le droit international général, le droit international des investissements, droit à la croisée des chemins²⁶, a su occuper la doctrine qui tentait de l'identifier au travers de ses interactions avec d'autres matières du droit international²⁷.

11. De même, l'Union européenne (UE ou Union), en tant qu'organisation régionale d'intégration économique, participe à l'approfondissement de la mondialisation économique telle que précédemment définie. Le marché intérieur concrétise, à l'échelle régionale, l'aboutissement selon François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, de l'intégration des trois phases de cette mondialisation. Effectivement, l'UE, de par son objet, connaît nécessairement l'investissement, dans le cadre du marché intérieur²⁸. Depuis les années 1990, les stocks d'investissements directs étrangers (IDE) détenus dans l'Union et ceux contrôlés par des investisseurs étrangers en dehors de l'UE ne cessent d'augmenter, faisant de l'UE un pôle majeur de l'« intégration économique transnationale »²⁹. Une telle identité cognitive rapproche par conséquent le droit international des

entreprises et l'organisation de la production en réseaux globaux, les [investissements étrangers directs] sont l'une des facettes les plus visibles de la mondialisation »

²⁵ COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, Rapporteur spécial KOSKENNIEMIE M., « Fragmentation du droit international ... », *op. cit.*, pp. 11 et s. ; PELLET A., « Notes sur la "fragmentation" du droit international » : Droit des investissements internationaux et droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 757-784 ; STERN B., « Préface », in ROBERT-CUENDET S. (dir.), *Droit des investissements internationaux, perspectives croisées*, Bruylant, 2017, pp. 5-8 ; DANIC O., *Droit international des investissements, droit de l'homme, droit de l'environnement*, in LEBEN C., *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, 2015, PP. 531 et s.

²⁶ SUDEBI S.P., *International investment law, Reconciling policy and principle*, Hart, 2008, p. 154.

²⁷ Par ex., et au-delà de ceux déjà cités, v. DUPUY P.-M., PETERSMANN E.-U, FRANCONI F. (dirs.), *Human Rights in international Investment, Law and Arbitration*, OUP, 2009, 646 p. et en particulier la contribution de DUPUY P.-M., *Unification rather than fragmentation of international law ? The case of international investment law and human rights law*, pp. 45-62 ; LEAL-ARCAS R., *International trade and investment law - Multilateral, regional and bilateral governance*, Edward Elgard, 2011, 360 p. ; ROBERT-CUENDET S., *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement : contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Martinus Nijhoff, 2010, spéc. Pp. 22-89.

²⁸ L'UE est depuis de longue date le premier acteur mondial en matière d'investissements étrangers. Cf. CNUCED, *World Investment Report – International tax reforms and sustainable investment*, 2022, United Nations, pp. 7 et s.

²⁹ PIGEON N., *La mise en œuvre de la compétence européenne en matière d'investissements internationaux*, », *op. cit.*, pp. 16 et s. En 2020, l'UE comptabilisait en entrée nette 274,4 milliards de dollars américains d'IDE (contre 64,51 milliards en 1990 et 26,56 milliards pour les États-Unis d'Amérique (USA) en 2020. En sortie nette, en 2020, l'UE était à 86,5 milliards de dollars américains (111 milliards en 1990) contre 50,17 milliards pour les USA. Il faut observer que ces chiffres ont connu d'importantes baisses en raison des différentes crises économiques, financières, sanitaires (pandémie du Covid-19) et géopolitiques (guerre en Ukraine). Toutes ces données sont disponibles sur le portail Investment Policy Hub de la CNUCED (<https://investmentpolicy.unctad.org/>), le site de la Banque Mondiale

investissements étrangers et le droit de l'UE, qui lui appréhende l'investissement étranger en tant que fait économique. De la sorte, si le droit de l'UE, principalement à vocation économique, était dès son élaboration susceptible d'engendrer des analyses en termes de fragmentation à l'égard du droit international international général puis économique³⁰, il faut également considérer les rapports entre le droit de l'UE et le droit international des investissements.

12. Jusqu'à ce jour, l'étude des rapports entre le droit de l'Union et le droit international des investissements étrangers n'a pas fait l'objet de longs développements, principalement en raison des différences apparentes qui laissaient supposer une absence d'interaction. Les récents développements juridiques sur l'investissement étranger en droit de l'Union, et l'avènement de ce qui s'apparenterait à un droit de l'Union européenne des investissements étrangers a fondamentalement changé la donne. Ce droit européen des investissements étrangers³¹, parce qu'il constitue un approfondissement progressif, par une « *hyperspécialisation* »³² dans des sous-ensembles juridiques complexes du droit international, mérite d'être analysé à l'aune du phénomène de « *fragmentation* ». L'approfondissement d'une telle matière soulève nécessairement des interrogations en termes de rapports de systèmes. L'existence de ce droit européen des investissements constitue la première interrogation. Juste derrière surgit la question de la détermination de sa nature et de ses caractéristiques à l'égard du droit international des investissements étrangers. Ces interrogations, qui constituent l'objet de cette recherche, permettront de tenter d'émettre des conclusions à propos de ce droit et des différentes perceptions, positives ou négatives, du phénomène de fragmentation.

13. Pour initier la recherche sur la détermination des aspects matériels du droit européen des investissements étrangers, il convient dans un premier temps de s'attarder, au travers de définitions objectives, sur les divergences initiales entre le droit de l'UE et le droit international des investissements (§1). Ceci permettra de mettre en exergue l'intérêt renouvelé de cette étude, au regard de la convergence récente entre les deux ensembles (§2), avant d'en présenter la démarche retenue (§3).

(<https://donnees.banquemondiale.org/>) ou encore de l'OCDE (<https://data.oecd.org/fr/>). Dernière consultation le 5 novembre 2022.

³⁰ JOURDAIN-FORTIER C., MICKLITZ H-W, « La transformation du droit international économique », RDIE, 2012, 2, p. 128 et s. ; KOSKENNIEMI M. ; LEINO P., « Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties », Leiden J. Int'l L, 2002. Pp. 553-561.

³¹ Dans le cadre de cette étude, il convient par commodité de considérer l'expression « droit européen des investissements étrangers » comme renvoyant au seul Droit de l'Union européenne.

³² POULAIN B., « Quelques interrogations sur le statut des Traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union européenne », RGDIP, 2007, p. 803.

§1. L'ignorance de deux fragments : la coexistence d'un droit de la protection et d'un droit de la libéralisation

14. Dans son acceptation la plus simple, l'investissement comme « placement, emploi de fonds, plus précisément, action d'engager des capitaux dans une entreprise en vue d'un profit à long terme et résultat de cette action »³³ intègre deux réalités. Il constitue tout à la fois un flux et un stock d'actifs. Dans le cadre international, la réglementation de l'investissement étranger, réalisé par-delà une frontière nationale, suit deux schémas. D'une part, il s'agit d'assurer les possibilités de placement à l'étranger en garantissant les conditions de circulation des flux et, d'autre part, il importe de protéger les fonds engagés. Si l'enjeu est *in fine* le même, à savoir la pleine réalisation de l'investissement, ces deux réalités permettent de mettre en évidence l'existence d'un contraste entre la rationalité du droit international de l'investissement et celle inhérente à l'intégration européenne³⁴. Cette dissonance a par ailleurs nourri des différences structurelles, en termes de développement et de formulation des deux ensembles, qui ont permis de présupposer un état d'« ignorance mutuelle »³⁵.

15. Ce postulat permet ainsi de distinguer d'une part le droit international de l'investissement étranger en tant que fragment simple porté vers la protection de l'investissement international (A) face au fragment complexe tourné vers la libéralisation des facteurs de production qu'est le droit de l'UE (B).

A. Le droit international des investissements étrangers, un « fragment simple »³⁶ porté vers la protection de l'investissement étranger

16. Un constat s'impose dans cette tentative de définition. En dépit de l'ancienneté de la matière et de l'abondante littérature à ce sujet, il est difficile de dégager une définition précise du droit international des investissements internationaux. Il est possible d'émettre une hypothèse à ce sujet : les nombreuses controverses et critiques autour de la portée de ce droit pourraient être à

³³ CORNU G., ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2013, p. 572

³⁴ KASPIAROVICH Y., L'UE et la protection des investissements internationaux, Une complexe articulation entre confiance mutuelle et réciprocité, Schulthess Éditions Romandes, 2022, p. 17.

³⁵ LEBEN C., « Introduction », in KESSEDJIAN K., LEBEN C. (dirs.), *Le Droit européen et l'investissement*, Éditions Panthéon Assas, 2009, p. 15.

³⁶ POULAIN B., « Quelques interrogations sur le statut des Traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 806.

l'origine de cette absence remarquée de définition consensuelle. Cela n'empêche pas de prendre en considération les développements conventionnels et jurisprudentiels pour en tirer certains traits caractéristiques. Ce droit semble se distinguer par ses sources — les accords de promotion et de protection des investissements — essentiellement bilatérales. Il a pour objet exclusif la protection de l'investissement, assurée autour de quelques standards de garantie de traitement et de protection de l'investissement. Ces garanties mettent en exergue les marqueurs idéologiques qui se déploient dans la matière³⁷. De ces éléments, il est possible d'avancer que le droit international des investissements trouve ses racines dans une défiance à l'égard du système normatif de l'Etat d'accueil (1) qui implique dans une perspective bilatérale la négociation d'un accord de protection avec l'Etat d'accueil (2).

1. La défiance comme fondement du Droit international de l'investissement

17. L'origine du droit international des investissements étrangers tel qu'il se déploie aujourd'hui au travers des quelques 3 300 accords internationaux d'investissements (AII)³⁸ est souvent rattaché au premier Traité bilatéral d'investissement (TBI) conclu en 1959 entre l'Allemagne et le Pakistan³⁹, dont le contenu s'inspirait fortement des Traités d'amitié, de commerce et de navigation (FCN pour *friendship, commerce and navigation*) des Etats unis d'Amérique (USA) conclus à partir des années 1940⁴⁰. Si ce TBI est largement considéré comme le véritable acte fondateur de la matière, étant entendu que c'est la forme la plus usitée parmi les AII⁴¹, il est constant que le postulat de base du droit international des investissements permette d'aller au-delà et d'affirmer que son existence

³⁷ ROBERT-CUENDET S. (dir.), *Droit des investissements internationaux, perspectives croisées*, Bruylant, 2017, p. 23.

³⁸ CNUCED, *ILA Issues Note, The International investment regime and climate action*, United Nations, septembre 2022, Issue 3, p. 2. Pour les données à jour, v. le moteur de recherche des AII du portail de la CNUCED sur les investissements étrangers : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

³⁹ Traité entre la République Fédérale d'Allemagne et le Pakistan tendant à encourager et à protéger les investissements signés à Bonn le 25 novembre 1959 (entré en vigueur le 28 mars 1962), Nations-Unies, Rec. des Traités, 1963, 6575, p. 47-57 [Traduction des Nations-Unies]. Le Traité est en vigueur alors que le Pakistan a décidé en 2021 de résilier une vingtaine de TBI en vigueur et de ne pas ratifier une quinzaine (sur la cinquantaine conclus) : IISD, *Le Pakistan résilie 23 TBI*, octobre 2021, disponible sur <https://www.iisd.org/itn/fr/2021/10/07/pakistan-terminates-23-bits/>.

⁴⁰ Traité FCN Between The United States of America and the Italian Republic, signé à Rome le 2 février 1948 (en vigueur depuis le 26 juillet 1949), disponible sur <https://jusmundi.com/fr/document/treaty>.

⁴¹ CARREAU D., JUILLIARD P., BISMUTH R., HAMANN A., *Droit international économique*, Dalloz, 2017, 6e éd., pp. 540 et s.

s'enracine dans les fondements mêmes du droit international⁴². C'est ainsi qu'il faut considérer le droit international de l'investissement comme un prolongement, ou une expansion, dans un domaine spécifique, du droit de la condition des étrangers. Ce dernier s'est construit autour de l'idée de la nécessité en tout temps pour les Nations d'accorder aux étrangers, puis à leurs biens, une certaine protection⁴³. L'idée d'une protection de la propriété de l'étranger, au-delà du cadre normatif de l'Etat d'accueil, est ancienne⁴⁴. Une volonté d'extraction de l'ordre juridique national repose nécessairement sur le postulat d'une défaillance de principe de cet ordre. De nombreux auteurs ont mis en évidence que, dans le cadre des Traités FCN, cette nécessité d'extraction ne s'imposait pas lorsque les Etats parties se considéraient comme égaux⁴⁵. C'est ce constat qui permet d'affirmer que le droit international de l'investissement, par l'extraction normative et procédurale qu'il impose, est un droit qui contient en ses germes l'idée d'une défiance à l'égard du système étranger. À cet égard, il n'est pas anodin de rappeler l'existence du système des capitulations mis en place à partir du XVe siècle par les puissances européennes dans leurs rapports avec les empires byzantin et ottoman. Ce système « *paracolonial* »⁴⁶ — dont les liens avec le standard minimum de traitement du droit international et les garanties du droit des investissements ne sont pas discutés — extrayait les étrangers de la compétence du droit et des autorités locales, « réputé [s] insuffisamment développé [s] »⁴⁷ au profit d'un régime dérogatoire⁴⁸. Dans le contexte colonial, les

⁴² NANTEUIL A., *Droit international de l'Investissement*, Pedone, 2017, 2^e éd., p. 13.

⁴³ VATTEL (de) E., *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1758, T. 1, rééd. Rey & Gravier, 1820, para. 104. Cité par NANTEUIL A., *Droit international de l'Investissement*, op. cit. p. 13.

⁴⁴ DOLZER R., SCHREUER C., *Principles of International Investment Law*, OUP, 2e éd., 2012, p. 11.

⁴⁵ V. art. 23, 2) traité FCN du 25 novembre 1850 entre les USA et la Suisse : « En cas de guerre ou d'expropriation pour cause d'utilité publique, les citoyens de l'un des deux pays résidants ou établis dans l'autre seront assimilés aux citoyens du pays où ils résident, en ce qui concerne les indemnités pour les dommages qu'ils auront éprouvés ». Cité par KASPIAROVICH Y., *L'UE et la protection des investissements internationaux, Une complexe articulation entre confiance mutuelle et réciprocité*, op. cit. p. 28. V. égal. DOLZER R., SCHREUER C., *Principles of International Investment Law*, op. cit., p. 1–22.

⁴⁶ BECKERT S., *Empire of Cotton: A New History of Global Capitalism*, Penguin, 2015, 615 p., not. pp. 20-27 ;

⁴⁷ NANTEUIL A., *Droit international de l'Investissement*, op. cit. p. 13.

⁴⁸ cf. LOUIS XVI, Ordonnance du Roi du 3 mars 1781 concernant les consulats, la résidence, le commerce et la navigation des sujets du Roi dans les Échelles du Levant et de Barbarie, Imprimerie Royal, disponible sur <https://gallica.bnf.fr/>. L'ordonnance contient un titre II « de la résidence & du commerce des français dans les Echelles du Levant et de Barbarie » ainsi qu'un chapitre « de la protection des français ». Le préambule indique que « la sureté des français établis dans les Echelles du Levant et de Barbarie, et les avantages du commerce qu'ils y font, dépendent essentiellement d'une protection toujours active, et d'une administration fondée sur des principes relatifs au Gouvernement du Grand Seigneur et des Princes de Barbarie, aux Traités faits avec ces puissances, aux mœurs et

puissances européennes ont reproduit ce schéma de défiance en imposant dans leurs « Traités » des normes et des mécanismes procéduraux étrangers sans recourir au droit international coutumier⁴⁹. Au demeurant, le procédé se justifiait par l'intégration du système colonisé⁵⁰.

18. Plus récemment, l'approfondissement du droit international des investissements s'est fait au travers de la volonté d'affirmation, dans les années 1980, d'un standard minimum de protection des étrangers, dans la pratique des États-Unis. En particulier, il s'agissait d'assurer une protection à ses ressortissants commerçant et investissant — notamment au travers de contrats d'Etats — dans les Etats sud-américains indépendants, étant entendu que les Etats africains et asiatiques étaient encore marqués par un régime colonial⁵¹. L'enjeu était d'élaborer des outils à même de garantir la pleine effectivité des investissements. Au-delà des garanties de traitement extérieures à l'Etat d'accueil, il importait d'assurer une protection autonome des Etats au moyen de mécanismes d'arbitrage international. L'idée étant que, dans l'hypothèse d'un traitement injuste ou discriminatoire, l'effectivité de la protection des investisseurs et de leurs biens passait nécessairement par une telle garantie procédurale⁵². Le résultat fut une promotion des standards développés dans le cadre colonial au rang de standard minimum de traitement et de protection du droit international coutumier⁵³ de sorte à pouvoir s'imposer en matière de réglementation de l'investissement⁵⁴. Une tentative de résistance des pays sud-américains fut amorcée, en vain, avec la doctrine *Calvo* qui tendait à affirmer la continuité et la pertinence du droit national sur les

usages de leur sujet. La convenance de ces rapports a décidé l'établissement des officiers de sa Majesté qui résident dans les échelles et les lois qui ont été donné successivement sur cette partie de l'administration. ». Dans sa définition, Jean-pierre Farganel explique que les avantages ainsi accordés étaient la conséquence de la menace constituée par les empires européens. Sur le système des capitulations et le droit international, v. CIJ, arrêt, 27 août 1952, *affaire des droits des ressortissants des Etats-unis au Maroc (France c. USA)*, Rec.p. 176.

⁴⁹ Cf. MILES K. *The origins of international investment Law, Empire Environment and the Safeguarding of Capital*, CUP, 2013, pp. 21-47, qui donne l'exemple des Traités asymétriques conclus entre les puissances européennes et la Chine.

⁵⁰ KASPIAROVICH Y., L'UE et la protection des investissements internationaux, Une complexe articulation entre confiance mutuelle et réciprocité, op. cit. pp. 29-30.

⁵¹ SORNARAJAH M., *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, CUP, 2015, pp. 32-35.

⁵² LINARELLI J., SALOMON M.E., SORNARAJAH M., *The Misery of International Law, Confrontations with Injustice in the Global Economy*, OUP, 2018, pp. 154-157.

⁵³ Sur le rôle de la Protection diplomatique dans le développement des standards de protections des investisseurs étrangers et de leur biens, v. SORNARAJAH M., *The international Law on Foreign Investment*, CUP, 2017, 4^e éd., pp. 22-24.

⁵⁴ VANDEVELDE K.J. « A brief History of International Investment Agreements Symposium », *UC Davis Journal of International Law & Policy*, 2005, 12, 1, pp. 157-192, disponible sur <https://papers.ssrn.com/>.

investisseurs étrangers⁵⁵. C'est l'ensemble de ce système qui constitue le cœur du droit international des investissements tel qu'on le connaît dans les AII contemporains et en particulier dans les TBI.

2. La protection comme objet d'un Droit bilatéral

19. Si le TBI signé entre l'Allemagne et le Pakistan en 1959 n'est pas le premier AII de l'histoire, il constitue le premier dont l'objet est exclusivement orienté vers la protection des investisseurs étrangers. L'analyse des TBI démontre que si leur contenu s'inspire fortement des Traités FCN, les rédacteurs ont été continuellement inspirés par les travaux de diverses institutions ou organisations internationales. C'est notamment le cas de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), en particulier avec le projet de convention sur la protection de la propriété étrangère⁵⁶. De cette conjonction, il est possible de mettre en évidence un corpus restreint de normes qui constituent le contenu traditionnel qu'on retrouve dans l'ensemble des TBI. Il est opportun de faire un rappel du contenu du droit international de l'investissement (a) avant d'expliquer sa structure bilatérale (b).

a. Des normes succinctes de protection de l'investissement

20. Communément, les accords débutent par une définition de leur champ d'application. Il est remarquable qu'eu égard à la particularité des rapports tripartites, la définition de ce champ s'inscrive essentiellement autour de la définition de la notion d'investissement étranger⁵⁷. En l'occurrence, il est constant qu'un investissement étranger est un investissement réalisé par un investisseur d'un Etat partie à l'accord sur le territoire de l'autre Etat partie⁵⁸. À quelques exceptions

⁵⁵ Elle se matérialisait notamment par des clauses insérées dans les contrats et prévoyant le recours aux juridictions nationales. Sur la doctrine *Calvo v. SHAN W.*, « From North-South Divide to Private-Public Debate : Revival of the Calvo Doctrine and the Changing Landscape in International Investment Law », *Northwestern Journal of international Law & Business*, 2007, 27, 3, p. 631 ; CREMADES B.M.; « The Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America », *TDM*, 2005, 5 article en ligne sur www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=592.

⁵⁶ OCDE, Draft convention on the protection of foreign property, 12 octobre 1967, ILM, [https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/39286571.pdf]; NANTEUIL A., *Droit international de l'Investissement*, *op. cit.* p. 46.

⁵⁷ Sur la définition des différents critères en général, v. SCHLEMMER E.C. « Investment, investor, Nationality and Shareholders », in MUCHLINSKI P., ORTINO F., SCHREUER C, *The Oxford Handbook of international Investment Law*, OUP, 2008, pp. 49-88.

⁵⁸ Cf. art. 1^{er} TBI Allemagne/Gabon signé le 28 juin 1970.

remarquables étaient remarquables et malgré une précision croissante des définitions, la pratique majoritaire met en exergue des définitions sommaires et ouvertes, en particulier de la notion d'investissement, dans une volonté d'élargir le champ matériel de la protection offerte⁵⁹. L'enjeu est en outre d'assurer une certaine flexibilité pour pouvoir intégrer toute forme d'investissement et ainsi être en mesure de s'adapter à l'évolution des techniques d'investissement⁶⁰.

21. Ces définitions larges sont immédiatement suivies d'un rappel de l'exclusion de toute garantie en matière d'admission et d'établissement des investissements, pour lesquels il était renvoyé au droit national⁶¹.

22. La protection substantielle accordée aux investissements et investisseurs admis par l'Eat d'accueil se résume à quatre clauses qui ne font pas l'objet de davantage de précision. Il est ainsi garanti à l'investissement, dans une formule type, « *un traitement juste et équitable, un traitement non moins favorable que celui accordé à un investisseur de la nation la plus favorisée, une sécurité pleine et entière et ainsi qu'une prompte et juste indemnité en cas d'expropriation* »⁶². En cas de manquement à ces garanties conventionnelles, une clause compromissaire offre à l'investisseur lésé la possibilité de saisir un tribunal arbitral indépendant — *ad hoc*, institutionnel ou encore au travers du CIRDI — dans un

⁵⁹ Art. 8 TBI Allemagne/Gabon : « Le terme “investissements” comprend toutes les catégories de biens, notamment, mais non exclusivement [les propriétés biens meubles et immeubles ; les droits de participation à des sociétés et autres sortes de participations ; les créances pécuniaires...]. »

⁶⁰ Cf. MUCHLINSKI P., *Multinational Enterprise and the Law*, OUP, 2007, 2^e ed., p. 676; SCHLEMMER E.C. 'Investment, investor, Nationality and Shareholders', in MUCHLINSKI P., ORTINO F., SCHREUER C., *The Oxford Handbook of International Investment Law*, OUP, 2008, pp. 49–88.

⁶¹ Art. 2 TBI France/Zambie, signé le 14 août 2002. « Chacune des Parties contractantes encourage et admet, dans le cadre de sa législation et des dispositions du présent Accord, les investissements effectués par les nationaux et sociétés de l'autre Partie sur son territoire et dans sa zone maritime. »

⁶² POULAIN B., « Quelques interrogations sur le statut des Traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union européenne », *op. cit.* p. 804. Les clauses de non-discrimination, entendues au travers de la clause du traitement national et de la clause du traitement de la nation la plus favorisée, de traitement juste et équitable, de pleine et entière protection ainsi que d'expropriation pouvaient en outre être complétées par d'autres clauses telles que celles garantissant le libre transfert des capitaux ou encore l'interdiction des prescriptions de résultat. V. GRIERSON-WEILLER T., LAIRD I., 'Standard of treatment', in MUCHLINSKI P., ORTINO F., SCHREUER C. (dirs.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, OUP, 2008, pp. 259–301; CREPET DAIGREMONT C., « Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international », in LEBEN C. (dirs.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : nouveaux développements*, LGDJ, 2006, pp. 107-162 ; PICHERAK J.R., « the expanding scope of the fair and equitable treatment standard : have recent tribunals gone too far ? », JWIT, 2008, 9, pp. 255–291 ; HIGGINS R., « The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law », RCADI, 1982, vol. 176, pp. 262-399 ; BASTID BURDEAU G., « La clause de protection et de sécurité pleine et entière », RGDIP, 2015, 1, pp. 87-101 ; BEN HAMIDA W., « La clause de libre transfert » RGDIP, 2015, 1, pp. 145-177 ; LATTY F. 'Discrete, mais envahissante : la clause de libre exploitation', RGDIP, 2015, 1, 179–195.

recours direct contre l'État hôte. Garantie procédurale innovante en droit international, cette dernière tend à s'imposer comme une des spécificités et des raisons d'être des TBI⁶³. Au demeurant, le contenu des TBI, et du droit international, est asymétrique, exclusivement orienté vers la protection de l'investisseur étranger. Les formulations retenues, autour de définitions et de standards rédigés en des termes généraux ainsi que les garanties procédurales ont eu pour unique objet d'assurer une protection effective aussi large que possible aux investisseurs et à leurs biens⁶⁴.

b. Un bilatéralisme révélateur des clivages

23. Fait remarquable dans ce droit international des investissements, celui-ci s'est développé en dehors de tout encadrement multilatéral (universel) en charge d'édicter un droit matériel unifié dont l'application et l'interprétation seraient centralisées au niveau d'organes désignés pour cela⁶⁵. Le développement exponentiel qu'a connu ce droit s'est réalisé exclusivement par une intensification de la négociation de TBI. En effet, selon le rapport de la CNUCED sur l'investissement, en 2011 on comptait 2833 TBI dans le monde⁶⁶ contre 2676 en 2008⁶⁷. À noter qu'un ralentissement, symptomatique des mouvements que subit la matière, est notable sur les dix dernières. Ainsi en 2022 on compte 2871 TBI⁶⁸.

24. Il est possible d'envisager que les raisons d'une telle absence de cadre multilatéral peuvent être regroupées autour des marqueurs idéologiques, caractérisés par la défiance, du droit international de l'investissement. Les fondements de ces droits asymétriques impliquaient nécessairement une divergence d'intérêts entre les pays exportateurs de capitaux et les pays importateurs de capitaux. Ces oppositions, mises en évidence dans le cadre de la doctrine *Calvo*, imprégnaient tout le droit de l'investissement des années 1970, alors en pleine expansion. Elles se sont en outre matérialisées dans le cadre du mouvement du Nouvel Ordre économique mondial (NOEM), initié par les États du tiers monde, dont l'enjeu était d'équilibrer le droit mondial à l'issue

⁶³ GAILLARD E., « *commentaire sous la sentence plama* », JDI, 2006, p. 286 ;

⁶⁴ SCHNEIDERMAN D., 'The paranoid style of investment lawyers and arbitrators : investment law norm entrepreneur and their critics', in LIM C.L., *Alternative visions of international law on foreign investment – Essays in honour of Muthucumaraswamy Sornarajah*, CUP, 2016, pp. 131–155.

⁶⁵ CARREAU D., JUILLIARD P., BISMUTH R., HAMANN A., *Droit international économique*, *op. cit.*, p. 558

⁶⁶ CNUCED, WIR 2012, Towards a new generation of investment policies, CNUCED, 2012, p. 84

⁶⁷ CNUCED, IIA Monitor, Recent developments in international investment agreements, CNUCED, 2009, 3, p. 5.

⁶⁸ CNUCED, IIA Issues Note, The International investment regime and climate action, *op. cit.*, p. 2

des mouvements de décolonisation. La manifestation de cette opposition dans le cadre du droit international de l'investissement a été perceptible au travers des mouvements de nationalisation des industries stratégiques détenues par des étrangers dans les Etats indépendants. La volonté d'une réforme du système économique international⁶⁹ a en outre été débattue dans l'enceinte de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations-Unies (AG ONU) où il s'est agi pour les pays du tiers monde — le Groupe des 77⁷⁰ — de revendiquer certaines garanties. En l'occurrence, la Résolution 1803 de l'AG ONU portant sur le principe de la « souveraineté permanente sur les ressources naturelles » rappelait, notamment en matière d'expropriation, la pertinence de principe du droit national — « en conformité avec le droit international » — et des voies de recours nationales qui « devront être épuisées » avant toute action internationale⁷¹.

25. Difficile dans cette situation de parvenir à la conclusion d'un quelconque accord multilatéral. Fait remarquable, c'est que la plupart des tentatives les plus significatives ont été initiées dans le cadre de l'OCDE, enceinte de discussion restreinte qui représente essentiellement les intérêts des pays développés exportateurs de capitaux⁷². Parmi les différentes tentatives, il faut noter celle de la Charte de La Havane dont le texte arrêté le 24 mars 1948 visait l'instauration d'une Organisation internationale du Commerce. Parmi les dispositions relatives à la protection de l'investissement, on retrouvait une prohibition des « mesures préjudiciables » « sans justification ou raison valable ». Toutefois, à côté de ces garanties de protection, la Charte prévoyait également des garanties pour les Etats en vue de protéger leur « affaire intérieure » et leur « politique nationale »⁷³. C'est cette marge de manœuvre accordée aux Etats, en contradiction avec le caractère unilatéral

⁶⁹ C'est la promotion d'un droit international du développement. Cf. MAHIOU A., « La déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international », General Assembly resolution 3201 (S-VI), 1^{er} mai 1974.

⁷⁰ SAUVANT K.P., « Le Groupe des 77 à ses débuts », Chroniques ONU, 2014, disponible en ligne sur <https://www.un.org/fr/chronicle/>. Pour une vision générale, v. SAUVANT K.P., *The Group of 77 : evolution, structure, organization*, Oceana, 198, 232 p.

⁷¹ AG ONU, Résolution 1803 (XVII), *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, 14 décembre 1962. Pour un aperçu des autres actes et des traductions juridiques du NOEI, v. LINARELLI J., SALOMON M.E., SORNARAJAH M., *The Misery of International Law*, op. cit. pp. 78-110.

⁷² NANTEUIL (de) A., *Droit international de l'investissement*, op. cit. p. 97.

⁷³ CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS-UNIES, Charte de la Havane instituant une Organisation internationale du commerce tel qu'arrêtée le 24 mars 1948 par la *Conférence internationale sur le commerce et l'emploi en vue de favoriser le développement de la production, des échanges et de la consommation des marchandises*, disponible sur <https://docs.wto.org/gattdocs/r/GG/SEC/53-41.PDF>. V. les art. 11, 1), b et 12, 1) de la Charte.

des TBI, qui a notamment poussé les États-Unis à rejeter la Charte⁷⁴. S'il n'est pas pertinent d'établir une liste exhaustive des diverses tentatives⁷⁵, celle de l'OCDE⁷⁶, et en particulier le projet avorté d'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) mérite l'attention. Les négociations, entamées en secret en 1995 ont suscité un certain nombre de réactions hostiles auprès de la société civile qui ont abouti à l'abandon du projet en 1998. Parmi les raisons qui peuvent être avancées, le premier concerne le choix de l'OCDE comme enceinte de négociation. Ce choix se reflétait notamment dans une extension des garanties de protection offertes à l'investisseur qui, en outre, devait se combiner à des garanties de libéralisation. C'est cette double approche qui en réalité a suscité des craintes chez certains Etats qui *de facto* perdaient une marge de manœuvre stratégique en matière d'admission des investissements, et ce dans un contexte général d'un droit des investissements asymétrique⁷⁷.

26. Au demeurant, son contenu et les oppositions idéologiques qui en découlaient ont fortement contribué l'expansion bilatérale de la matière. Ainsi dans sa structure, le droit international des investissements constitue, jusqu'à présent, un «*fragment simple*» de quelques principes et garanties qui permettait d'assurer une protection efficace de l'investisseur étranger, sans précédent en droit international. Ce «*fragment simple*» s'oppose ainsi au «*fragment devenu complexe*»⁷⁸ que constitue du droit de l'UE.

⁷⁴ Notamment sous la pression du milieu d'affaire américain. V. FATOUROS A.A., 'An international code to protect private Investment – proposals and perspectives', The University of Toronto Law Journal, 1961, 14, pp. 80–81.

⁷⁵ Pour une liste des différents projets v. SORNARAJAH M., The international Law on foreign Investment, op. cit. pp. 291-399. ; KAPIAROVICH Y., L'UE et la protection des investissements internationaux, op. cit. pp. 50-60.

⁷⁶ On peut citer projet de convention de l'OCDE sur la protection des investissements étrangers arrêtés par le CONSEIL DE L'OCDE le 12 octobre 1967. Même s'il prévoyait une certaine marge de manœuvre pour l'Etat, le projet n'a jamais reçu l'assentiment général en raison de l'étendue de la protection offerte aux investisseurs, similaire au TBI. Le texte est disponible sur <https://www.oecd.org/fr/>.

⁷⁷ Pour une analyse des raisons de l'échec de l'AMI, v. MUCHLINSKI P., ORTINO F., SCHREUER C., *The Oxford Handbook of international investment law*, op. cit. pp. 122-130 ainsi que les références citées.

⁷⁸ POULAIN B., « Quelques interrogations sur le statut des Traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union européenne », op. cit, p. 806.

B. Le Droit de l'Union européenne, un « fragment complexe »⁷⁹ porté vers la libéralisation de l'investissement étranger

27. La construction européenne procède d'un objectif clairement défini à savoir, la réalisation d'une union douanière assurant une paix perpétuelle sur un continent, jusque là, en proie aux guerres, aux velléités impérialistes et autres visions de nostalgie westphalienne d'une souveraineté absolue⁸⁰. La mise en exergue d'intérêts économiques communs permettait alors d'imposer une interdépendance entre des entités indépendantes dont les rapports se concevaient dans une perspective conflictuelle⁸¹. Ainsi la création de l'organisation internationale à vocation économique répondait avant tout à un objectif fonctionnaliste, celui d'asseoir les conditions d'une paix perpétuelle. Autrement dit, l'économie était mise au service du politique, du moins initialement dans la pensée des « pères fondateurs »⁸². Partie de six États, la construction communautaire s'est alors mise en route, pour, au fur et à mesure, conquérir de nouveaux champs de compétence tout en intégrant de nouveaux États membres. Ce postulat de l'intégration européenne supposait par conséquent l'existence d'une confiance mutuelle entre les États — exclusive de tout enjeu de protection des investissements — (1) afin d'assurer les conditions d'une pleine libéralisation des activités économiques, dans lesquelles s'insère l'investissement international, au sein du marché (2).

1. La confiance comme fondement du Droit de l'Union européenne

28. Le droit communautaire trouve son origine dans le Traité de Rome de 1957 instituant la Communauté économique Européenne (CEE), qui succède au Traité de Paris de 1951 instaurant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA). Le Traité de Rome va connaître plusieurs amendements, aux fins d'élargissement des compétences, par la conclusion d'autres traités. Le dernier en date est le Traité de Lisbonne de 2007 qui transforme la Communauté

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ NICOLAÏDIS, K., 'We, the peoples of Europe', *Foreign Affairs*, 2004, 83, 6, pp. 97 –110.

⁸¹ Cons. 2 et 5 Préa. TCECA : « Conscients que l'Europe ne se construira que par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait, et par l'établissement de bases communes de développement économique [...] Résolus à substituer aux rivalités séculaires une fusion de leurs intérêts essentiels, à fonder par l'instauration d'une communauté économique les premières assises d'une communauté plus large et plus profonde entre des peuples longtemps opposés par des divisions sanglantes, et à jeter les bases d'institutions capables d'orienter un destin désormais partagé ».

⁸² Pour un aperçu du dynamisme derrière le projet européen, cf. JACQUE J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, 2018, 9^e éd., pp. 28-42.

européenne (CE) en Union européenne (UE), le droit communautaire en droit de l'Union européenne (DUE)⁸³, et remplace le Traité instituant la Communauté européenne (TCE), devenu traité sur la Communauté européenne, par deux traités : le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et le Traité sur l'Union européenne (TUE)⁸⁴.

29. En considération de l'objectif politique inhérent à l'idée européenne, il faut accepter l'idée que l'ensemble du processus intégratif européen initié dès le Traité de Paris n'est qu'un approfondissement de la thèse avancée par de nombreux penseurs de la pacification par le marché⁸⁵. Dans son préambule, le Traité de Rome fait sienne cette thèse en « reconnaissant que l'élimination des obstacles existants appelle une action concertée en vue de garantir la stabilité dans l'expansion, l'équilibre dans les échanges et la loyauté dans la concurrence »⁸⁶.

30. Ce postulat libéral suppose une confiance en l'autre, en ses normes, afin de lui confier ses intérêts économiques, véhiculés par les acteurs transnationaux. Cette confiance présuppose l'égalité, concept absent des rapports de domination qui ont nourri le droit international de l'investissement. Nonobstant cela, une telle égalité n'était pas difficile à admettre entre les anciennes puissances européennes telles que l'Allemagne et la France, ou plus largement entre les 6 membres historiques. Ce qu'il fallait, c'était l'identification et le renforcement de liens qui unissent, en imposant la confiance. L'économie, notamment autour du commerce du charbon et de l'acier, enjeu majeur de croissance des Etats au sortir de la guerre, sera ce lien⁸⁷. Le droit, dans le cadre de tels rapports où la confiance demeure précaire, va être conçu comme un mécanisme de surveillance mutuelle destiné à garantir l'effectivité des conditions d'engagement, dont l'égalité idéologique et

⁸³ Dans le cadre de cette étude, et à défaut de précisions, nous emploierons les termes d'Union européenne, Union d'une part et européen et communautaire d'autre part comme étant synonymes.

⁸⁴ Pour un rappel du cadre historique et institutionnel de l'UE, cf. JACQUE J-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 1-28.

⁸⁵ Cf. DALEM A., « Guerre et économie : le libéralisme et la pacification par le marché », *Raisons politiques*, 2003, 1, 9, pp. 49-64. Parmi les nombreux penseurs cités, l'auteur fait notamment référence aux thèses de Jean Bodin, même si ce dernier défendra plus tard des thèses plus protectionnistes (BODIN J., « Réponse au paradoxe de Monsieur de Malestroit touchant l'enchérissement de toutes choses et le moyen d'y remédier », 1568, in LE BRANCHU J-Y, *Écrits notables sur la monnaie de Copernic à Davanzati*, Alcan, 1934, t. 1, p. 118) ou encore John Rawls (RAWLS J., *The Law of Peoples*, Harvard University Press, 1999, p. 46).

⁸⁶ Consid. 4, Préa. TCEE.

⁸⁷ HOFFMAN, A. 'A conceptualization of trust in international relations', *European Journal of International Relations*, 2002, 8, 3, pp. 375-401.

structurelle de l'ensemble des partenaires⁸⁸. C'est cette égalité, source de confiance et d'échange, synonyme de prospérité, que l'Union européenne va, au travers du droit, tenter d'instaurer entre ses membres, y compris envers les nouveaux Etats membres.

31. La crise du « plombier polonais » permet de mettre en perspective les efforts et limites de l'ordre juridique européen pour imposer une confiance mutuelle dans une perspective de libéralisation du marché. Fait remarquable, c'est que le « non » français au projet de Constitution européenne⁸⁹ s'est imposé dans les sondages parallèlement aux débats sur la Directive *Bolkestein*⁹⁰. Au-delà de l'image malheureuse sur le plombier polonais rendu coupable de dumping, il semble également que la règle d'origine proposée par la Directive n'ait pas aidé. En l'occurrence, elle transgressait les limites de la souveraineté en l'extrayant de son ancrage territorial pour un transfert horizontal entre des Etats dont l'égalité n'est que théorique. Il est plausible que si une telle remise en cause du fonctionnalisme libéral est arrivée si tard dans la construction européenne, c'est qu'une rupture politique s'est introduite dans le processus intégratif. L'élargissement de l'Union sur le plan matériel s'est accompagné d'élargissements géographiques qui ont intégré une certaine diversité économique, politique et juridique à l'égard des membres premiers. Le moment était alors à la Cour de justice, gardienne des traités et du pacte intégratif, qui devait, au travers d'une jurisprudence proactive, imposer les conditions de la confiance.

32. Pour ce faire, la Cour de justice va se fonder sur la nature juridique de l'Union européenne. Dès sa construction, cet ordre juridique européen s'est voulu comme une exception dans le droit des organisations internationales⁹¹. Le récit mis en avant est celui d'un ordre juridique *sui generis*⁹²

⁸⁸ NICOLAÏDIS K., 'Trusting the Poles? Constructing Europe through mutual recognition', *Journal of European Public Policy*, 2007, 14:5, p. 683.

⁸⁹ Traité établissant une constitution pour l'Europe, signé à Rome le 18 juin 2004, JOUE 2004/C 310/1. Le projet n'est pas entré en vigueur suite au refus par référendum des Français (29 mai 2005) et des Néerlandais (1^{er} juin 2005).

⁹⁰ PARLEMENT EUROPEEN ET CONSEIL, Directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JO L 376 du 27.12.2006, p. 36-68 (Directive « service »). Elle prévoyait des mesures destinées à éliminer les obstacles à l'établissement des sociétés de services entre États membres et celles relatives aux prestations transnationales de services. Elle imposait une règle d'origine en indiquant que seul l'Etat d'origine pouvait réglementer les activités des prestataires.

⁹¹ LICKOVA M., « European exceptionalism in international law », *EJIL*, 19, p. 463 ; BÚRCA (DE) G., 'The European Court of Justice and the International legal order after Kadi', *Harvard International Law Journal*, 2010, 51, p. 1.

⁹² CJCE, arrêt, 5 février 1963, *Van Gend & Loos*, aff. C-22/62; CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, aff. C—6/64.

dont les rapports entre Etats membres doivent être fondés sur l'égalité⁹³ afin d'assurer une pleine libéralisation des marchés. L'affirmation de principes tels que la primauté ou l'effet direct du droit de l'UE étaient rendus nécessaires pour une pleine effectivité du marché intérieur. À ces principes structurants devaient s'ajouter d'autres principes à même de résoudre les problèmes de fragmentation réglementaire. C'est ainsi que la Cour de justice a progressivement élaboré le principe de confiance (reconnaissance) mutuelle qui, dans le cadre du marché intérieur, aboutissait à consacrer l'idée d'une identité de principe des systèmes normatifs⁹⁴ nationaux dans lesquels s'opéraient les investissements étrangers. Plus récemment, la Cour de justice est venue confirmer que ces prémices d'une équivalence des systèmes, imposant la confiance, valaient également en matière de garanties procédurales⁹⁵. Cette identité de principe pouvait ainsi être complétée par un processus d'assimilation normatif au travers des procédés d'harmonisation⁹⁶.

33. En invoquant le principe de l'Etat de droit, critère de participation à l'Union, qui implique tant le respect de valeurs communes⁹⁷ que l'existence au sein de chaque Etat d'un système juridictionnel effectif⁹⁸, la Cour de justice a développé une interprétation systémique du principe de confiance mutuelle permettant de contrôler les règles nationales. On le perçoit déjà, une telle démarche, de par son dynamisme, permet d'aller au-delà des règles classiques de libéralisation du marché. En tout état de cause, le constat d'une telle construction est que l'investissement

⁹³ Art. 4, 2) TUE : « L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre. » cf. FABBRINI G., 'States' Equality v States' Power : the euro-crisis, inter-state relations and the paradox of domination', *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2015, 17, pp. 3–55.

⁹⁴ CJCE, arrêt, 20 février 1979. - *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, aff. C—120/78), pts. 8 et s.

⁹⁵ CJUE, arrêt, Gde. Chbre., 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses c. Tribunal de Contas*, aff. C—64/16, pts 30 et s. ; CJUE, arrêt, Gde. Chbre., 6 mars 2018, *Slowakische Republik c. Achmea BV (Achmea)*, aff. C-284/16, pts. 34 et s.

⁹⁶ SCHMIDT, S.K., 'Mutual recognition as a new mode of governance', *Journal of European Public Policy*, 2007, 14, 5, pp. 667-81; NICOLAÏDIS K., « Trusting the Poles? Constructing Europe through mutual recognition », *Journal of European Public Policy*, 2007, 14:5, p. 686.

⁹⁷ CJUE, arrêt, Gde. Chbre., 24 juin 2019, *Commission c. Pologne*, aff. C—619/18, pts 42 et s. ; CJUE, arrêt, Gde. Chbre., 5 novembre 2019, *Commission c. Pologne*, aff. C-192/18, pts. 58 et s.

⁹⁸ CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c. Parlement européen*, aff. C—294/3, pts. 22-26.

international, dans le cadre européen, est avant tout appréhendé dans sa capacité à circuler librement.

2. La libéralisation comme objet d'un droit dynamique

34. Le droit communautaire, synonyme de droit de l'Union européenne, peut être défini de manière concise comme l'«ensemble des règles matérielles uniformes applicables dans les États membres de l'Union dont la source primaire est constituée par les traités d'institution et la partie dérivée par les règles établies par les institutions communautaires en application des traités⁹⁹». Conformément aux traités, le droit — *sui generis* — secrété par l'UE — institution économique *sui generis*¹⁰⁰ — est mis au service de la réalisation d'un marché intérieur reposant sur « une économie de marché hautement compétitive »¹⁰¹.

35. Au travers de cet objectif, le droit de l'UE connaît nécessairement l'investissement international, en tant que fait économique soumis aux dispositions des traités. L'Union connaît d'autant plus l'investissement que ce dernier est, en tant qu'activité, destinée à maximiser la rentabilité, un enjeu essentiel de la compétitivité. Rien d'étonnant, donc, à ce que l'objectif réside dans la nécessité de faire de l'espace européen un pôle d'investissements entrants et sortants afin de garantir la compétitivité du marché européen dans la mondialisation économique¹⁰². Toutefois, l'appréhension juridique de ce fait économique est logiquement inféodée à l'objectif, principal, de libéralisation des activités économiques. Or, il est communément admis que l'investissement est un « placement, emploi de fonds, plus précisément, action d'engager des capitaux dans une entreprise

⁹⁹ CORNU G. — ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « investissement » in *Vocabulaire juridique*, PUF, 2013, p. 206

¹⁰⁰ VAN CLEYNENBREUGEL P., *Droit matériel de l'Union européenne*, Larcier, 2017, pp. 36-38. Dans son objectif et ses caractéristiques, le marché intérieur transcende les catégories traditionnelles d'unions économiques. Il est plus qu'une simple zone de libre-échange, à l'instar de l'ALENA ou de l'AELE où seul l'abolition des droits de douane entre les membres est de rigueur. Mais il est à la fois une union douanière, par l'établissement d'un tarif douanier extérieur commun — à l'instar du Mercosur —, une union économique, caractérisée par le rapprochement des politiques économiques nationales sans intégration — exemple de l'EEE — et une union monétaire caractérisée par une politique monétaire unique et une Banque centrale (BCE).

¹⁰¹ Art. 3, 3) TUE. Cet objectif constitue un leitmotiv de la construction européenne dès ses débuts. En ce sens, cf. art. 2 et 3 TCECA.

¹⁰² V. PIGEON N., La mise en œuvre de la compétence européenne en matière d'investissements internationaux, op. cit. pp. 16-19.

en vue d'un profit à long terme et résultat de cette action »¹⁰³. En considération de cette nature duale du terme « investissement », qui renvoie tant à un flux — l'idée de placement — qu'à un stock — l'idée d'un bien placé — il faut considérer que le droit de l'UE, au regard de son objet, voit essentiellement l'investissement comme un flux — destiné à accroître les capacités productives d'un bien¹⁰⁴ — dont il faut assurer la mobilité¹⁰⁵.

36. De surcroît, la garantie d'une telle mobilité des facteurs de production passe par les quatre libertés de circulation¹⁰⁶ du marché intérieur. L'affirmation en libertés fondamentales de ces libertés économiques¹⁰⁷ n'est qu'une évidence. La Cour de justice rappelle qu'elles « servent à atteindre un des objectifs essentiels de la Communauté, notamment celui de la réalisation du marché intérieur »¹⁰⁸. Si la libre circulation des capitaux — l'investissement est avant tout un engagement de capitaux — et ensuite la liberté d'établissement — l'engagement de capitaux se réalise souvent dans une entreprise afin d'en augmenter les capacités productives — sont les principales sources de libéralisation des investissements étrangers¹⁰⁹, il faut également considérer la pertinence de la libre prestation de services et de la liberté de circulation des marchandises. Effectivement, c'est la conjugaison de ces quatre libertés qui rend effective la réalisation du marché intérieur permettant *in fine* la formulation d'un ensemble de règles susceptibles de couvrir des aspects divers de l'opération d'investissement international, et ce dans différents secteurs¹¹⁰. Le lien avec la libre prestation des services se conçoit facilement dès lors que de nombreux investissements étrangers se réalisent dans le cadre de contrats de concession et de prestation de services, notamment dans

¹⁰³ *Ibid*, p. 572

¹⁰⁴ BERTONE A., CAZORLA A., DOLLO C. ET DRAI A.-M. (dirs), « Capital et investissement » *in*, *Dictionnaire de Science économique*, 4^e éd., Armand Colin, 2013, p. 47.

¹⁰⁵ PIGEON N., La mise en œuvre de la compétence européenne en matière d'investissements internationaux, op. cit. p. 20.

¹⁰⁶ Art. 26, 2) TFUE : « Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités ».

¹⁰⁷ CJCE, arrêt, 31 mars 1993, *Kraus*, aff. C—19/92, pt. 16.

¹⁰⁸ Trib. UE, arrêt, 2 mars 2010, *Arvelor SA*, aff. pt. 177. Avant cela, la Cour l'avait affirmée à l'occasion de la célèbre affaire *Cassis de Dijon* qui inauguré la démarche proactive de la Cour au service de la réalisation du marché : CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, aff. C—120/78, pt. 18.

¹⁰⁹ JUILLARD P., « Freedom of establishment, freedom of capital movements, and freedom of investment », *ICSID Rev.*, 2000, 15, 2,, pp. 322-339.

¹¹⁰ DIMOPOULOS A., *EU foreign investment law*, OUP, 2011, p. 16–17.

le cadre de partenariat public-privé¹¹¹. La libre circulation des marchandises, parfois considérée comme un laboratoire d'expérimentation pour les autres libertés, a permis des avancées dont l'impact sur la libéralisation de l'investissement international ne peut être négligé¹¹². À cet effet, on peut penser à la conception dynamique de l'entrave qui y a été développée à partir de la jurisprudence relative à la *Guerre des fraises*¹¹³. Au demeurant, l'Accord de l'OMC sur les Mesures concernant le Commerce et liées aux Investissements (Accord MIC)¹¹⁴, notamment par l'interdiction des exigences de performance imposant l'achat ou l'utilisation d'une certaine quantité de marchandises nationales¹¹⁵ ou le troisième mode de fourniture de services reconnu par l'Accord général sur le Commerce des Services (AGCS)¹¹⁶, à savoir par une présence commerciale¹¹⁷, démontre la pertinence dans le cadre de l'Union des quatre libertés dans l'entreprise de libéralisation des investissements¹¹⁸.

37. Au-delà du droit primaire, les outils mis en place par la Cour de justice — ainsi en premier lieu des principes de primauté, d'effet direct et de reconnaissance mutuelle — conjugués aux outils d'harmonisation ainsi que des politiques normatives mises au service du marché intérieur — ainsi que du droit de la concurrence¹¹⁹ — concourent à la définition du cadre normatif de libéralisation

¹¹¹ Cf. DIMOPOULOS A., *Eu foreign investment law*, op. cit. pp. 105–108.

¹¹² HINDELANG S., *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: the scope of protection in EU Law*, OUP, 2009

¹¹³ CJUE, 9 décembre 1997, Commission des Communautés européennes c. République française, Affaire C-265/95.

¹¹⁴ Accord MIC in Annexe 1A des Accords du Cycle d'Uruguay, 15 avril 1994.

¹¹⁵ Pt. 1, a) Annexe Liste exemplative, Accord MIC. Étant précisé que la liste des MIC n'est pas fermée : cf. ORD, rapport de l'organe d'appel, 6 mai 2003, aff. Jointes *Canada – Énergies renouvelables et Canada — Programme de traités de rachats garantis*, WT/DS412/AB/R et WT/DS426/AB/R, para. 5.22.

¹¹⁶ AGCS in Annexe 1A des Accords du Cycle d'Uruguay, 15 avril 1994.

¹¹⁷ Art. 1^{er}, c) AGCS.

¹¹⁸ CARREAU J., JUILLARD P., BISMUTH R., HAMANN A., *Droit international économique*, op. cit., pp. 174-184. Egal. DIMOPOULOS A., *Eu foreign investment law*, op. cit. pp. 95 et s.

¹¹⁹ Les traités identifient le droit de la concurrence comme un outil aux services de la réalisation du marché intérieur — qui est la fin — en permettant une allocation optimale des ressources entre les opérateurs du marché. Cf. COMMISSION EUROPEENNE, rapport annuel 2020/2223 (INI du 18 mai 2021 sur la politique de concurrence, pts. 1 et s. Cette considération permet une modulation des effets du droit de la concurrence en fonction du marché : CJCE, arrêt, 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co*, aff. 26/76. Cf. égal. MOLINIER J., GROVE-VALDEYRON (DE) N., *Droit du marché intérieur*, LGDJ, 3^e éd., 2011, p. 15.

des investissements en droit de l'UE. Partant de là, il faut concevoir le droit de l'UE comme un droit dynamique qui, au-delà du droit primaire, intègre le droit dérivé.

38. Il en ressort un droit complexe, fragment *sui generis* du droit international, dont la structure et l'objet — la libéralisation — s'opposent au « fragment simple » qu'est le droit international de la protection de l'investissement. Si ces divergences impliquent *a priori* l'image de deux systèmes évoluant sur des lignes parallèles, l'unité d'objet — l'investissement — implique nécessairement une perméabilité.

§2. La convergence entre le Droit européen et le Droit international de l'investissement et l'intérêt de l'étude

39. Une fois admise l'idée et posés les principes structurants d'une communauté d'égaux — partageant les mêmes valeurs politiques et juridiques¹²⁰ — qui décident de s'unir dans une démarche fonctionnaliste d'adhésion libérale d'une pacification par le marché, l'UE pouvait activement œuvrer dans la voie de la libéralisation des activités économiques sans se soucier de leur protection, laquelle relevait des Etats. En l'absence de toute défiance entre Etats membres — qui initialement avaient le même niveau de développement — la conclusion d'un quelconque accord de protection des investissements — ayant pour fonction d'extraire les investisseurs étrangers de l'ordre juridique national — apparaissait inutile¹²¹. Plus généralement, la question de la protection de l'investissement dans le cadre européen ne se posait pas, dès lors qu'il était admis qu'elle ressortait de la compétence des Etats. L'effondrement du bloc soviétique ayant ouvert de nouveaux marchés, les Etats membres — notamment encouragés par la Commission¹²² — ont, à partir des années 1990, conclu un important réseau de TBI avec les Etats de l'Est, alors tiers à l'UE. Nonobstant, les vagues

¹²⁰ V. not. les arts. 1 ; 2 (relatif aux valeurs communes des Etats membres de l'UE dont l'Etat de droit) ; 3 (relatif aux objectifs de l'UE dont la promotion de la paix, l'établissement du marché intérieur aux fins de développement et de compétitivité) ; 4 (relatif au respect par l'UE de l'égalité entre Etats membres, du respect de l'identité constitutionnelle des Etats et de leurs fonctions essentielles, et du principe de coopération loyale) TUE.

¹²¹ KOKOTT J., SOBOTTA C., 'investment arbitration and EU law', Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2016, pp. 8–11 [<http://journals.cambridge.org/CEL>]

¹²² Il s'agissait pour la Commission de préparer l'adhésion de ces Etats. Les TBI ainsi conclus devaient mener à des réformes et à un développement apte à assurer les conditions de l'adhésion. Par là, la Commission confortait l'idée, critiquée, que la conclusion de TBI constitue un outil de développement économique des pays importateurs de capitaux.

d'adhésion de 2004¹²³, 2007¹²⁴ et 2013¹²⁵ ont intégré au sein de l'UE des TBI conclus entre les anciens Etats membres — « l'Europe des quinze », moins un aujourd'hui — et le groupe des treize arrivants¹²⁶. On dénombrait ainsi en 2009 près de deux cents Traités avec des États membres de l'Union¹²⁷ qui, de par leur existence, intégraient explicitement la question de la réglementation de l'investissement dans la sphère du droit de l'UE et soulevaient des interrogations en termes d'identification des rapports entre le droit de l'UE et ces Traités.

40. Ce sont ces problématiques qui ont sans doute poussé la Commission au début des années 2000 à s'intéresser à la matière des investissements étrangers et à œuvrer activement pour une dénonciation des TBI en vigueur. En effet, pour la Commission, ces traités étaient incompatibles avec le droit de l'Union et mettaient en jeu son unité, basée sur l'égalité et la confiance mutuelle. C'est en cela que la Commission a parallèlement œuvré pour légitimer son action en matière d'investissement international, au détriment des Etats, en réaffirmant et sollicitant un élargissement de sa compétence en matière d'investissement étranger. C'est ainsi que le Traité de Lisbonne de 2007 a octroyé à l'UE une compétence en matière d'« investissements étrangers directs » dans le cadre de la politique commerciale commune. La formulation de cette compétence suppose de questionner globalement la compétence de l'UE en matière d'investissement (1) dès lors qu'il est admis qu'elle agissait déjà, avant le Traité de Lisbonne, en la matière et ce tant en interne qu'en externe. Cette analyse permettra ainsi de mieux appréhender les incompatibilités avancées entre le droit de l'Union et les TBI (2).

¹²³ Traité d'adhésion à l'Union européenne, signé à Athènes le 16 avril 2003 entre les Etats membres de l'Union européenne, la République tchèque, Chypre, Estonie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Malte, Pologne, Slovaquie, et la Slovénie (entré en vigueur le 1^{er} mai 2004).

¹²⁴ Traité d'adhésion à l'Union européenne, signé à Luxembourg le 25 avril 2005, entre les Etats membres de l'Union européenne, la Bulgarie et la Roumanie (entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007).

¹²⁵ Traité d'adhésion à l'Union européenne, signé à Bruxelles le 9 décembre 2011, entre les Etats membres de l'Union européenne et la Croatie (entré en vigueur le 1^{er} juillet 2013).

¹²⁶ KOKOTT J., SOBOTTA C., « investment arbitration and EU law », *op. cit.* p. 3.

¹²⁷ Cf. LEBEN C., « Introduction », *op. cit.*, p. 16

A. La compétence de l'Union européenne en matière d'investissement étranger

41. En tant qu'organisation internationale, l'action de l'Union est tributaire du principe d'attribution de compétences, toute compétence non attribuée appartenant ainsi à l'Etat¹²⁸. Le constat est qu'en dépit de quelques occurrences ici et là, notamment avec l'article 207 TFUE tel qu'issu du Traité de Lisbonne,¹²⁹ aucune disposition des Traités ne donne explicitement à l'Union une compétence pour agir en matière d'investissement international. Or le système des compétences dans l'UE repose sur des divisions précises qui déterminent l'étendue de son action. Ainsi, au-delà de la distinction entre la personnalité juridique interne et la personnalité juridique externe qui implique une dichotomie dans le système de compétence, il faut noter qu'à côté des compétences exclusives¹³⁰, l'action de l'UE peut aussi reposer sur une compétence partagée¹³¹ ou une compétence d'appui. Au-delà des compétences explicites, une place doit également être accordée aux compétences implicites que l'UE peut revendiquer dans son action extérieure¹³². Les articles 216, paragraphe 1¹³³ et 3 paragraphe 2 du TFUE¹³⁴, dans une démarche de codification de la jurisprudence, avalisent cette théorie ainsi que le caractère exclusif attaché à une compétence implicite. Une telle architecture induit nécessairement une diversité et une complexité des modalités d'appréhension de l'investissement en droit de l'UE.

¹²⁸ Rappelé à l'art. 5, 1 et 2) TUE. Sur le système des compétences dans l'UE, v. JACQUE J-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 166 et S.

¹²⁹ On peut ainsi citer les art. 64, 206 et 207 TFUE

¹³⁰ Art. 3 TUE.

¹³¹ Art. 4 TUE

¹³² CJCE, arrêt, 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil (AETR)*, aff. 22/70.

¹³³ Art. 216 (1) TFUE « L'Union peut conclure un accord avec un ou plusieurs pays tiers ou organisations internationales lorsque les traités le prévoient ou lorsque la conclusion d'un accord, soit est nécessaire pour réaliser, dans le cadre des politiques de l'Union, l'un des objectifs visés par les traités, soit est prévue dans un acte juridique contraignant de l'Union, soit, encore, est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée. »

¹³⁴ Art. 3 TFUE :

« 1. L'Union dispose d'une compétence exclusive dans les domaines suivants :

[...]

2. L'Union dispose également d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée. »

42. Sur le plan interne, la compétence de l'UE repose en premier lieu sur l'ensemble des dispositions relatives au marché intérieur, et en particulier sur les libertés de circulation, qui relèvent d'une compétence partagée¹³⁵. C'est sur le fondement de cette compétence que l'UE a activement libéralisé l'investissement étranger, quelle qu'en soit la forme, au travers de divers actes de droit dérivé¹³⁶. D'autres aspects de la réglementation du marché intérieur ont pu constituer des points d'ancrage pour le droit communautaire sur les investissements internationaux. C'est le cas par exemple, en matière de concurrence¹³⁷ — qui relève d'une compétence exclusive — notamment avec le « *quatrième Paquet Énergie* »¹³⁸, ensemble législatif de libéralisation du marché du gaz et de l'électricité. Le bon fonctionnement du marché intérieur, dont le niveau d'harmonisation rend quasiment résiduelle toute action des Etats, a entre autres rendu nécessaire le développement de principes et normes qui peuvent être mobilisés par la Cour de justice dans une démarche politique¹³⁹. Au travers des mécanismes d'intégration négative et positive¹⁴⁰ et d'une lecture extensive des libertés économiques, il est ainsi possible de dépasser les limites institutionnelles et matérielles du marché intérieur notamment en matière d'investissement international.

43. S'agissant du volet externe, même si la circulation des capitaux, qui a toujours visé expressément les investissements étrangers, a acquis un volet externe avec le Traité de Maastricht,¹⁴¹

¹³⁵ WÖLKER U., « The EU as a Player in the BIT Arena: Current and Future Legal Challenges », ICSID Rev. – Foreign Investment Law Journal, Vol. 24, n° 2, 2007, p. 435.

¹³⁶ CONSEIL, directive 88/361/CEE du 24 juin 1988 pour la mise en oeuvre de l'article 67 du traité, JOCE, L 178, p. 5. Elle pose le principe la libéralisation des mouvements des capitaux.

¹³⁷ WÖLKER U « The EU as a Player in the BIT Arena: Current and Future Legal Challenges », *op. cit.*, p. 436.

¹³⁸ PARLEMENT EUROPEEN ET CONSEIL, Directive (UE) 2019/944 du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE, JOUE L 158/125 ; PARLEMENT EUROPEEN ET CONSEIL, Règlement (UE) 2019/943 du 5 juin 2019 sur le marché intérieur de l'électricité (refonte), JOUE L 158/54 ; PARLEMENT EUROPEEN ET CONSEIL, Règlement (UE) 2019/941 du 5 juin 2019 sur la préparation aux risques dans le secteur de l'électricité et abrogeant la directive 2005/89/CE, JOUE L 158/54 ; PARLEMENT EUROPEEN ET CONSEIL, Règlement (UE) 2019/942 du 5 juin 2019 instituant une agence de l'Union européenne pour la coopération des régulateurs de l'énergie (refonte), JOUE L 158/54.

¹³⁹ GUIOT F-V et MAZILLE C., « Marché intérieur et intégration économique », in CLEMENT-WILZ L. (dir.), *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, Larcier, 2019, pp. 179-225.

¹⁴⁰ FERNÁNDEZ-PONS X., POLANCO R. ET TORRENT R., « CETA on investment: the definitive surrender of EU law to GATS and NAFTA/BITs », CMLR, vol. 54, 2017, n° 5, pp. 1319-1358 ; DAVIES G., 'Between market access and discrimination: free movement as a right to fair conditions of competition', in KOUTRAKOS P., SNELL J., *Research handbook on the law of the EU's internal market*, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 13-28.

¹⁴¹ Art. 56 TCE : '[...] toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdite [...]'; Art. 57 TCE : '1. L'article 56 ne porte pas atteinte à l'application, aux

et ce sans aucune condition de nationalité¹⁴², il apparaissait toutefois difficile de fonder une action sur ce fondement¹⁴³. L'action en matière d'investissement reposait donc essentiellement sur la Politique commerciale commune (PCC) et la théorie des compétences implicites.

44. La politique commerciale commune, explicitée à l'article 133 TCE (ex-article 113 TCEE)¹⁴⁴, a été perçue comme une base de compétence potentielle, et ce même avant toute référence expresse à la matière des investissements internationaux¹⁴⁵. Parallèlement à l'affirmation de son caractère exclusif¹⁴⁶, la Cour de Justice lui a octroyé un champ d'application ouvert¹⁴⁷ de sorte que les investissements étrangers, ou du moins certains aspects, pouvaient y figurer « *en raison du lien nécessaire entre commerce et investissement* »¹⁴⁸. L'avis 1/94¹⁴⁹ marqua un tournant dans cette approche extensive avec cette précision que certaines matières qui constituent des domaines privilégiés de l'investissement international en étaient exclues¹⁵⁰, même si les amendements successifs vont y

pays tiers, des restrictions ...en ce qui concerne les mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers lorsqu'ils impliquent des investissements directs [...] ».

¹⁴² MOLA L., 'Which role for the EU in the development of international investment law?', Society of International Economic Law – Working Paper, n° 26, 2008, p.4. Disponible en ligne sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1154583

¹⁴³ V. Toutefois pour une opinion contraire KARL J., « The competence for Foreign Direct Investment », JWIT, 2004, p. 413-415.

¹⁴⁴ Art. 133. 1 TCE : 'La politique commerciale commune est fondée sur des principes uniformes, notamment en ce qui concerne... la conclusion d'accords tarifaires et commerciaux, l'uniformisation des mesures de libération...'

¹⁴⁵ DUTHEIL DE LA ROCHERE J., « Le pouvoir des États membres de l'Union européenne de conclure des traités bilatéraux d'Investissement », in KESSEDJIAN C., LEBEN C. (dirs.) « Le Droit européen et l'investissement », (dir.), Éditions Panthéon Assas, 2009, p. 34.

¹⁴⁶ CJCE, avis, 22 novembre 1975, Arrangement OCDE sur le régime de financement des aides locales à l'exportation, Avis 1/75; CJCE, arrêt, 26 mars 1987, Commission c. Conseil SGP, aff. 45/86.

¹⁴⁷ CJCE, avis, 4 octobre 1979, *Accord international sur le caoutchouc naturel*, avis 1/78, pt. 45 : « l'énumération, dans l'article 113, des objets de la politique commerciale (...) est conçue comme une énumération non limitative... »

¹⁴⁸ DUTHEIL DE LA ROCHERE J., « Le pouvoir des États membres de l'Union européenne de conclure des traités bilatéraux d'Investissement », *op. cit.* p. 35.

¹⁴⁹ CJCE, avis, 15 novembre 1994, OMC, avis 1/94, pts. 39 et s.

¹⁵⁰ Cela concernait le domaine des transports et des droits de propriété intellectuelle : *Ibid*, pts 48 et 47. Toutefois le Traité de Nice de 2001 est venu clarifier toute la situation en élargissant, sans détour, les dispositions sur la politique commerciale commune aux aspects du commerce des services et de la propriété intellectuelle. Ces élargissements seront confirmés par le Traité d'Amsterdam, sous réserve d'un processus décisionnel exigeant. Cf. Art. 133, 5) TCE : '5. Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut étendre l'application des paragraphes 1 à 4 aux négociations et accords internationaux concernant les services et les droits de propriété intellectuelle dans la mesure où ils ne sont pas visés par ces paragraphes.'. V. CREMONA M., 'A

remédier, notamment pour ce qui est des aspects de droit de propriété intellectuelle et de commerce de service¹⁵¹. Une autre exclusion importante a été affirmée avec l'avis 2/92¹⁵² où la Cour a affirmé que la règle du traitement national, règle incontournable en droit des investissements, ne rentre pas dans le champ de l'article 133 TCE, de sorte qu'il ne pouvait servir de base à une compétence exclusive pleine en matière de libéralisation des investissements¹⁵³. L'avis 2/00¹⁵⁴, dans un processus d'encadrement de l'exercice des compétences, va restreindre la possibilité de rattachement d'une matière à l'article 133 à la seule fin d'y consacrer une compétence exclusive¹⁵⁵. En tout état de cause, la politique commerciale commune constituait avant Lisbonne une base de compétence explicite pour des matières intéressant fortement les investissements étrangers. Force est de constater que cette compétence est fortement limitée. Elle était restreinte d'une part en ce qu'elle ne concernait que certaines matières et que, au-delà du processus décisionnel contraignant¹⁵⁶, il était indéniable qu'elle était partagée et circonscrite, et en particulier en considération des compétences internes¹⁵⁷. C'est cette dernière considération qui a permis le recours à la théorie des compétences implicites.

45. La théorie des compétences implicites constitue manifestement un détournement du principe d'attribution et de spécialité qui, en l'occurrence, démontre le particularisme de l'ordre juridique européen en droit international. C'est dans l'arrêt *AETR* que la Cour de justice, sur le postulat d'un principe de parallélisme des compétences internes et externes, a introduit cette théorie. Le raisonnement est limpide et tient à l'idée que si la communauté est compétente pour

Policy of Bits and Pieces? The Common Commercial Policy after Nice ', *The Cambridge Yearbook of European Legal studies*, 2002, 4, p.61

¹⁵¹ Le lien entre l'investissement et le commerce de service a été clairement établi par l'OMC. Cf. *supra*. V. égal. ORTINO F., SHEPPARD A.W., 'International Agreements Covering Foreign Investment in Services: Patterns and Linkages', in BARTELS L., ORTINO F. (dirs.), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, OUP, 2006, p. 201.

¹⁵² CJCE, avis, 24 mars 1995, *OCDE Traitement national*, avis 2/92, pt. 27.

¹⁵³ *Ibid.* Avis 2/92 pt. 27

¹⁵⁴ CJCE, 6 décembre 2001, Protocole de Carthagène, avis 2/00, Rec. I—9713, pt. 40.

¹⁵⁵ DUTHEIL DE LA ROCHERE J., « Le pouvoir des États membres de l'Union européenne de conclure des traités bilatéraux d'Investissement », *op. cit.*

¹⁵⁶ Art. 133, 5 et 6) TCE. Le para. 5 de l'art. 133 TCE prévoyait que le conseil statue à l'unanimité corrélativement à des dispositions soumises, en interne, au même système de vote ou lorsqu'elles ont trait à des compétences internes non exercées. Ensuite le para. 6 indiquait que, pour certains services, la compétence est partagée et nécessite l'accord des États membres.

¹⁵⁷ CEYSSENS J., « Towards a common foreign investment policy? – Foreign investment in the European Constitution », *Legal Issue of Economic Integration*, 2005, vol. 32, p. 259;

adopter des actes internes et que cette compétence a été exercée par voie d'harmonisation, la Communauté est également compétente sur le plan externe en ce domaine¹⁵⁸. Dans cette hypothèse, la compétence est alors exclusive¹⁵⁹. Au-delà, par le biais de l'arrêt *Kramer* et de l'avis 1/76¹⁶⁰ – même si l'avis 1/94¹⁶¹ en restreint quelque peu la portée avec le critère de nécessité – la CJCE a admis l'extension de la compétence à des matières où il existe une compétence interne, qui n'a certes pas été exercée, mais dont la conclusion d'accords est « nécessaire » pour atteindre les objectifs pour lesquels la communauté a reçu une compétence interne et pour garantir l'effectivité des Traités. Si, de par l'incertitude des notions utilisées, cette compétence n'est pas aisée à mettre en œuvre¹⁶², son implication dans le cadre des investissements étrangers, entièrement libéralisés en interne, est incontestable en raison de la nature même de ces opérations, de leur mobilité, qui impliquent une cohérence d'approche. Les compétences internes concernées par cette internationalisation sont celles ayant trait à liberté d'établissement et la libre circulation des capitaux. Au demeurant la Cour avait affirmé dans ses avis 1/94 (OMC) et 2/92 (OCDE) précités que la liberté d'établissement pouvait, en principe, être la base d'une compétence implicite exclusive si toutefois l'harmonisation interne était achevée en matière d'établissement. Or ce n'était en l'occurrence pas le cas, notamment pour ce qui est de l'établissement des investisseurs, personnes morales, d'Etats tiers¹⁶³. En outre, pour ce qui de la libre circulation des capitaux, la controverse était telle qu'une compétence exclusive ne pouvait se fonder dessus¹⁶⁴.

¹⁵⁸ CJCE, arrêt, 31 mars 1971, *Commission c. Conseil (AETR)*, Aff. 22/70, pt. 6 et s.

¹⁵⁹ CJCE, AETR, pré. cit. pt. 17.

¹⁶⁰ CJCE, arrêt, 14 juillet 1976, *Kramer*, aff. Jointes 3/76, 4/76 et 6/76, pts. 30-33 ; 26 avril 1977. Cf. égal. CJCE, avis, *Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure*, avis 1/76, pts. 3-4

¹⁶¹ CJCE, avis, 15 novembre 1994, *OMC*, avis 1/94, pt. 86 : le principe des compétences implicites, impliquées, ne s'applique que seulement s'il apparaît nécessaire pour atteindre des objectifs des Traités pour lesquels l'adoption d'actes autonomes n'est pas possible.

¹⁶² EILMANSBERGER T, « Bilateral investment treaties and EU law », CMLR, 2009, n° 46, p. 390.

¹⁶³ Pour plus de détails v. MOLA L., « Which role for the EU in the development of international investment law? », *op. cit.* p. 12 ;

¹⁶⁴ La controverse fut particulièrement nourrie, et ce au sein même de la Commission. La Direction générale marché intérieur estimait qu'il y avait la preuve d'une compétence externe implicite, ce qui n'était pas le cas de la Direction générale Commerce extérieur. Cf. MOLA L., « Which role for the EU in the development of international investment law? », *op. cit.* p. 12. La doctrine également était confuse sur cette éventuelle compétence. Pour un état des lieux des controverses, cf EILMANSBERGER T, « Bilateral investment treaties and EU law », *op. cit.*, p. 391.

46. Au demeurant, l'UE détenait une compétence externe en matière de libéralisation des investissements. Cette compétence fragmentée et sectorielle était dans une large mesure partagée. C'est ainsi qu'accompagnée des Etats, la Communauté a pu aisément conclure des accords de libéralisation des investissements, même si le degré de réglementation était variable. L'existence d'une compétence partagée limitée à la libéralisation démontre l'importance de la matière pour les Etats et explique le nombre élevé de TBI extraeuropéens depuis la construction européenne¹⁶⁵. Ce régime de compétence partagée a été mis en exergue par le *Minimum Platform on Investment for EU Free Trade Agreements* (MPoI) de 2006¹⁶⁶, sorte de modèle « secret » devant servir de guide aux États membres dans la conclusion de TBI — et donc d'outils d'orientation de leur compétence par la Commission — étant entendu que les dispositions étaient essentiellement focalisées sur l'établissement de services¹⁶⁷. Le Traité de Lisbonne, en intégrant la question des investissements dans le champ de la politique commerciale commune, doit ainsi être perçu comme une volonté d'affirmation de l'UE dans la négociation des accords d'investissement¹⁶⁸.

47. L'article 206 TFUE (ex-article 131 TCE) dispose désormais que « ... l'Union contribue... » notamment « ... à la suppression progressive des restrictions... aux investissements étrangers directs... ». S'agissant de la nature, c'est indéniablement une compétence explicite et exclusive. Toutefois, l'exclusivité¹⁶⁹ et l'étendue de cette compétence, contestée¹⁷⁰, ne sont pas sans poser des problèmes

¹⁶⁵ En ce sens v. not. : WEISS F, STEINER S., «The investment regime under Article 207 of the TFEU – a legal conundrum : the scope of “foreign direct investment” and the future of intra-EU BITs’, in BAETENS F. (Dir.) *Investment Law within International law*, CUP, 2013, p.357.

¹⁶⁶ COMMISSION EUROPÉENNE, DIRECTION GÉNÉRALE - COMMERCE EXTÉRIEUR, Note du 28 juillet 2006 à l'attention du Comité 133, Minimum Platform on Investment for EU FTAs – Provision on Establishment in Template for a Title on “Establishment, Trade in Services and e-commerce, D(2006) 9219 LIMITED [www.iisd.org/pdf/2006:itn_ecom.pdf]. v. sur ce MPoI : MAYDELL N., “The European Community’s Minimum platform on investment or the Trojan horse of investment competence” in REINISCH A., KNAHR C. (dirs.), *International Investment Law in Context*, Eleven International Publishing, 2008, pp. 73–92.

¹⁶⁷ MESTRAL (DE) A., « Is a Model EU BIT Possible – Or even Desirable ? », *Columbia FDI Perspectives*, n° 21, 24 mars 2010 [http://ccsi.columbia.edu/files/2014/01/FDI_21.pdf].

¹⁶⁸ SHAN W., ZHANG S. « The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy », *EJIL*, 2010, Vol. 21, n° 4, p. 1057.

¹⁶⁹ Art. 3, 1) TFUE.

¹⁷⁰ Si la communautarisation a été souhaitée par certains États en vue d'un accroissement de leur visibilité en matière d'investissement, elle fut contestée par d'autres. cf. EL BOUDOUHI S., « L'avenir des traités bilatéraux d'investissement conclus par les États membres de l'Union européenne avec les États tiers », *RTD eur.* 2011, 47, p. 10. Certains auteurs avaient également critiqué sa pertinence. Cf. : KRAJEWSKI M., « External Trade law and the Constitution Treaty: Towards a federal and more Democratic Common Commercial Policy », *CML Rev.* 2005, p. 112; WEISS F, STEINER

au regard de la formulation retenue. L'encadrement strict des modalités d'exercice¹⁷¹ révèle les difficultés et les intérêts gravitant autour de cette communautarisation. Est ainsi mise en œuvre une étroite collaboration entre différents organes, notamment au travers de l'envoi de rapports au Parlement européen (PE) — qui doit donner son consentement¹⁷² de sorte à accroître la légitimité démocratique de l'action de l'UE — tout en réduisant les possibilités de veto au sein du Conseil¹⁷³ pour une pleine efficacité de l'action de la Commission.

48. En dépit des précautions, la portée de cette compétence a soulevé des interrogations au regard de sa limitation aux « investissements étrangers directs ». Une autre limite provient de la nécessité de maintenir un lien entre les compétences internes et les compétences externes¹⁷⁴ afin d'éviter le paradoxe d'une action externe dépassant ce qui existe sur le marché interne¹⁷⁵. De la sorte, l'exercice de la compétence de l'Union pourrait être entravé par les compétences étatiques.

49. L'intervention de la Cour de justice a permis d'éclaircir quelques points. Ainsi, dans son avis 2/15 émis dans le cadre de la conclusion de l'accord avec Singapour, la Cour a précisé que la compétence sur les « investissements étrangers directs », outre les aspects relatifs à l'accès au marché, portait également sur des éléments de protection, y compris les aspects procéduraux¹⁷⁶. Par conséquent l'exclusivité est exclue pour la protection d'autres formes d'investissements

S., « The investment regime under Article 207 of the TFEU – a legal conundrum : the scope of “foreign direct investment” and the future of intra-EU BITs », *op. cit.* p.356

¹⁷¹ Cf. not les art. 207, 3) et 218 TFUE.

¹⁷² Art.207.3 TFUE : « Si des accords avec un ou plusieurs pays tiers ou organisations internationales doivent être négociés et conclus, l'article 218 est applicable, sous réserve des dispositions particulières du présent article. » ; Art. 218.6 TFUE «... a) après approbation du Parlement européen dans les cas suivants : ...v) accords couvrant des domaines auxquels s'applique la procédure législative ordinaire ou la procédure législative spéciale lorsque l'approbation du Parlement européen est requise. »

¹⁷³ En effet, si en principe la conclusion d'accord relevant de la PCC se fait par le Conseil à la majorité qualifiée aux termes de l'article 207, 4) TFUE, ce même article pose une exception qui s'étend entre autres aux accords sur les « investissements étrangers directs ». Ainsi l'unanimité est de mise lorsque « ... cet accord comprend des dispositions pour lesquelles l'unanimité est requise pour l'adoption de règles internes ». cf. égal. MESTRAL (DE) A., 'The Lisbon Treaty and the Expansion of EU Competence over Foreign Direct Investment', in SAUVANT K.P. (Dir.), *Yearbook on International Investment, Law & Policy*, OUP, 2009/2010 p. 6

¹⁷⁴ Art. 206, 6) TFUE : « L'exercice des compétences attribuées par le présent article dans le domaine de la politique commerciale commune n'affecte pas la délimitation des compétences entre l'Union et les États membres et n'entraîne pas une harmonisation des dispositions législatives ou réglementaires des États membres dans la mesure où les traités excluent une telle harmonisation. »

¹⁷⁵ DIMOPOULOS A., 'The Common Commercial Policy after Lisbon: Establishing Parallelism Between Internal and External Economic Relations?', *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2008, vol. 4, p. 118.

¹⁷⁶ CJUE, avis, 16 mars 2017, *Accord de libre-échange avec Singapour*, avis 2/15, pts. 78-110.

étrangers¹⁷⁷ qui relèvent d'une compétence partagée¹⁷⁸. Une telle lecture a en outre été confirmée dans l'avis 1/19 où il s'agissait de vérifier la compatibilité, avec le droit de l'UE, du mécanisme de règlement des différends proposé dans l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'UE¹⁷⁹.

50. En définitive, il n'est pas contesté que l'UE est et a toujours été compétente en matière d'investissement international, tant sur le plan interne que sur le plan international. Toutefois cette compétence a été tantôt exclusive, tantôt partagée, tout en étant en même temps fragmentée et sectorielle. En partant du droit international, l'analyse du droit européen des investissements étrangers permet de préciser sur la portée et la mise en œuvre exactes d'une telle compétence, qui a suscité de nombreuses réactions¹⁸⁰. En outre elle éclaire sur les tensions entre l'objet initial du droit de l'UE, la libéralisation, et celui du droit international, la protection. Ces tensions ont par ailleurs été mises en évidence lorsqu'il s'est agi de vérifier la compatibilité des deux systèmes.

B. La compatibilité du Droit international et du Droit européen des investissements étrangers

51. La question de la compatibilité a été mise en exergue par la Commission en 2004, dans une perspective d'affirmation de la compétence en construction, lorsqu'elle a mis en demeure¹⁸¹ quatre États membres à mettre fin à plusieurs TBI conclus avant leur adhésion avec des États tiers¹⁸². Force est de constater que la Cour a réitéré en 2015 son souhait de voir disparaître de manière générale l'ensemble des TBI intraeuropéens¹⁸³. Si la doctrine avait évoqué plusieurs types

¹⁷⁷ *Ibid.*, pt. 83.

¹⁷⁸ *Ibid.* 2/15, pts. 85-87.

¹⁷⁹ CJUE, avis, 30 avril 2019, *Accord ECG UE-Canada*, avis 1/19.

¹⁸⁰ Pour des analyses complètes sur la compétence de l'UE en matière d'investissement, V. entre autres DIMOPOULOS A., *EU foreign investment law*, *op. cit.* 375 p. ; Pigeon N., *La mise en œuvre de la compétence de l'UE en matière d'investissements internationaux*, *op. cit.* 824 p. ; KASPIAROVICH Y., *L'UE et la protection des investissements internationaux*, *op. cit.*, 311 p.

¹⁸¹ Mises en demeure des 7 et 12 mai 2004.

¹⁸² VIS-DUMBAR D., « *European Governments defend BITs in lawsuit brought by EU executive branch* », Investment Treaty News, 16 mars 2007, disponible en ligne sur : <www.iisd.org/pdf/2007/itn_mar16_2007.pdf>

¹⁸³ COMMISSION EUROPEENNE, Communiqué de presse du 18 juin 2015, La Commission demande aux États membres de mettre fin à leurs accords bilatéraux d'investissement intra-UE, Bruxelles, 18 juin 2015.

d'incompatibilités¹⁸⁴, la Commission s'était focalisée sur un seul problème dont la précision ne surprend pas.

52. Pour la Commission, ces TBI extracommunautaires soulevaient des difficultés au regard des capacités de restriction du Conseil en matière de libre circulation des capitaux avec les États tiers¹⁸⁵. La clause de libre transfert des paiements prévus dans les TBI apparaissait contraire à ce pouvoir. Ainsi, les États membres avaient l'obligation de recourir à tous les moyens pour mettre fin à ces incompatibilités¹⁸⁶. Les arrêts rendus, après recours en manquement, allaient tous dans le même sens¹⁸⁷. Plusieurs arguments avaient été soulevés par les États, dont l'application de la clause *rebus sic stantibus*¹⁸⁸, afin de suspendre provisoirement le traité en cause¹⁸⁹, ainsi que le caractère hypothétique de l'incompatibilité¹⁹⁰. Toutefois, les trois États furent condamnés sur des considérations liées à la compétence communautaire¹⁹¹. Dans ses conclusions, l'avocat général

¹⁸⁴ EL BOUDOUHI S, 'L'avenir des traités bilatéraux d'investissement conclus par les États membres de l'Union européenne avec les États tiers', *op. cit.*, p. 89

¹⁸⁵ Arts. 64, 66 et 75 TFUE.

¹⁸⁶ Art. 307 TCE (art. 351 TCFUE) : 'Les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement au 1er janvier 1958 ou, pour les États adhérents, antérieurement à la date de leur adhésion, entre un ou plusieurs États membres, d'une part, et un ou plusieurs États tiers, d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions du présent traité. / Dans la mesure où ces conventions ne sont pas compatibles avec le présent traité, le ou les États membres en cause recourent à tous les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités constatées. En cas de besoin, les États membres se prêtent une assistance mutuelle en vue d'arriver à cette fin et adoptent le cas échéant une attitude commune.'

¹⁸⁷ CJCE, arrêt, 3 mars 2009, *Commission c. Suède*, aff. C—249/06 ; CJCE, arrêt, 3 mars 2009, *Commission c. Autriche*, aff. C—205/06 ; CJCE, arrêt, 19 novembre 2009, *Commission c. Finlande*, aff. C—118/07. Cf. égal. AREOU G., « *Cour de Justice des Communautés européennes — arrêts du 3 mars 2009 (Grande Chambre) — Commission c. Autriche et Commission c. Suède* », RGDIP, 2009, p. 460

¹⁸⁸ Règle coutumière codifiée à l'art. 62 CVDT : « Un changement fondamental de circonstances qui s'est produit par rapport à celles qui existaient au moment de la conclusion d'un traité et qui n'avait pas été prévu par les parties ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin au traité ou pour s'en retirer... » ; cf. CIJ, arrêt, 2 février 1973, Compétence en matière de pêche (RFA c. Irlande), Rec. 1973, p. 49 ; La cour a affirmé que ces changements doivent avoir des conséquences qui mettent « en périls l'existence ou le développement vital de l'une des parties... ». cf. égal. CIJ, arrêt, 25 septembre 1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), Rec. 1997, p. 7.

¹⁸⁹ Art. 62, 3) CVDT : « Si une part peut, conformément aux paragraphes qui précèdent, invoquer un changement fondamental de circonstances comme motif pour mettre fin à un traité ou pour s'en retirer, elle peut également ne l'invoquer que pour suspendre l'application du traité. »

¹⁹⁰ CJCE, arrêt, 3 mars 2009, *Commission c. Autriche*, aff. C—205/06, pt. 20.

¹⁹¹ La cohérence est bien un fil conducteur de ces arrêts dans la mesure où il s'agirait de renforcer le principe de coopération loyale auquel sont assujettis les États membres. NEFRAMI E., « *Renforcement des obligations des États membres dans le domaine des relations extérieures* », RTD eur. 2009, p. 609.

MADURO avait avancé l'idée d'une *compatibilité hypothétique* en l'absence de mesures effectives du Conseil, pour immédiatement s'appuyer sur l'obligation de coopération loyale et admettre que, dans le champ des compétences partagées, les États doivent s'abstenir d'entraver l'action future de la Communauté¹⁹². Si cet argument était juridiquement tenable, la Cour a fondé son raisonnement sur le principe classique d'interprétation des traités dit de *l'effet utile* pour affirmer que le maintien des dispositions litigieuses prive le droit communautaire de cet effet utile¹⁹³. De l'avis de Saïda EL BOUDOUHI, l'absence de toute référence à la coopération loyale, qui pose une obligation de comportement, permettait en effet d'aller au-delà en interprétant l'article 307 TCE comme imposant un devoir général de loyauté implicite dans l'exercice des compétences externes sanctionné par une obligation de résultat¹⁹⁴. Dans la pratique, les effets de ces arrêts étaient limités. En effet, toute renégociation était compromise par la nouvelle compétence exclusive de l'Union en la matière.¹⁹⁵ Cette limite posée par une compétence exclusive parcellaire — car entravée par les compétences étatiques — poussa la Commission à proposer un règlement établissant un régime transitoire où elle entendait encadrer de façon stricte la renégociation de ces TBI¹⁹⁶. Il a ainsi été proposé d'étendre l'article 351 TFUE¹⁹⁷ aux TBI conclus après cette nouvelle compétence dans la mesure où, sans cela, il faudrait imposer aux États de toujours prévoir l'extension possible des compétences communautaires¹⁹⁸, même si cette disposition a déjà été interprétée comme imposant aux institutions de respecter les engagements souscrits par les États membres avant leur adhésion¹⁹⁹.

¹⁹² MADURO P, conclusions jointes présentées le 10 juillet 2008, aff. C—205/06, *Commission c. Autriche*, pts. 33-43. L'AG fait notamment le parallèle avec l'obligation de coopération loyale en matière de délais de transposition des directives pour arriver à cette conclusion.

¹⁹³ Aff. C—205/06, para. 36.

¹⁹⁴ EL BOUDOUHI S, 'L'avenir des traités bilatéraux d'investissement conclus par les États membres de l'Union européenne avec les États tiers', *op. cit.*, p. 90.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 93.

¹⁹⁶ PARLEMENT EUROPEEN, CONSEIL, Règlement (UE) n° 1219/2012 du 12 décembre 2012 établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres et des États tiers.

¹⁹⁷ Art. 351 al. 1 TFUE : « Les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement au 1er janvier 1958 ou, pour les États adhérents, antérieurement à la date de leur adhésion, entre un ou plusieurs États membres, d'une part, et un ou plusieurs États tiers, d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions des traités. »

¹⁹⁸ En ce sens v CEYSSSENS J., « Towards a common foreign investment policy ? – Foreign investment in the European Constitution », *op. cit.* p. 288; MANZINI P., « The priority of Pre-Existing Treaties of EC member States within the framework of International law », EJIL, 2001, p. 786.

¹⁹⁹ CJCE, 14 octobre 1980, *Attorney General c. Juan C. Burgoa*, aff. C-812/79, Rec. 2787, para. 9

La démarche de légitimation de la compétence de l'UE est perceptible au demeurant avec l'avis 1/17 rendu à l'occasion de l'examen du mécanisme de règlement des différends investisseurs-Etats prévus dans l'Accord économique et commercial global (AECG) conclu entre l'UE et le Canada. En dépit des particularités de ce mécanisme²⁰⁰, la solution de la Cour est étonnante en considération de l'avis 2/13²⁰¹ et de l'arrêt *Achmea*²⁰² où l'autonomie de l'ordre juridique semblait avoir été érigée comme un critère infranchissable pour toute juridiction internationale mise en place dans le cadre d'un accord conclu par l'UE. De manière surprenante, la Cour a confirmé la compatibilité de ce mécanisme. Conformément aux conclusions de l'Avocat général BOT²⁰³, elle rappelle l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE, notamment avec les principes d'égalité et de confiance mutuelle. Elle affirme aussitôt qu'au regard des garanties offertes par le mécanisme de l'AECG — qui s'écarte du cadre de défiance des mécanismes de RDIE classiques des TBI —, ce dernier est conforme au Droit de l'UE²⁰⁴. Par ce raisonnement, la Cour a avalisé définitivement la politique européenne d'investissement, tant sur le plan matériel que procédural.

53. Au demeurant, en soulevant la question de la compatibilité des TBI extracommunautaires avec la nouvelle compétence de l'UE, ces arrêts mettent évidemment en avant la nécessité de déterminer l'étendue matérielle de cette compétence, et donc celle du droit européen des investissements.

54. Pour ce qui est des TBI intraeuropéens, il apparaît que les opinions sont davantage partagées. Les éléments de réponse à cette question sont cantonnés dans le cadre de l'article 59 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui permet l'extinction des traités antérieurs conclus entre les mêmes parties s'il porte sur la même matière, et s'il ressort de l'intention des parties de le dénoncer ou si les dispositions apparaissent incompatibles avec le traité postérieur. C'est de surcroît la détermination du critère de « *même matière* », qui interroge dans le cadre de cette étude.

55. Un premier courant d'auteurs tend à affirmer que la similitude de matière exigée est en l'occurrence réunie. Ils affirment sans détour que c'est parce que l'objet du droit communautaire

²⁰⁰ Sur ce mécanisme, cf. LANKARANI L. « La nouvelle version de l'AECG, et l'arbitrage en matière d'investissement direct étranger », in BLAIS A., *Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (AECG). Esprit et dynamique d'un bilatéralisme nouveau*, 2017., pp.437-472 [<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-03547767>].

²⁰¹ CJUE, avis, 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, avis 2/13.

²⁰² CJUE, arrêt, 6 mars 2018, *Achmea*, aff.C-284/16.

²⁰³ BOT Y., Conclusions présentées le 29 janvier 2019, in avis 1/17, pt 32 not.

²⁰⁴ CJUE, avis, 30 avril 2019, *AECG UE-Canada*, avis 1/17, pt. 107 et s.

est plus large que celui des TBI — limité à la seule protection — que cette similitude est *de facto* observée. Dès lors, l'ensemble des principes du droit communautaire — tels que la non-discrimination ou encore la liberté de circulation des capitaux — engloberait dans leur totalité les différentes clauses généralement prévues dans les TBI intraeuropéens²⁰⁵. D'autres auteurs sont plus réservés sur cette similitude en affirmant que si les deux corps de règles tendent à régir l'investissement international, leurs objectifs différents en ce que l'un serait porté sur la libéralisation et l'autre sur la protection de l'investissement²⁰⁶.

56. C'est également vers cette dernière opinion que la jurisprudence s'est orientée. Ainsi de l'affaire *Eastern Sugar*²⁰⁷, dans laquelle le tribunal a constaté une disparité de contenu. Le droit de l'UE garantit essentiellement l'accès au marché tandis que le TBI s'accorde essentiellement sur la protection post-établissement, et ce, notamment, au travers d'un traitement juste et équitable méconnu en droit de l'UE²⁰⁸. Mais au-delà d'une similitude objective, l'article 59 impose une intention des parties de mettre fin au traité ou à l'incompatibilité des deux traités. Sur la première de ces conditions, il apparaît que la lettre de l'article 59²⁰⁹ suppose une expression formelle de l'intention des parties de vouloir que le traité postérieur régie la matière concernée. Si on considère l'identité de matière comme acquise, l'absence d'expression formelle pourrait, au travers d'une analyse contextuelle de l'adoption de ces traités, permettre de mettre en exergue la volonté implicite des États de mettre fin aux TBI. Les auteurs supportant cette idée répètent que les traités bilatéraux conclus entre les pays de l'Est et les membres historiques de l'UE avaient essentiellement pour finalité de préparer la future adhésion des premiers. Ainsi, après l'adhésion, ces TBI étaient

²⁰⁵ TEYNIER E., « L'applicabilité des Traités bilatéraux sur les investissements entre États membres de l'Union », *Gazette du Palais*, 2008, n° 89, p. 14 ; POULAIN B., « Quelques interrogations sur le statut des Traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 812 ; DIMOPOULOS A., « The validity and applicability of International Investment agreement between EU member States under EU and International Law », *CMLR*, 2011, p. 85.

²⁰⁶ EILMANSBERGER T., « Bilateral investment treaties and EU law », *CMLR*, 2009, n° 46, p. 388.

²⁰⁷ SCC, sentence partielle, 27 mars 2007, *Eastern Sugar B.V. c. République Tchèque*, aff. n° 088/2004.

²⁰⁸ Ibid. paras. 159-161 et 164-166 ; v. égal. ; CPA (CNUDCI), 26 Octobre 2010 *Eureko B.V. c. République de Slovaquie*, aff. n° 2008-13, v. not. la note de POULAIN B., « L'applicabilité des TBI intracommunautaire : un tribunal ad hoc rejette la thèse de l'abrogation implicite et souligne la complémentarité des TBI avec le droit communautaire », *Revue de l'arbitrage*, 2011, n° 1, p. 259.

²⁰⁹ Art. 59, 1), a) CVDT : « s'il ressort du traité postérieur ou s'il est par ailleurs établi que selon l'intention des parties la matière doit être régie par ce traité ; »

frappés *ipso facto* de caducité²¹⁰. Dans le même sens, ils affirment que la méfiance des États envers le système juridique et juridictionnel des États hôtes, essentiellement à l'origine de la conclusion des traités de protection, ne serait plus de mise de par l'adhésion à une communauté de valeurs basée sur la confiance mutuelle²¹¹. Mais encore une fois, une telle argumentation ne vaut que si l'identité est avérée²¹². C'est ainsi que la sentence *Eastern Sugar* rejette, sans autre précision, la thèse du gouvernement tchèque en considérant que celui-ci n'a pas apporté la preuve d'une dénonciation explicite du Traité ni de la volonté des parties de mettre fin à celui-ci du fait de l'adhésion²¹³. C'est également l'avis des arbitres dans la sentence *Eureko* qui admettent que l'adhésion de la République slovaque aurait pu provoquer l'extinction du TBI concerné, mais qu'aucune preuve évidente ni intention formelle ne confirme cela²¹⁴. Au-delà du fait que les arbitres dans ces deux affaires semblent s'attacher à une lecture stricte de l'article 59 en exigeant une intention explicite, ces deux affaires confirment par l'absence de motivation détaillée sur cette condition que c'est bien l'inexistence d'identité de matière qui, logiquement, poussent les parties à ne pas formuler une quelconque intention de mettre fin aux TBI.

57. La troisième condition posée par l'article n'est pas épargnée par la controverse. Certains auteurs ont à ce sujet affirmé leur impuissance à démontrer l'existence d'une quelconque incompatibilité des dispositions matérielles entre les deux ensembles. En effet ce genre d'étude nécessiterait une analyse comparative détaillée de l'ensemble du droit matériel communautaire et du droit international des investissements tels qu'il ressort généralement des TBI²¹⁵. C'est pour cette raison que la plupart des auteurs se limitent, pour analyser cette condition de compatibilité, à

²¹⁰ POULAIN B., « Quelques interrogations sur le statut des Traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 807-814 ; TEYNIER E., « L'applicabilité des Traités bilatéraux sur les investissements entre États membres de l'Union », *op. cit.*, p. 16 ;

²¹¹ POULAIN B., « L'investissement international : définition ou définitions ? », in KHAN P., WÄLDE T.W. (dir.), « Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux » Martinus Nijhoff, 2007, p. 123.

²¹² C'est dans ce sens qu'il faut comprendre Thomas EILMANSBERGER qui affirme simplement, dans la continuité de son développement sur la première condition de l'art. 59 CVDT, que la seconde condition ne peut être remplie, EILMANSBERGER T., « Bilateral investment treaties and EU law », *op. cit.*, p. 395.

²¹³ SCC, sentence partielle, 27 mars 2007, *Eastern Sugar B.V. c. République Tchèque*, aff. n° 088/2004, para. 155 et s.

²¹⁴ TA CPA, 26 Octobre 2010 *Eureko B.V. c. République de Slovaquie*, aff. n° 2008-13, para. 244

²¹⁵ POULAIN B., « Quelques interrogations sur le statut des Traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 816

l'aspect procédural. Ainsi ces auteurs s'en remettent à l'article 344 TFUE (ex. 292 TCE)²¹⁶ et la fameuse affaire *Mox Plant* — fruit d'intenses débats sur la fragmentation du droit international — qui pose l'exclusivité de la Cour de Justice²¹⁷ pour les questions concernant l'application et l'interprétation du droit de l'UE. Ainsi, l'arbitrage investisseur-État prévu dans les TBI serait contraire à ce principe, et donc au droit communautaire²¹⁸. L'arbitrage investisseur État a également été perçu comme incompatible avec le droit communautaire de par le fait qu'il constituerait un moyen de contourner les juridictions nationales, chose incompatible avec le principe de confiance mutuelle²¹⁹. Dans le retentissant arrêt *Achmea* de 2018, la Cour, en évoquant l'obligation des Etats membres d'établir des voies de recours effectifs, a considéré le mécanisme de règlement des différends investisseur-Etat (RDIE) des TBI incompatible avec l'autonomie du droit de l'UE²²⁰.

58. Allant à l'encontre de ces opinions, le tribunal arbitral dans l'affaire *Eastern Sugar* avait balayé la thèse de l'incompatibilité de la protection offerte par les TBI avec le droit communautaire. Pour cela, il avançait l'idée que si les deux ensembles ne se recoupent pas exactement — certes des différences dans les garanties existent — il n'y aurait cependant en cela aucune contradiction. Au contraire, les deux ensembles seraient complémentaires dans la protection des investissements et donc aucune analyse conflictuelle en termes de validité ne peut se poser. Cette thèse est séduisante dans la mesure où elle replace le débat dans son contexte général.

§3. La théorie des complexes de régime comme grille d'analyse du droit européen des investissements étrangers

²¹⁶ Art. 292 TCE : 'Les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du présent traité à un mode de règlement autre que ceux prévus par celui-ci.'

²¹⁷ CJCE, arrêt, 30 mai 2006, *Mox Plant*, Commission c. Irlande, aff. C—459/03. Cette affaire est emblématique dès lors qu'elle conformément au droit communautaire, à la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Convention OSPAR) et à la Convention des Nations unies sur le droit de la mer (Convention de Montego Bay) plusieurs juridictions internationales étaient disponibles pour un même fait. V. entre autres : LAVRANOS N., 'The Scope Of The Exclusive Jurisdiction Of The Court Of Justice', *European Law Review*, 2007, pp. 83–94; MALJEAN-DUBOIS S., MARTIN, J.-C., « L'affaire de l'usine Mox devant les tribunaux internationaux », *JDI*, 2007, 134, 2, pp. 437-472 ; VERHOEVEN, J., « Sur les relations entre le juge communautaire et les autorités internationales », *AFDI*, 2008, pp. 1-21.

²¹⁸ MALJEAN-DUBOIS S., « L'affaire de l'usine Mox devant les tribunaux internationaux », *JDI*, 2007, p. 437-471.

²¹⁹ POULAIN B., « Quelques interrogations sur le statut des Traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 817

²²⁰ CJUE, arrêt, 6 mars 2018, *Achmea*, aff.C-284/16, pts. 32 et s.

59. L'usage de la notion de droit européen des investissements étrangers est exponentiel en dépit d'une identification embryonnaire qui mérite d'être questionnée (A.). La détermination d'un tel droit appelle une méthodologie précise (B) et des objectifs définis (C.).

A. La problématique soulevée

60. Il est constant que le droit de l'UE se soit toujours intéressé à la question de l'investissement international. Il l'a fait initialement et naturellement dans le cadre de la réglementation du marché intérieur. Il s'est également emparé de la question de l'investissement international dans le cadre de son action extérieure avec la conclusion d'accords d'intégration et de libéralisation des activités économiques, tels que les accords d'association, les accords de partenariat économique, ou tout autre accord de libre-échange. Toutefois, il n'a jamais été question d'évoquer l'existence d'un droit européen de l'investissement. Cette absence mettait en exergue la dichotomie entre la question de la libéralisation de l'investissement, du ressort des accords commerciaux tels que le TFUE ou les accords de l'OMC, et la question de la protection de l'investissement qui constitue à proprement parler le droit international de l'investissement, qui s'est principalement matérialisé autour des traités bilatéraux d'investissement.

61. L'évocation d'un droit européen de l'investissement ne s'est fait sentir qu'à l'occasion de l'élaboration de la compétence externe de l'UE en matière de protection de l'investissement, compétence actée par le Traité de Lisbonne.

62. Lorsqu'on s'intéresse aux études publiées, la majorité des écrits se focalisent soit sur la détermination de la compétence de l'UE, soit sur les conflits générés par cette compétence, notamment en termes de compatibilité entre le droit européen et les TBI. Or, il ressort de l'analyse de la jurisprudence, tant de la Cour de justice que des juridictions arbitrales, que la solution à une telle question — que ce soit au regard des TBI intraeuropéens et du droit européen ou des TBI extraeuropéens et du droit international — passe par une analyse détaillée des dispositions du droit de l'UE européen afin de déterminer — au sens de caractériser et de spécifier — l'existence d'un droit de l'Union européenne des investissements étrangers pour, *de facto*, vérifier son identité avec le droit international.

63. Nous nous proposons ainsi, à partir de l'observation du droit international de l'investissement tel qu'il s'est déployé dans les instruments conventionnels et dans la jurisprudence, d'éprouver le contenu et l'orientation idéologique du droit européen des investissements étrangers.

B. La méthode employée

64. La formulation d'une réponse ordonnée aux défis juridiques posés par la notion de Droit européen des investissements étrangers nécessite certaines précisions méthodologiques préalables. Tout d'abord, le cadre de cette étude se limitera aux aspects matériels du droit européen des investissements internationaux. En dépit du constat que le mécanisme de règlement des différends investisseurs-Etats est considéré par beaucoup comme l'une des raisons d'être et la spécificité des TBI²²¹ et que l'arbitrage d'investissement constitue un moyen de régulation du droit international de l'investissement²²², il nous semble que les considérations procédurales sont nécessairement subsidiaires. De la sorte, une réponse à la question de l'existence du droit européen des investissements étrangers peut être donnée indépendamment de la détermination de ses aspects procéduraux. L'existence d'une matière ne peut être inféodée uniquement à ses mécanismes de mise en œuvre. C'est ce postulat qui justifie que dans la plupart des champs académiques, des études distinctes entre le droit matériel et le droit procédural existent. En l'occurrence, la situation de l'Australie à l'égard des mécanismes de RDIE justifie une telle exclusion. Effectivement, les AII de l'Australie ne contiennent pas de clause RDIE²²³. *A contrario*, l'intégration des aspects du droit intraeuropéen apparaît nécessaire afin de proposer une réponse cohérente à l'identification du droit européen applicable aux investissements étrangers. Au regard de la double internationalité — interne et externe²²⁴ — impliquée par l'UE, il faut considérer, en raison de la persistance de l'élément de souveraineté entre les Etats membres, que les investissements intraeuropéens demeurent des investissements transnationaux régis par un AII, à savoir le TFUE. L'objectif d'intégration poursuivi par le marché intérieur ne remet pas en cause l'élément d'extranéité entre Etats membres²²⁵. Dès lors, étudier le droit européen des investissements étrangers uniquement à l'aune de l'action externe ne donnerait qu'une vision partielle de ce droit en omettant le droit intraeuropéen qui lui a préexisté et le dépasse en termes d'approfondissement.

²²¹ Gaillard E., « commentaire sous la sentence plama » *op. cit.* p. 286 ;

²²² LANKARANI L., « Les investissements internationaux : arbitrage et régulation », LPA, 2011, n° 119, p.8-13

²²³ Cf. Australia-United States Free Trade Agreement (AUFSTA), signé le 18 mai 2004.

²²⁴ BERGE J-S., « La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé », in *Droit international privé*, Travaux du Comité français de droit international privé, 17e année, 2004-2006. 2008. pp. 29-62.

²²⁵ MADDALON P., « Réalité politique : qui organise l'accès au marché ? » in MICHEL V. (dir.), *1992-2012 : 20 ans de marché intérieur – Le marché intérieur entre réalité et utopie*, Bruylant, 2014, pp. 83-102.

65. L'étude du droit européen des investissements étrangers suppose ensuite le choix d'une méthode adaptée à saisir efficacement cet objet. Le choix d'une telle méthode doit par ailleurs prendre en considération le défi de l'approche positiviste et comparatiste, mise en évidence par les juridictions ayant été amenées à statuer sur la question de la compatibilité, mais également celui que soulève nécessairement l'existence, *a priori*, de principes et objectifs opposés dans l'appréhension de l'investissement. Il s'agit en effet d'être en mesure, dans l'identification de ce droit, de pouvoir rendre compte de l'orientation idéologique de la matière au regard de l'opposition avancée entre un droit de la défiance — tourné vers la protection — et un droit de la confiance — tourné vers la libéralisation. Ainsi à l'approche dogmatique juridique, tendant à systématiser l'ensemble des normes de la matière au travers de ses différentes sources, il convient également d'intégrer une approche dynamique. C'est ce que permet la méthode de « l'intégration systémique » telle que dégagée par la Commission du droit international dans le cadre de l'étude du phénomène de fragmentation. Une telle approche implique de dépasser la simple analyse positiviste pour interroger les normes au regard du contexte normatif général dans lequel elles se déploient²²⁶.

66. Une telle méthodologie trouve une certaine résonance dans la théorie des complexes de régimes, dont la mobilisation apparaît opportune dans le cadre d'une étude sur un environnement aussi complexe que celui de la réglementation de l'investissement international. La théorie des complexes de régimes, qui semble s'imposer davantage dans la littérature anglo-saxonne afin de caractériser les systèmes de coopération et de gouvernance internationales²²⁷, a été mobilisée par les auteurs Karl RAUSTIALA et David VICTOR afin de décrire un système complexe²²⁸ qui se définit comme :

a network of three or more international regimes that relate to a common subject matter; exhibit overlapping membership; and generate substantive, normative, or operative interactions recognized as potentially problematic whether or not they are managed effectively [...] ²²⁹.

²²⁶ CDI : COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, Rapporteur spécial KOSKENNIEMIE M., « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », *op. cit.* not. pp. 228-229.

²²⁷ Cf. RAUSTIALA K., VICTOR D., 'The Regime Complex for Plant Genetic Resources', International Organization, 2004, vol. 58, 2, pp. 277-309; ALTER K., MEUNIER S., 'The Politics of International Regime Complexity', Perspectives on Politics, 2009, vol. 7, pp. 13-24. Pour un état de la littérature, cf. GOMEZ-MERA L., MORIN J-F, VAAN DE GRAF T., « Regime complexes », in BIERMANN F., RAKHYUN E-K. (dirs.), *Architectures of Earth System*, CUP, 2020, pp. 137-157.

²²⁸ RAUSTIALA K., VICTOR D., « The Regime Complex for Plant Genetic Resources », *op. cit.* p. 277 et s.

²²⁹ ORSINI A., MORIN J-F, YOUNG O., 'Regime Complexes: a Buzz, a Boom, or a Boost for Global Governance?', Global Governance, 2013, vol. 19, p. 23.

67. Cette définition permet de caractériser la situation où plusieurs systèmes réglementent un même objet. Or, en considérant qu'un régime est défini par un ensemble de normes dont la cohérence est caractérisée par une identité d'objet et d'objectif normatif, on affirme l'existence d'un régime international de l'investissement dont l'objet est la protection de l'investisseur et de ses biens sur le territoire de l'Etat d'accueil, tel que cela ressort de ses racines partagées avec le droit international de la condition des étrangers²³⁰. L'intérêt d'une approche en termes de régime complexe est d'envisager une approche non conflictualiste entre les différents systèmes, afin de dégager d'une analyse positiviste des interactions normatives et institutionnelles²³¹. Joost PAUWELYN caractérise cette situation dans le cadre de la réglementation internationale de l'investissement, mais préfère parler de systèmes complexes que de régime complexe²³². Comment pourrait-il en être autrement face à ce que certains considèrent comme un chaos²³³ où cohabitent des milliers de TBI — et plus généralement d'AII, régionaux et bilatéraux —, une multitude d'organes et institutions, internationales ou régionales — OMC, UE, OCDE, CNUDCI — avec différents systèmes de règlement des différends, dont l'arbitrage selon des règles et des forums distincts — CIRDI, CPA, CNUDCI, SCC ? Par conséquent, l'analyse du droit européen, des investissements permettra au travers de ses normes de dégager la manière dont il interagit avec l'ensemble du système, et par conséquent, son positionnement, par rapport à l'approche traditionnelle.

²³⁰ HINDELANG S., KRAJEWSKI M., 'Towards a more comprehensive approach in international investment law', in HINDELANG S., KRAJEWSKI M. (dirs.), *Shifting paradigm in international investment law – More balanced, less isolated, increasingly diversified*, OUP, 2016, pp. 1–19 et not. 1–2.

²³¹ Pour un aperçu du positionnement du droit européen dans ce complexe, cf. BEAUMIER, G., « Le traité de Lisbonne et le droit international de l'investissement : l'évolution d'un nouveau modèle européen », *Études internationales*, 2016, 47, 4, pp. 365–386

²³² PAUWELYN J., « At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed », *ICSID Rev.*, 2014, vol. 29, no 2 : 1–47.

²³³ Pour un aperçu, cf. HORCHANI F. (dir.), *Où va le droit de l'investissement ? : Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006, Pedone, 2006 ; BEN HAMIDA W., « L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », *AFDI*, 2005, pp. 564–602; TANON S., *Le droit des investissements internationaux vu par la CIJ et le CIRDI*, Thèse de doctorat, Droit Université de Bordeaux, 2016, 518 p.; Danic D., *L'émergence D'un Droit international Des Investissements, Contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI*, Thèse de doctorat, Droit. Université Paris 10 Nanterre, 2012, 1216 p.

C. Les objectifs poursuivis

68. Partant de la théorie du système complexe — ou complexe de régimes — il est constant que l'UE participe depuis toujours, de par son objet, aux régimes de l'investissement étranger. Le droit de l'UE, focalisé sur la libéralisation des investissements, cohabitait ainsi avec le droit issu, majoritairement, des TBI. Ce droit, caractérisé par le *gold standard*²³⁴ des TBI européens, est l'objet de vives critiques qui poussent à une reformulation des normes aux fins d'un équilibre des intérêts. Effectivement, il apparaissait que dans sa formulation et son interprétation, que ce soit dans la définition de son champ d'application ou des normes de traitement et de protection, l'enjeu était de favoriser une pleine protection des investisseurs et des investissements étrangers, en considération de ces seuls intérêts²³⁵. La mise en œuvre de la politique européenne externe d'investissement depuis le Traité de Lisbonne et la compétence de l'article 206 TFUE est indéniablement un fait majeur. D'une part, la Commission européenne a été mise en demeure de proposer un droit des investissements plus équilibré, au travers d'une intégration de considérations liées à la préservation des intérêts étatiques dans la formulation des normes²³⁶. D'autre part, la mise en œuvre de cette compétence était l'occasion de considérer ensemble la libéralisation de l'investissement et sa protection. Ce lien entre libéralisation et protection avait déjà été établi dans le cadre de la réglementation interne où il est manifeste que la complexité du droit de l'UE, et, en particulier, du droit du marché intérieur et des principes qui y sont attachés est en mesure d'offrir des garanties de traitement et de protection similaires à celles issues de la pratique conventionnelle.

69. En tout état de cause, l'objet initial du droit de l'UE et le cadre dans lequel se déploie — en l'espèce la protection des investissements — démontre que le premier marqueur d'identification du droit européen de l'investissement est l'importance attachée à la libéralisation de l'investissement. Celle-ci est, en l'occurrence, érigée en principe et en droit. D'une part, dans la

²³⁴ TITI C., « Full Protection and Security, Arbitrary or Discriminatory Treatment and the Invisible eu Model bit », JWIT, vol. 15, 3-4, pp. 534-550 ; REINISCH A., « Putting the Pieces Together... an eu Model bit? », JWIT, 2014 vol. 15, 3-4, p. 682.

²³⁵ VANDEVELDE K.J., 'The liberal vision of the international law on foreign investment', in LIM C.L., *Alternative visions of the international law on foreign investment – Essays in honour of Muthucumaraswamy Sornarajah*, CUP, 2016, pp. 43–68.

²³⁶ Cf. par ex. PARLEMENT EUROPEEN, KADER A. rapport du 23 mars 2011, sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux, 2010/2203 (INI) ; PARLEMENT EUROPEEN, Résolution du 6 avril 2011 sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux, 2010/2203 (INI) ; COMMISSION EUROPEENNE, Communication du 7 juillet 2010 au Conseil, au Parlement Européen, au comité économique et Social européen et au Comité de Régions, « Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux, COM (2010) 343 final.

définition de son champ d'application, si le droit de l'UE semble prendre en considération certains développements tendant à un encadrement des critères, l'approche proposée ne trahit pas en définitive l'approche libérale majoritaire. En outre, cette approche se nourrit des solutions ouvertes du droit du marché intérieur, dont l'enjeu est la libéralisation. D'autre part, cette libéralisation de l'investissement est approfondie par la mise en évidence d'une véritable liberté d'investir permettant à l'investisseur de sanctionner l'effectivité des garanties de libéralisation de l'investissement. Si ces mécanismes ne sont pas inconnus dans la plupart des instruments de libéralisation, c'est leur portée et leur cohabitation à côté de normes de protection en droit de l'UE qui apparaît innovant. Toutefois, en termes de réponse à cette libéralisation, le droit européen, qui se caractérise par une certaine complexité notamment dans les intérêts protégés, propose des normes de traitement et de protection de l'investissement plus équilibrées. Au demeurant, en considération des particularités et de la complexité de l'ordre juridique européen, le droit européen des investissements, en s'inspirant des différentes sources qui composent le régime de l'investissement, est à même de proposer un droit innovant dans ce système complexe.

70. L'étude du champ d'application permet ainsi de mettre en évidence la vocation libérale du Droit européen de l'investissement étranger (Partie 1). Cette vocation est confirmée par l'affirmation de garanties de libéralisation (Partie 2). Ce cadre de libéralisation de l'investissement permet de mettre en évidence la redéfinition consécutive des normes de traitement et de protection de l'investissement (Partie 3).

PARTIE 1.

LA LIBERALISATION DE L'INVESTISSEMENT ET LA DEFINITION DU CHAMP D'APPLICATION DU DROIT EUROPEEN DES INVESTISSEMENTS

71. L'absence historique de consensus autour d'une définition juridique objective de l'investissement²³⁷ est profondément liée à la question de la libéralisation des investissements dans les instruments traditionnels de protection. Effectivement, le subjectivisme dans la conception d'un investissement international trouve une cause dans la fonction normative du droit. L'objet d'une définition étant de modeler la réalité pour la réalisation d'une fin, la multiplicité de textes et définitions, s'explique par le fait que chacun tend, au travers de chaque accord, à réaliser un ensemble d'intérêts.

72. C'est au demeurant le mariage naturel entre le nominalisme et le souverainisme²³⁸ qui incite à délaisser toute définition objective au profit de définitions contextuelles, à même de réaliser les intérêts et objectifs de compétitivité et d'attractivité des États²³⁹. Dans un contexte de mondialisations des activités commerciales et financières, la notion subit également les pressions des opérateurs désirant en élargir les limites. Mais l'investissement, à la différence de la notion de bien, intègre une fonction sociale et économique lui permettant d'être plus qu'un outil de stratégie privée. L'investissement «est un incubateur de développement économique et social par destination, un instrument de stratégie économique, financier et fiscal, public ou privé»²⁴⁰. Dans cette perspective, la mise en concurrence des marchés nationaux implique chez les États, une tension, celle de l'équilibre entre l'attractivité et le maintien des fonctions économiques des opérations protégées.

73. Promouvoir et protéger les investissements étrangers tout en s'assurant qu'ils remplissent leurs fonctions économiques et sociales, c'est là un travail d'orfèvre qui nécessite une définition rigoureuse du champ d'application des normes. Dans les instruments internationaux de protection des investissements, le champ d'application se définit autour de la notion d'investissement. Si le critère *ratione materiae* renvoie à la définition objective de l'investissement, les critères *ratione personae* et *ratione loci* se recoupent dans la notion d'investissement couvert. En d'autres termes si le bien doit relever des biens identifiés *a priori* comme investissement, il ne pourra être protégé que s'il est réalisé par un «investisseur étranger» sur le territoire de l'Etat d'accueil. L'enjeu est donc, sur ces

²³⁷ NANTEUIL (de) A., *Droit international de l'investissement*, Pedone, 2^e éd., 2017, p. 165.

²³⁸ SINKONDO M., « Un élixir de sagesse pour une vieille canaille : la notion d'investissement saisie par le droit international » in CAUSSE H., SINKONDO M. (dirs.), *Le concept d'investissement : regards croisés des droits internes, international et communautaire*, Bruylant, 2011, pp. 15-20.

²³⁹ CARREAU J., JUILLARD P., BISMUTH R., HAMANN A., *Droit international économique*, Dalloz, 6^e éd., 2017, p. 574.

²⁴⁰ CAUSSE H., SINKONDO M., « avant-propos » in CAUSSE H., SINKONDO M. (dirs.) *Le concept d'investissement : regards croisés des droits internes, international et communautaire*, Bruylant, 2011, pp. V-VI

deux aspects, d'être en mesure de proposer des critères préservant une définition à même de s'adapter à l'évolution des techniques d'investissement, et ce, tout en évitant l'écueil de critères trop larges susceptibles d'offrir une protection à des activités inaptes à contribuer à l'économie nationale et donc aux intérêts publics²⁴¹.

74. Le résultat dans la pratique majoritaire a été d'exclure des engagements conventionnels, et donc de la définition des investissements couverts, les biens et les opérateurs avant leur admission sur le territoire de l'Etat. Cette exclusion de la phase de préinvestissement assurait donc à l'Etat une certaine maîtrise dans l'accès au territoire. Dans le même temps, l'impératif de compétitivité et l'adhésion au libéralisme économique s'exprimaient dans un formalisme exacerbé dans la définition de l'investissement. C'est en particulier l'adoption de définitions ouvertes assurant une marge de manœuvre pour la qualification d'investissement et des critères souples pour que cet investissement soit couvert.

75. La pratique européenne remet *a priori* en cause cette approche, du moins formellement. Le cadre normatif du marché intérieur implique l'absence d'une définition explicite. Toutefois, le champ d'application du marché intérieur couvre largement les biens et opérations connus en droit international. Ce constat doit être reconduit dans l'identification des critères de rattachement personnel et territorial. Les caractéristiques du marché intérieur impliquent en outre un dépassement en ce sens que les biens couverts et les opérateurs couverts bénéficient d'une garantie de libre admission. Sur le plan externe, les accords européens approfondissent, en s'inspirant du TFUE et d'autres instruments relatifs aux investissements, en l'occurrence nord-américains, la libéralisation de la matière au travers des définitions proposées. Cette libéralisation s'impose en dépit des tentatives d'encadrement des qualifications.

76. En tout état de cause, le droit européen semble reconduire le formalisme des pratiques majoritaires tout en imposant une libéralisation perceptible dans la définition objective de l'investissement (Chap. 1) et dans la caractérisation d'un investissement couvert (Chap. 2).

²⁴¹ NANTEUIL (de) A., Droit international de l'investissement, Pedone, op.cit., p. 166.

CHAPITRE 1. LES DIFFICULTES D'APPREHENSION D'UNE CONCEPTION OBJECTIVE DE L'INVESTISSEMENT

77. En tant qu'organisation d'intégration économique, l'Union européenne appréhende nécessairement les opérations d'investissements étrangers. Toutefois, en raison du principe d'attribution, il ne s'agit nullement d'identifier explicitement un fait susceptible d'impliquer un régime de protection spécifique à l'instar des traités bilatéraux d'investissement. L'UE encadre l'investissement seulement en ce qu'il s'apparente à un bien ou une activité économique couverte par les textes pertinents, et ce, de la même façon que l'OCDE ou l'OMC sont amenées à connaître des investissements étrangers. Dans ce cadre, il s'agit d'une simple activité économique dans laquelle se réalisent des établissements, des échanges de services ou des flux de capitaux²⁴². C'est donc la divergence du cadre formel — d'un côté des accords commerciaux et de l'autre des accords d'investissements — qui nourrit la divergence de conception de l'investissement, et ce, même si des convergences matérielles existent naturellement et encore plus dans le cadre européen.

78. La conception dynamique et globalisante du marché intérieur et des libertés économiques dans la mise en œuvre de l'objectif de libéralisation des activités économiques implique que le droit de l'UE est à même de connaître matériellement, de l'ensemble des opérations susceptibles d'être appréhendées par les accords d'investissements qui proposent majoritairement des définitions ouvertes. L'extension des compétences externes de l'UE dans le cadre de la Politique commerciale permet d'observer un rapprochement, avec le cadre interne, dans les modalités d'identification formelle de l'investissement. Il est toutefois intéressant de noter que l'UE, en réaction aux critiques émises, essaie de s'écarter des définitions laconiques et formalistes qu'on retrouve notamment dans les TBI des Etats membres²⁴³. Mais en dépit des tentatives remarquables, force est de constater que, contraint par une volonté de promotion des investissements, l'UE ne parvient pas à formuler une véritable définition juridique objective et rigoureuse.

79. Le constat qui ressort est donc celui d'une convergence matérielle dans l'identification de l'investissement avec la pratique issue des TBI. Cette convergence existe en interne en dépit de l'approche formelle indirecte et fragmentée (Sect. 1) mais elle s'observe également en externe où il convient cependant de noter l'effort d'objectivisation de la définition (Sect. 2).

²⁴² CARREAU J., JUILLARD P., BISMUTH R., HAMANN A., *Droit international économique, op. cit.*, p. 573.

²⁴³ V. COMMISSION DU COMMERCE INTERNATIONAL, Rapporteur ARIF K., Rapport sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux (2010/2203 (INI))

SECTION 1. L'INVESTISSEMENT ETRANGER, OBJET INDIRECT DE LA REGLEMENTATION INTERNE

80. Dans le cadre de l'UE, l'investissement étranger se trouve intégré dans l'objet premier de l'UE qui est l'intégration et la protection des activités économiques transfrontalières. L'investissement n'est donc pas perçu, à la différence des TBI en soi comme un objet juridique. Il s'agit seulement de le libéraliser comme tout fait économique transfrontalier dès qu'il ressort du domaine du marché intérieur. S'il s'agit d'une appréhension indirecte et fragmentaire, elle demeure, à l'instar des TBI, extrêmement libérale, dès lors qu'elle aboutit à appréhender une diversité de *situations* d'investissement. Si certains critères sont parfois décelés et recourent ceux énoncés en droit international, leur objet n'est pas l'investissement étranger. Leur interprétation est tributaire du champ d'application de la liberté pour laquelle ils ont été énoncés, champ d'application dont l'objectif de réalisation du marché intérieur implique dans la jurisprudence de la Cour de justice une interprétation dynamique et extensive. La situation est alors proche de celle du droit international en raison de l'impossibilité d'une conception objective de l'investissement étranger.

81. Dès lors il s'agira de revenir sur l'identification de l'investissement au travers des activités économiques libéralisées (§1) qui impliquent l'absence d'une conception juridique objective de l'investissement (§2).

§4. La diversité des « situations » et des activités d'investissement

82. De par son objet économique, le marché intérieur, qui se réalise au travers des libertés de circulations, appréhende *de facto*, et très largement, les investissements étrangers connus du droit international. De nombreuses opérations font ainsi l'objet de l'encadrement du droit de l'Union dès lors qu'elles s'apparentent à des activités économiques transfrontalières. L'interprétation large des critères d'application des libertés économiques permet d'une part de se saisir globalement de la forme traditionnelle d'investissement étranger. L'investissement direct étranger, qu'il se matérialise oui ou non dans une entreprise, ou, quelle que soit la nature publique ou privée du partenaire, relève pleinement du droit de l'Union (A). Au-delà d'autres formes d'intérêts, qualifiés d'indirects, également connues en droit international trouvent leur place en droit européen en tant qu'investissement (B).

A. L'appréhension globale des investissements directs étrangers

83. C'est avant tout au moyen de la libre circulation des capitaux que l'UE se saisit des investissements directs étrangers (1) en dépit d'un champ d'application vaste, certains investissements qui dépassent le simple engagement de capitaux pour se matérialiser dans une entreprise sont appréhendés par la liberté d'établissement (2). Enfin, lorsque l'investissement se traduit par un contrat d'exploitation ou de concession, la libre prestation de service trouve à s'appliquer (3).

1. La notion d'investissement direct étranger dans le cadre de la libre circulation des capitaux

84. La libre circulation des capitaux constitue la référence principale en matière d'investissements (directs) étrangers, et ce, conformément au champ d'application *ratione materiae* défini par le droit de l'Union. L'importance de la libéralisation des mouvements de capitaux dans l'espace européen est telle qu'elle s'affiche comme la seule liberté fondamentale universelle. Les articles 63 à 66 du TFUE libéralisent les mouvements de capitaux entre États membres, mais également entre États membres et pays tiers. Cette approche unifiée signifie donc que la notion de mouvement de capitaux dans le cadre de la libre circulation est la même, que le transfert s'opère dans un cadre intra ou extraeuropéen - même si, et dans une certaine mesure, le régime n'est pas en tout point identique²⁴⁴.

85. En dépit — ou en raison — de ce particularisme et de son importance dans la construction européenne, le droit primaire n'avance aucune définition de la notion de mouvements de capitaux. A charge pour la jurisprudence, en s'appuyant sur le droit dérivé et la directive 88/361/CEE,²⁴⁵ de pallier cette lacune en donnant des orientations précises. Pour des raisons inhérentes aux mouvements de capitaux et aux conditions de leur libéralisation dans les traités, la Cour de justice des communautés européennes refuse assez tôt d'en donner une définition globale et objective²⁴⁶. La situation est alors similaire à celle observée dans les premiers TBI où les États, pris dans impératifs contradictoires, mais adhérant toutefois aux idéologies prônées par l'économie de marché, voient dans la définition de l'investissement un outil concurrentiel qu'il faut éviter de

²⁴⁴ CJCE, 14 décembre 1995, *Sanz de Lera*, aff. Jointes C-163, 165 et 250/94.

²⁴⁵ CONSEIL DE L'UE, Directive 88/361/CEE, du 24 juin 1988 *pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité*, JO L 178, 8.7.1988, p. 5–18, v. not. Annexe 1 de la directive.

²⁴⁶ CJCE, 11 novembre 1981, *Casati*, aff. C-203/80, v. not. les pts. 8-13 par rapport à l'exportation de billets de banque.

neutraliser en le figeant dans une définition trop rigide insusceptible de s'adapter à la diversité des techniques d'investissement. La libre circulation des capitaux, premier véhicule de l'investissement étranger et donc principal facteur d'attractivité et de croissance du marché intérieur doit être identifiable, mais non identifié²⁴⁷.

86. C'est en ce sens que, dans les affaires *Casati* et *Luisi et Carbone*, la Cour a estimé que le transfert physique d'actifs financiers — en l'espèce des billets de banque — constituait un mouvement de capitaux tant que ce transfert avait pour objet « le placement ou l'investissement du montant en cause et non la rémunération d'une prestation »²⁴⁸. Autrement, c'est davantage l'engagement des capitaux dans une démarche de placement, et donc de profits, que la nature économique qui caractérise la notion de capitaux.

87. Nonobstant les changements apportés aux Traités, la Cour a validé la pertinence de l'utilisation, à titre « indicatif » et en particulier en raison de son caractère « non exhaustif », de la nomenclature adossée à la directive 88/361/CEE afin de déterminer quelles opérations constituent des mouvements de capitaux²⁴⁹. Inspirée du modèle du code de libéralisation des mouvements de capitaux de l'OCDE²⁵⁰, la nomenclature identifie les mouvements de capitaux en fonction de la nature économique des actifs et passifs en cause. Cette approche suppose que le « capital » dans le cadre réglementaire européen désigne tout actif ayant une valeur économique et utilisée à des fins de placements. Ce qui, on en conviendra, est considérablement ouvert. Cette approche est en effet similaire aux définitions ouvertes dites « *assets based* »²⁵¹ majoritaires dans la pratique des TBI et où

²⁴⁷ Cet impératif concurrentiel explique ainsi l'universalisme de la libéralisation des capitaux

²⁴⁸ CJCE, 31 janvier 1984. *Luisi et Carbone*, aff. jointes C-286/82 et C-26/83, pts. 20-22. Ce qui confirme la dimension fonctionnelle de la définition dès lors que le transfert n'est pas en soi un mouvement de capitaux.

²⁴⁹ CJCE, 6 mars 1999, *Trummer et Mayer*, aff. C-222/97 ; CJCE, 4 juin 2002, *Commission c. Portugal*, aff. C-367/98 ; CJCE, 13 mai 2003, *Commission c. Espagne*, aff. C-463/00 ; CJCE, 13 mai 2003, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-98/01 ; CJCE, 2 juin 2005, *Commission c. Italie*, aff. C-174/04. Plus récemment, v. CJUE, 6 mars 2018, *SEGRO et Horváth*, aff. jointes C-52 et 113/16, pt. 56 et CJUE, 21 mai 2019, *Commission c. Hongrie (Usufruits sur terres agricoles)*, aff. C-235/17, pt. 54 : « [la] nomenclature [figurant à l'annexe I de la directive 88/361/CEE] conservant la valeur indicative qui était la sienne pour définir la notion de mouvements de capitaux... ».

²⁵⁰ CONSEIL DE L'OCDE, *Code de libéralisation des mouvements de capitaux*, 12 déc. 1961, OECD/C (61) 96, Annexe A « Listes de libération des mouvements de capitaux ».

²⁵¹ Elle trouve son origine dans le premier TBI de 1959 signé entre l'Allemagne et le Pakistan, Traité entre la République fédérale d'Allemagne et le Pakistan tendant à encourager et à protéger les investissements, signé à Bonn le 25 novembre 1959, consultable en ligne : <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20457/volume-457-I-6575-French.pdf> ; v. BISCHOFF J.A., HAPP R., « The notion of investment », in BUNGENBERG M. ; GRIEBEL J., HOBE S. ea. (dirs.), *International investment law*. Nomos, 2015, p. 500.

l'investissement est appréhendé comme « tout type d'actif » ou d'avoir (*any kind of asset*) avec une liste non exhaustive d'actifs représentatifs²⁵².

88. La nomenclature identifie comme mouvement de capitaux, en premier lieu et à titre principal, les mouvements liés aux investissements directs. Il ressort que la notion d'investissement direct, telle qu'elle est employée, renvoie à l'établissement, à l'extension ou à la participation dans des entreprises nouvelles ou existantes par le biais de participations en actions ou en titres qui établissent ou maintiennent des liens directs entre la personne qui fournit le capital et l'entreprise à laquelle le capital est mis à disposition afin d'exercer une activité économique²⁵³. En sus, la nomenclature reconnaît comme investissements directs les prêts à long terme qui visent à établir ou à maintenir des liens économiques durables²⁵⁴. Par-là, elle tend à considérer les contrats financiers à long terme comme des investissements étrangers au même titre que l'établissement ou la participation dans des entreprises.

89. Il en ressort que la notion d'investissement direct telle qu'entendu en droit communautaire s'aligne sur la conception généralement retenue en droit international²⁵⁵. Toutefois, si les deux systèmes conçoivent l'investissement comme un actif économique, le droit communautaire définit l'investissement en fonction de la forme que prend le capital avant et après son transfert au-delà des frontières nationales. Ainsi, elle identifie comme investissements les actifs économiques qui quittent le pays d'origine — actifs qui sont généralement des actifs financiers — et la forme qu'ils prennent initialement dans le pays d'accueil — en général, il s'agit de la détention d'actions. De sorte, les droits de propriété acquis par l'entreprise contrôlée par l'investisseur ne peuvent être inclus dans la conception communautaire de la notion d'investissement, non pas parce qu'ils ne sont pas qualifiés d'investissement en tant que tel, mais simplement parce qu'ils ne relèvent pas, dans cette hypothèse précise, du champ réglementaire de la libre circulation des capitaux.

²⁵² Elle se distingue par exemple des approches minoritaires, mais en progression, mises en œuvre par exemple dans le modèle canadien ou dans l'ALENA : cf. art. 1139 de l'ALENA avec une approche doublement fermée qui identifie négativement et positivement exhaustivement ce qui constitue un investissement.

²⁵³ V. entre autres pour « participations dans des entreprises nouvelles ou existantes, constituées sous forme de sociétés par actions », CJUE, 20 septembre 2018, *EV c. Finanzamt Lippstadt*, aff. C-685/16, pts 67-68 ; CJUE, 24 novembre 2016, *SECIL*, C 464/14, pt. 75 ; CJCE, 24 mai 2007, *Holböck*, aff. C-157/05, pt. 35.

²⁵⁴ Pt. I 3 de l'annexe I Directive 88/361/CEE. V. également, CJCE, 4 novembre 1995, *Peter Svensson et Lena Gustavsson*, aff. C-484/93, pt. 7 ; CJCE, 22 décembre 2008, *État belge – SPF Finances c. Truck Center SA*, aff. C-282/07, pt. 23 des Conclusions de l'Avocat général KOKOTT J., présentées le 18 septembre 2008 ; CJCE, 14 octobre 1999, *Sandoz GmbH*, aff. C-439/97, pt. 35 des Conclusions de l'avocat général LEGER P., présentées le 20 mai 1999 : « Or, un prêt est une opération financière qui permet l'obtention de fonds destinés généralement à être investis ou placés. En outre, il ressort de l'annexe I, point VIII, sous B, de la directive 88/361 que les prêts et crédits accordés par des résidents à des non-résidents constituent des mouvements de capitaux. »

²⁵⁵ OCDE, Définitions de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux, 4^{ème} éd., 2008, 284 p.

90. Au demeurant, la notion de capital englobe tous types d'actifs économiques qui traversent les frontières nationales ainsi que toutes les formes qu'ils peuvent prendre après l'entrée dans le pays d'accueil. Dès lors, et à titre d'exemple, si le capital initial est constitué de biens corporels, tel que des machines, le transfert ne sera pas conçu comme un mouvement de biens, mais comme un mouvement de capitaux²⁵⁶. En réalité, c'est « l'ensemble des opérations nécessaires à la réalisation des mouvements de capitaux : conclusion et exécution de la transaction et transferts y afférents »²⁵⁷ qui sera considéré comme mouvements de capitaux et donc comme IDE, ce qui rend la notion potentiellement illimitée matériellement²⁵⁸.

91. Précisons en dernier lieu que l'inscription d'une activité économique dans la nomenclature ne signifie pas que cette activité sera caractérisée comme un mouvement de capitaux dans l'absolu et le capital engagé comme un investissement. Inversement, la nomenclature étant indicative, des éléments non précisés peuvent, en considération d'un critère fonctionnel, être identifiés comme des investissements directs²⁵⁹.

2. L'identification de la notion d'investissement direct au travers de la liberté d'établissement

92. La pertinence du chapitre relatif à la liberté d'établissement se comprend dès lors que l'investissement dépasse le seul cadre d'un transfert d'actifs pour se matérialiser dans une entreprise²⁶⁰. L'identification de l'investissement étranger dans ce cadre nécessite de délimiter la

²⁵⁶ Cette prise en compte des biens corporels comme capitaux découle de la jurisprudence de la Cour de justice : dans l'affaire *Thompson* (CJCE, 23 novembre 1978, *Thompson*, aff. 7/78, rec. 1978 — 02247), la Cour distingue le champ d'application de la libre circulation des marchandises de celui de la libre circulation des paiements de par la nature et l'objet du mouvement, et non en fonction de son incorporation matérielle. Ce critère peut être repris par analogie pour déterminer le champ d'application de la libre circulation des marchandises de celle des capitaux. Par conséquent, les biens corporels transférés à des fins d'investissement doivent être considérés comme du capital. V. également HINDELANG S., *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: the scope of protection in EU Law*, Oxford, 2009, p. 47. En outre, la reconnaissance spécifique dans la nomenclature de l'acquisition de biens immobiliers comme catégorie distincte, à côté des investissements directs, de mouvements de capitaux relatifs à l'investissement réaffirme l'importance de cette catégorie d'investissement, surtout lorsqu'il ne se fait pas par la création d'une entreprise. V. CONSEIL DE L'UE, Directive 88/361/CEE, du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité, p. 5–18, v. not. Annexe 1, pt. I et II.

²⁵⁷ Préambule de l'Annexe I de Directive 88/361/CEE.

²⁵⁸ On pourrait ainsi concevoir que dans la période antérieure à l'opération financière proprement dite, toute activité préparatoire, telle que l'accès effectif à l'information ou aux conseils d'experts, l'obtention des autorisations, concessions ou permis requis, voire les campagnes publicitaires, peut relever de la notion. V. en ce sens : HINDELANG S., *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: the scope of protection in EU Law*, *op.cit.*, p. 52.

²⁵⁹ V. par exemple : CJCE, 21 mai 2015, *Finanzamt Ulm contre Ingeborg Wagner-Raith*, aff. C-560/13, pt. 29.

²⁶⁰ Au-delà, on observe que ce chapitre a fortement influencé le langage et le contenu de la réglementation européenne en matière d'investissement. En effet, le TFUE utilise les termes de cette liberté lorsqu'il régit la réglementation

notion de liberté d'établissement, et en particulier les liens qu'elle entretient avec la libre circulation des capitaux.

93. La notion d'établissement, libellée à l'article 49 du TFUE, comprend la constitution et la gestion d'une entreprise — établissement initial ou principal — ainsi que la création d'entreprises dépendantes — telles que des agences, succursales ou filiales et établissements secondaires²⁶¹. La jurisprudence élargit également la définition aux hypothèses d'acquisition d'entreprise existante ainsi que de fusions transfrontalières²⁶².

94. À l'instar de la libre circulation des capitaux — qui nécessite que les actifs soient engagés dans une perspective de placement — la liberté d'établissement nécessite plus qu'une activité économique dès lors que l'article 54§2 du TFUE précise, de manière explicite, que le « but lucratif » est un critère fondamental de l'établissement²⁶³. Toutefois, il semble que l'hétérogénéité de l'interprétation induite par une conception fonctionnelle de la « lucrativité » aboutisse à ce que ce critère soit conçu comme allant au-delà de l'attente et du partage de bénéfices *stricto sensu*. Il est ainsi admis que, dans le cadre du droit de l'Union, le but lucratif d'une activité est une notion autonome qui s'oppose à la « gratuité » de l'activité. De la sorte, une entreprise de droit public ou de droit

investissements par transfert de capitaux. Par ex. art. 64§1 TFUE : « L'article 63 ne porte pas atteinte à l'application, aux pays tiers, des restrictions [...] en ce qui concerne les mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers lorsqu'ils impliquent des investissements directs, y compris les investissements immobiliers, l'établissement, la prestation de services financiers ou l'admission de titres sur les marchés des capitaux. »

²⁶¹ L'établissement, au sens du TFUE et de son art. 64§2 inclut en outre la possibilité pour les travailleurs non-salariés d'accéder à des activités économiques et de les exercer de manière permanente dans un autre État membre. Cependant comme le souligne à juste titre Steffen HINDELANG, ce type d'activité indépendante ne constitue pas, *stricto sensu* des investissements étrangers dans la mesure où il n'y a pas de financeur d'un autre pays distinct de l'activité et qui exercerait un contrôle entrepreneurial. V. HINDELANG S., « *The Ec Treaty's Freedom of Capital Movements As an Instrument of International Investment Law? : The Scope of Article 56 (1) TEC in a Third Country Context and the Influence of Competing Freedoms* », in REINISCH A., Christina KNAHR C. (dir.), *International Investment Law in Context*, Eleven International Publishing, 2008, p. 51

²⁶² C'est d'ailleurs un des domaines dans lesquels la Cour a su démontrer, avec une certaine ferveur, son attachement à l'effectivité de la liberté d'établissement : CJCE, 13 avril 2000, *Baars*, C-251/98, pts. 21 et 22 ; CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, aff. C-208/00, pt. 77 ; CJCE, 3 décembre 2005, *SEVIC Systems AG*, aff. C-411/03, pt. 19. ; V. également : DAMMANN R., « Le principe de la liberté d'établissement consacré par les articles 43 et 48 CE s'applique aux fusions transfrontalières intra-communautaires », *JCP G*, 2006, n° 19, II, 10077, pp. 970-974 ; LUBY M., « Liberté d'établissement des sociétés et fusion transfrontalière », *D.*, 2006, n° 6, pp. 451-456 ; BALLARIN T., *RTD Eur.*, 2006, n° 4, pp. 717-728, note sous CJCE, 3 décembre 2005, *SEVIC Systems AG*, aff. C-411/03.

²⁶³ Art. 54.2 TFUE : « Par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif. »

privé, d'intérêt général ou de l'économie sociale et solidaire pourra constituer un investissement au sens du droit européen et de l'article 54 § 2²⁶⁴ dès lors que les services fournis ne sont pas gratuits.

95. Eu égard à la libre circulation des capitaux, les diverses interprétations font nettement ressortir que le contrôle de l'entreprise est une caractéristique essentielle de la notion d'établissement. Ainsi que l'a confirmé la Cour dans l'affaire *Test Claimants in the FII Litigation*, la liberté d'établissement s'applique « dès lors qu'il s'agit d'une participation qui confère au détenteur une influence certaine sur les décisions de la société et lui permet d'en déterminer les activités »²⁶⁵. Cependant, la Cour ne fournit pas, de manière précise du moins, des critères explicites permettant de déterminer quand une personne exerce un contrôle de gestion sur un établissement²⁶⁶.

96. Il apparaît, eu égard à l'approche globale des activités économiques, que les notions d'établissement et de mouvements de capitaux du droit européens concernent dans une large mesure les investissements directs, tel qu'ils peuvent être appréhendés dans les TBI²⁶⁷. C'est cette approche globale qui explique ainsi certains IDE sous forme de partenariats public-privé, caractéristiques du contentieux international relèvent également du Droit européen.

3. Liberté de prestation et investissements sous forme de concessions et de contrats d'État.

97. La libre prestation de services constitue pour ce qui est des engagements contractuels public-privé, qualifiable selon certaines caractéristiques d'IDE en droit international, le cadre normatif pertinent en droit de l'Union. La pertinence de cette liberté se comprend pour la définition de l'investissement dès lors que de nombreuses opérations économiques qui consistent en des contrats de service et des contrats de concession, en particulier avec le secteur public, sont considérées comme des investissements en droit international. Si aujourd'hui il est difficile de nier

²⁶⁴V. not. VIGNES D-H., « La libération de l'établissement et des services dans la Communauté Economique Européenne », *AFDI*, 1961, vol. 7, p. 691 ; HIEZ D., « Le but non lucratif en droit de l'Union européenne. Ou de la nécessité d'adopter une notion nouvelle de lucrativité limitée », *RECMA - Revue internationale de l'économie sociale*, 2018, vol. 3, n° 349, pp. 122-123.

²⁶⁵CJCE, grande chambre, 12 décembre 2006, *Test Claimants in the FII Litigation*, aff. C-446/04, pt. 37. V. dans le même sens, CJCE, 21 novembre 2002, *X et Y*, aff. C-436/00, Rec. pts. 37 et 66-68 ; CJCE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, pt. 31.

²⁶⁶À l'instar de la jurisprudence arbitrale. V. CLARK M., HOFFMANN F., ORFORD A., *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, *Oxford Handbooks*, juin 2016, p. 79. Pour une critique sur le degré de contrôle nécessaire pour qu'une entreprise puisse être considérée comme un établissement, v. ARNULL A. e.a., *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, Sweet & Maxwell, 5^{ème} ed. 2006, pp. 841-847.

²⁶⁷CLARK M., HOFFMANN F., ORFORD A., *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, *Oxford Handbooks*, juin 2016, p. 58 et s.

que les rapports nés de ces contrats d'États relèvent du Droit international, la question a fait l'objet de passionnants débats doctrinaux nourris par une jurisprudence incertaine²⁶⁸.

98. Certes, la libre prestation de services présente un caractère résiduel²⁶⁹, mais son application cumulative par la Cour de justice, au côté des dispositions relatives à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux, démontre tout son intérêt²⁷⁰.

99. De prime abord, la notion de service libellée à l'article 57 TFUE ne paraît pas être liée aux investissements. Au regard de l'article 57 et de la jurisprudence associée, elle se définit comme toute activité économique fournie temporairement contre rémunération²⁷¹. Cette définition semble exclure les investissements directs étant donné que la prise de risque et la durée²⁷² n'apparaissent pas comme des critères d'identification des services. Néanmoins, l'interprétation étendue du critère de rémunération, qui inclut toute forme de contrepartie économique²⁷³, et de temporalité²⁷⁴ implique que les contrats de service de longue durée et qui ne sont pas proposés contre une rémunération prédéterminée entrent dans le champ des dispositions sur la libre prestation de services²⁷⁵.

²⁶⁸ Pour une saine compréhension de la notion de contrat d'État et de ses controverses, nous renvoyons à la riche étude de Mme la professeure LANKARANI qui interroge, pour ensuite réfuter, dans une démarche historique, théorique et pratique la soumission des contrats d'États au droit international : LANKARANI L., *Les contrats d'État à l'épreuve du droit international*, Bruylant, 2001, 572 p.

²⁶⁹ Art. 57 TFUE : « Au sens des traités, sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes. » ; V. à titre d'exemple : CJCE, 13 mars 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, aff. C—524/04, Rec. I. 2107, pt. 34.

²⁷⁰ CJUE, 10 mai 2012, *Duomo Gpa e. a.*, aff. Jointes C-357 à 359/10, not. pts. 30-33 pour une application cumulative avec la libre circulation des capitaux ; pour ce qui est de la libre circulation des capitaux V. CJCE, 14 novembre 1995, *PeterSvensson et Lena Gustavsson*, aff. C-484/93 ; V. égal. JARASS H., 'A Unified Approach to the Fundamental Freedoms' in ANDENAS M., ROTH W.-H., *Services and free movement in EU law*, Oxford University Press, 2002, p. 141.

²⁷¹ V. CJCE, 27 septembre 1988, *Belgique c. Humbel*, aff. 263/86, Rec. 5365 ; CJCE, 30 novembre 1995, *Gebhard*, aff. C—55/94, Rec. I. 4165 ; pour une présentation détaillée de la liberté prestation de service V. GROVE-VALDEYRON (de) N. « Prestation de services », in *Répertoire de droit européen*, D., 2011.

²⁷² Critères qu'on retrouve dans le contentieux CIRDI.

²⁷³ CJCE, 27 septembre 1988, *Belgique c. Humbel*, aff. 263/86, pts. 16-20.

²⁷⁴ Ce critère est utilisé pour distinguer du critère du lien permanent, exigé en matière d'établissement afin de distinguer les deux libertés. En particulier, la CJCE a jugé que l'établissement implique l'intégration dans l'économie locale, ce qui est manifeste lorsqu'il existe un lien permanent. V. en particulier CJCE, 30 novembre 1995, *Gebhard*, aff. C-55/94, pt. 25-27 mais aussi CJCE, 25 juillet 1991, *The Queen c. Secretary of State for Transport (Factortame II)*, aff. C-221/89, pts. 34-36 ; CJCE, 17 juin 1997, *Sodemare SA e. a.*, aff. C-70/95, pts. 25-27.

²⁷⁵ V. CJCE, 21 juillet 2005, *Coname*, aff. C—231/03 où la Cour a fait application de la libre prestation de service dans le cadre d'une concession relative à la gestion du service public de distribution du gaz ; V. également CJCE, 30 mai 2002, *Die Deutsche Bibliothek*, ord. C—358/00, qui admet qu'un contrat de concession de service public d'édition est un service. Ce principe a été posé à propos d'un contrat de concession de service public dans le domaine des télécommunications deux ans auparavant : CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, aff. C-324/98, not. pts. 58 et s.

100. Notons également que le critère de la participation au risque, fondamental en droit international, est également utilisé dans le droit communautaire dérivé. Il permet de distinguer la simple prestation de service de celle qui s'apparente à un investissement. Les directives « marchés publics »²⁷⁶ et la directive « concessions »²⁷⁷ établissent une distinction entre les contrats de concession, dont la contrepartie est uniquement le droit d'exploiter l'ouvrage — ou ce droit assorti d'une rémunération des tiers pour l'usage²⁷⁸ — des autres marchés publics de travaux, de fournitures ou de services publics. Ici, la prise en charge du risque commercial n'est mise en avant que pour distinguer le marché public de services soumis aux règles de passation des marchés publics, des concessions de services publics, qui impliquent donc un risque²⁷⁹.

101. Par conséquent, le chapitre sur la libre prestation de services comprend une catégorie d'investissements, les contrats de concessions de services qui ont les caractéristiques d'un investissement — risque et durée — même s'ils ne représentent qu'une faible fraction des investissements et donc des activités économiques couvertes par les règles pertinentes du traité. Les contrats d'États, qui s'apparentent à des contrats de concessions, relèvent alors du droit européen des investissements.

102. Le droit européen en raison de l'étendue des libertés de circulations appréhende aussi d'autres types d'activités qui échappent aux caractéristiques traditionnelles de l'investissement direct, mais qui relèvent du même régime en droit international.

²⁷⁶ PARLEMENT EUROPEEN et CONSEIL, Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics (abrogeant la directive 2004/18/CE), JO L 94, 28.3.2014, p. 65–242 pour les marchés publics dans les « secteurs classiques » ; PARLEMENT EUROPEEN et CONSEIL, Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (abrogeant la directive 2004/17/CE), JO L 94, 28.3.2014, p. 243–374 pour les marchés publics dans les « secteurs spéciaux ». Les arrêts *Coname*, *Die Deutsche Bibliothek* et *Telaustria et Telefonadress (préc.)* ont été pris sur le fondement des précédentes versions de ces directives.

²⁷⁷ PARLEMENT EUROPEEN et CONSEIL, Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, JO L 94, 28.3.2014, p. 1–64. Cette directive complète le paquet « marché public » afin de garantir l'effectivité de l'accès au marché européen à l'ensemble des investisseurs européens. La volonté de l'UE dans cette voie est d'ailleurs mise en exergue par directive 2014/55/UE (PARLEMENT EUROPEEN et CONSEIL, Directive 2014/55/UE du 16 avril 2014, *relative à la facturation électronique dans le cadre des marchés publics*) et deux Communications de la Commission de 2017 encourageant les investissements dans le secteur de marchés publics : COMMISSION, Communication COM (2017) 0572 du 3 octobre 2017, *Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe* et Communication COM (2017) 0573 du 3 octobre 2017, *Encourager les investissements par l'évaluation ex ante volontaire des aspects relatifs à la passation de marchés pour les grands projets d'infrastructure*.

²⁷⁸ CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, pts. 38 et s. ; KONINCK (de) C., RONSE T., TIMMERMANS W. (dirs.), *European Public Procurement Law : The Public Sector Procurement Directive 2014/24/EU Explained through 30 Years of Jurisprudence by the Court of Justice of the European Union*, Kluwer Law International, 2015, 2^{ème} ed.

²⁷⁹ Le critère permet également de distinguer entre les investissements, soumis à un risque, et les contrats commerciaux (de vente par exemple) dans le droit européen.

B. Investissements de portefeuille et autres formes d'opérations commerciales

103. À côté de la forme traditionnelle d'investissement, le droit européen connaît également les opérations qui s'apparentent aux investissements de portefeuille connus en droit international. C'est la libre circulation des capitaux qui permet d'appréhender ces actifs. Effectivement, la nomenclature de la directive 88/361/CEE définit comme mouvements de capitaux toutes les opérations sur titres, telles que les obligations et les actions, qui sont traitées sur le marché des capitaux ou sur le marché monétaire²⁸⁰. Au travers de cet instrument, il faut donc comprendre que les investissements de portefeuille sont assimilés à des mouvements de capitaux au même titre que les investissements directs avec lesquels ils partagent le même régime²⁸¹. De la sorte, les caractéristiques générales d'identification des mouvements de capitaux — exemple en est du profit mis en avant pour distinguer les capitaux et les paiements ou encore de la détermination du caractère étranger qui se fait indépendamment de la nationalité du détenteur du capital — constituent des critères des investissements de portefeuille au regard du droit européen. Par conséquent, au regard des dispositions en matière de libre circulation des capitaux, la distinction entre investissement direct et investissement de portefeuille est principalement une différence de degré de concrétisation des différents types d'investissement, et non une différence de nature. Dès lors, des opérations spéculatives relevant de la libre circulation des capitaux doivent être considérées comme des investissements.

104. On constate donc une extrême hétérogénéité des opérations considérées comme mouvements de capitaux par la nomenclature. Elles partagent ainsi le même régime que les investissements directs et les investissements immobiliers, toutes les opérations sur des organismes de placement collectif (OPC), les prêts ou crédits à caractère personnel ou commercial à court, moyen ou long terme — y compris les prêts et crédits financiers — les mouvements liés aux droits d'auteurs. À l'instar du droit international, les intérêts dans une entreprise, même minoritaires, et plus largement, tous les actifs financiers, ainsi des capitaux hybrides ou des financements mezzanines sont protégés²⁸². Ce sont toutes les opérations personnelles ou commerciales qui

²⁸⁰²⁸⁰CONSEIL DE L'UE, Directive 88/361/CEE, du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité, JO L 178, 8.7.1988, Annexe 1, not. pts. III et V.

²⁸¹HINDELANG S., *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: the scope of protection in EU Law*, op.cit., p. 68; SIDEEK M., *European Community Law on the Free Movement of Capital and the EMU*, Brill, 1999, p. 240.

²⁸²Très prisés des investisseurs et caractéristiques du processus de financiarisation et de sophistication de l'économie et des stratégies d'investissement, ces types de produits ainsi que les fameux *hedge funds* ou fonds d'investissement, à l'instar des OPC en valeur mobilière, qui contribuent grandement à fragiliser l'économie connaissent un essor en dépit des récentes crises. V. SEVE M., *La régulation financière face à la crise*, Bruylant, 2013, pp. 21-43.

doivent être regardées de la sorte dès qu'elles sont comprises dans la nomenclature comme des catégories de mouvements de capitaux²⁸³.

105. Un dernier élément permet de constater le contenu des droits et intérêts considérés comme un investissement. On note que les différents systèmes de libéralisation économique — à l'instar du Droit de l'UE — n'identifient pas, *a priori*, les droits de propriété intellectuelle comme investissement²⁸⁴. Doit-on par conséquent conclure que les droits de propriété intellectuelle, *a contrario* du droit international²⁸⁵, sont exclus de la notion d'investissement et donc de la protection offerte ? La réponse ne peut qu'être négative. Le droit de l'Union régit les investissements en tant qu'activité économique impliquant l'exercice des libertés fondamentales. Partant d'une interprétation dynamique énoncée dans les arrêts *Costa c. ENEL* et *Fearon*²⁸⁶ au regard de l'art. 345 TFUE et de l'effectivité des libertés fondamentales, il est admis que toute atteinte à un bien, un droit de propriété, y compris intellectuelle, qui affecterait l'exercice d'une liberté fondamentale est appréhendée par le droit de l'UE²⁸⁷. En outre, les réglementations distinctes visant également à les protéger, soit en harmonisant leur traitement, soit en établissant des normes minimales, réaffirment l'importance accordée à leur protection. La reconnaissance des droits de propriété intellectuelle dans la notion d'investissement étranger en Droit international s'est faite dans un contexte d'adaptation au contexte économique. Confrontée à un intérêt manifeste et croissant des

²⁸³ PARLEMENT EUROPEEN et CONSEIL, Directive (88/361/CEE) du Conseil pour la mise en oeuvre de l'article 67 du traité (24 juin 1988).

²⁸⁴ Cette exclusion dans le cadre européen est en tant que telle fondée sur une exclusion explicite des droits de propriété du champ des compétences de l'Union not. avec l'art. 345 TFUE, lequel stipule que « Les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres ». Cette disposition a ainsi nourri l'idée d'une incompatibilité entre le droit de l'Union et le droit de l'investissement, dont l'objet premier est la protection de la propriété étrangère sous toutes ses formes. Pour un aperçu de ce débat et des différents avis, V. SHAN W., ZHANG S., « *The treaty of Lisbon: half way toward a common investment policy* », *EJIL*, vol.21, n° 4, 2011, pp.1060-1064.

²⁸⁵ TBI Japon/Argentine (signé le 01/12/2018), Art. 1, a): 'the term "investment" means every kind of asset [...] (vi) intellectual property rights as referred to in the TRIPS Agreement.'

²⁸⁶ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, aff. C-6/64; CJCE, 6 novembre 1984, *Fearon c. Irish Land Commission*, aff. C—182/83, pts. 5-7 : « [...] la Commission soutient tout d'abord que le système d'expropriation publique fait partie du régime de la propriété et que l'article 222 du traité [instituant la Communauté européenne, ex. art. 345 TFUE], aux termes duquel [...] justifierait donc à lui seul une réponse négative à la question posée par la juridiction nationale.

Cette conclusion ne saurait être retenue. [...] Il s'ensuit que si l'article 222 du traité ne met pas en cause la faculté des États membres d'instituer un régime d'expropriation publique, un tel régime n'échappe cependant pas à la règle fondamentale de non-discrimination qui est à la base du chapitre du traité relatif au droit d'établissement. » V. infra pour une analyse détaillée de la protection de la propriété privée étrangère en droit de l'Union européenne.

²⁸⁷ V. ainsi CJCE, 18 février 1992, *Comission c. Royaume-Uni*, aff. C-30/90, not. pts 14 et 18 où des dispositions du *Patents act* britannique relatives au brevet sont considérées comme des mesures d'effets équivalents à des restrictions quantitatives et qu'au demeurant « l'article 222 [...] ne saurait être interprété comme réservant au législateur national, en matière de propriété industrielle et commerciale, le pouvoir de prendre des mesures qui porteraient atteinte au principe de la libre circulation des marchandises à l'intérieur du marché commun tel qu'il est prévu et organisé par le traité ».

investisseurs pour le secteur des nouvelles technologies corollaire à une sophistication dématérialisée des véhicules d'investissement, la protection des droits des propriétés intellectuelles — à l'instar des brevets, desseins et autres — apparaissait comme une nécessité pour les États désireux d'attirer des capitaux étrangers²⁸⁸. Et c'est le même souci d'effectivité du régime de l'investissement qui existe en droit de l'Union. Dès lors, les règles détaillées en droit européen — et international également²⁸⁹ — concernant leur création, leur traitement et leur protection²⁹⁰ prouvent qu'en raison de leur importance, les droits de propriété intellectuelle, dans une perspective transfrontalière, constituent un type particulier d'investissement étranger qui, bien que relevant des normes générales relatives aux investissements étrangers, est soumis à une réglementation spécifique²⁹¹.

106. Cette situation démontre que le droit européen n'a pas pour vocation de définir strictement l'investissement étranger afin d'y associer un régime particulier. L'approche globale abouti à ce que la notion d'investissement dans le cadre des libertés économiques englobe une diversité d'opérations. Si certains critères sont avancés ici et là, leur objet n'est pas de définir juridiquement la notion de sorte qu'il semble difficile d'en ressortir une conception objective unique.

§5. L'absence d'une conception unifiée de l'investissement

107. L'identification de l'investissement au travers des libertés économiques révèle, *a priori*, des modalités différentes d'appréciation et des conceptions divergentes de l'investissement étranger en droit international et en droit communautaire. Sans pour autant parler d'une définition consolidée de l'investissement sur la base d'une synthèse des caractéristiques communes aux deux systèmes²⁹², il semble toutefois possible de dire que les différences constatées doivent davantage être considérées comme des particularités non contradictoires. C'est en ce sens que l'approche

²⁸⁸NANTEUIL (de) A., Droit international de l'investissement, op.cit, p. 171.

²⁸⁹ La matière est féconde, mais on peut citer à titre d'exemple l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord ADPIC) de 1994 ; la convention de la CNUDCI relative au commerce de transit des États sans littoral de 1965. Au-delà, il faut également se référer à l'ensemble conséquent des instruments administrés par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI).

²⁹⁰ V. par ex. PARLEMENT EUROPEEN et CONSEIL, Directive (UE) 2015/2436 du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques (refonte) JO L 336, 23.12.2015, p. 1–26 ; PARLEMENT EUROPEEN et CONSEIL, Règlement (UE) 2017/1001 du 14 juin 2017 sur la marque de l'Union européenne, JO L 154, 16.6.2017, p. 1–99 ; PARLEMENT EUROPEEN et CONSEIL, Directive 98/71/CE du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins ou modèles, JO L 289, 28.10.1998, p. 28–35 ; etc. Pour une analyse détaillée du droit de l'UE et de la question des droits de propriété intellectuelle.

²⁹¹ L'art. 1, a), vi) TBI Japon/Argentine (2018) *préc.*, qui intègre les droits de propriété intellectuelle dans la notion d'investissement tout en renvoyant à l'Accord de l'OMC sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC/TRIPS) explicite parfaitement cette situation.

²⁹² DIMOPOULOS A., EU Foreign Investment Law, OUP, 2011.

globalisante de l'investissement comme une activité économique identifiée avant et après le franchissement de la frontière intègre nécessairement l'identification de l'investissement comme actif en droit international. En outre, des critères similaires à ceux du droit international ont été développés pour identifier les activités économiques relevant du droit européen. Et le fonctionnalisme qui caractérise leur usage se rapproche alors de l'inconsistance de leur interprétation en droit international.

108. En d'autres termes, les critères dégagés ne peuvent s'imposer comme des éléments d'élaboration d'une définition objective de l'investissement (B) dès lors que leur objet est la définition d'activité économique dans laquelle s'insère, mais ne se résume pas, l'investissement (A).

A. L'investissement comme une activité économique

109. Compte tenu de la nature économique de l'Union, l'investissement est entendu dans le cadre du marché intérieur comme une activité. Autrement dit, il s'agit soit d'un transfert d'actifs soit de l'établissement d'une entreprise. Cette conception est *a priori* contraire à la perception en droit international de l'investissement comme un actif²⁹³. Toutefois, l'approche européenne intègre nécessairement, dans une approche globale des activités économiques, l'investissement comme un actif économique. C'est le cas au travers du concept d'investissement direct dans le cadre de la libre circulation des capitaux au sens des traités²⁹⁴. En outre, la notion d'établissement en tant qu'activité relative à la constitution, à l'acquisition ou au maintien d'une entreprise, intègre *a fortiori* la notion d'investissement comme un actif économique. C'est dans cette perspective qu'il est indispensable de distinguer l'investissement des notions de mouvements de capitaux et d'établissement ou encore de service, qui se réfèrent en réalité à des activités dont l'objet principal est un investissement.

²⁹³ Art. I § 2, a) TBI Royaume-Uni/Colombie (signé le 17 mars 2010; e.v. 10 octobre 2014) : « Investment means every kind of economic asset, owned or controlled directly or indirectly, by investors of a Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, in accordance with the law of the latter, including in particular, but not exclusively, the following » [Souligné par nous]. Dans les mêmes termes, V. art. 1§1 TBI France/Argentine (signé le 03/07/1991 ; e.e.v. le 03/03/1993) : « Le terme “investissement” désigne des avoirs tels que les... ». L'approche asset-based constitue la modalité de détention de l'investissement majoritaire dans la pratique conventionnelle. V. en ce sens YANNACA-SMALL C., OCDE, « Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements », in OCDE (dir.), *International Investment Law : Understanding Concepts and Tracking Innovations*, OCDE, 2008, p. 47.

²⁹⁴ Cf. art. 64§1 TFUE : « L'article 63 ne porte pas atteinte à l'application, aux pays tiers, des restrictions existant le 31 décembre 1993 en vertu du droit national ou du droit de l'Union en ce qui concerne les mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers lorsqu'ils impliquent des investissements directs, y compris les investissements immobiliers, l'établissement, la prestation de services financiers ou l'admission de titres sur les marchés des capitaux. En ce qui concerne les restrictions existant en vertu des lois nationales en Bulgarie, en Estonie et en Hongrie, la date en question est le 31 décembre 1999. »

110. On constate en outre que le droit européen définit l'investissement en fonction de la forme que prend le capital avant et après son transfert au-delà de la frontière nationale, pendant que le droit international se réfère uniquement aux actifs une fois établis sur le territoire de l'État d'accueil. Sur ce pont, le droit européen semble innover. Par sa conception de l'investissement, au travers des libertés économiques, le droit européen offre une protection plus étendue aux biens de l'investisseur. Si l'investissement est appréhendé ainsi une fois établi dans l'État d'accueil, il l'est également avant l'établissement et donc avant le franchissement de la frontière, ce qui aboutit, à octroyer un statut juridique aux biens de l'investisseur lors de ce franchissement²⁹⁵. Par conséquent, dans sa définition de l'investissement le droit européen favorise une libéralisation des biens de l'investisseur accentuée par le recours à des termes globalisants tels qu'activité économique ou libre circulation des capitaux, et ce, *a contrario*, des instruments de protection que sont les TBI des États membres.

111. Il ne faut toutefois pas conclure qu'en cela il existe une opposition stricte entre le droit international et le droit européen. En privilégiant des listes ouvertes intégrant « tout type d'actifs ou d'avoirs » *a contrario* des définitions plus restrictives dites « *entreprise-based* » qui limitent les actifs à ceux strictement liés à une entreprise²⁹⁶, la majorité des instruments de protection internationaux

²⁹⁵ V. *infra* Chapitre 2, Section 2, §3.

²⁹⁶ Art. 1§2 TBI Slovaquie/ Iran (signé le 19/01/16): 'The term "investment":

- a) shares, stock and other forms of equity participation in an enterprise;
- b) bonds, debentures, loans and other forms of debt instruments in an enterprise;
- c) tangible property, including real property; and intangible property, including rights, such as leases, mortgages, liens and pledges on real property;
- d) rights conferred pursuant to law, such as licences and permits;
- e) intellectual property rights; and
- f) research and development non-profit organization'

Cette approche restrictive exclut *de facto* certaines opérations dont le rapport à l'entreprise est plus discutable : ainsi dans la même disposition, l'art. 1 § 2 du TBI Slovaquie/Iran précise que : « *Notwithstanding the above, for the avoidance of any doubt, "investment" shall not include:*

- a) goodwill or market share;
- b) portfolio investment, which is 10% or less shareholding;
- c) claims to money deriving solely from commercial contracts for the sale of goods or services to or from the territory of a Contracting Party to the territory of another country, or to a State enterprise;
- d) futures, swaps, forwards, options, and other derivatives;
- e) assets used for non-business purposes, other than assets of research and development non-profit organizations;
- f) funds;
- g) the following loans and debt securities:
 - i. debt securities and loans with the original maturity of less than three years;
 - ii. a loan to or debt security issued by a financial institution, which is not treated as regulatory capital by the Contracting Party in whose territory the financial institution is located;
 - iii. the extension of credit in connection with a commercial transaction, such as trade financing. »

V. également à titre d'exemple art. 1139 ALENA (signé le 17/12/1992 ; e.e.v. 01/01/1993) ; art. G.40 ALE Canada/Chili (signé le 05/12/1996 ; e.e.v. 05/11/1997).

aboutissent au même résultat que le droit européen. En outre, les définitions, apparemment plus circonscrites²⁹⁷, qu'on rencontre dans les instruments traditionnels du droit international ne signifient pas en tant que tel que les biens, les capitaux initiaux sont exclus de la définition de l'investissement. De la sorte, il est permis de penser que les définitions qu'on retrouve dans les TBI ne tendent qu'à identifier le domaine réglementaire des accords et donc à en exclure le capital initial. Cette interprétation est confortée par l'analyse du régime de l'investissement prévalant dans les instruments dont l'objet dépasse la seule protection des investissements. C'est ainsi qu'on observe dans un certain nombre d'AII des engagements ou des réserves en tout genre relatifs aux pré-établissements qui indiquent que l'investissement est compris en droit international comme englobant également le capital initial²⁹⁸.

112. En dépit de modalités et d'une terminologie distincte, il apparaît cependant que le droit européen se rapproche du droit international en matière de définition de l'investissement. Ainsi, à l'instar du droit international, si des critères émergent, rien ne permet cependant de dire qu'ils caractérisent des éléments de conception d'une définition objective.

B. L'inconsistance de critères fonctionnels

113. En dépit d'une terminologie et de modalités d'appréhension relativement différentes, les critères employés en droit européen — pour identifier le champ d'application des différentes libertés — semblent renvoyer à des critères similaires à ceux employés en droit international. Le lien durable requis pour distinguer un établissement d'un service, le critère de distinction entre mouvements de capitaux et paiements ainsi qu'entre contrats de concession et autres contrats renvoie aux critères débattus en droit international, tels que la durée, les attentes de rentabilité et la prise en charge des risques. C'est au regard de ces critères que se dessine la distinction entre les investissements et les autres opérations économiques.

114. Néanmoins, si les critères avancés en droit européen dévoilent des aspects essentiels de ceux ayant cours en droit international et semblent sur certains aspects plus clairs que ces derniers, leur objectif, contrairement au droit international, n'est pas de définir en soi et objectivement

²⁹⁷Certains auteurs le pensent : V. HINDELANG S., *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: the scope of protection in EU Law*, op.cit.; DIMOPOULOS A., *EU Foreign Investment Law*, OUP, 2011.

²⁹⁸NEWCOMBE A.P., PARADELL L., *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International, 2009, pp. 65 et s. et 120–145; JOHNSON D., TURNER C., *International Business: Themes and Issues in the Modern Global Economy*, Routledge, 2010, pp. 204 et s.; CNUDCI, *Preserving flexibility in IIAs: The use of reservation*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, United Nations, 2006, pp. 17–35; Art. 9.4 de l'Accord de Partenariat Transpacifique (TPP) (signé le 4/02/2016) ; Art. 4 du modèle de TBI des États-Unis d'Amérique de 2012 ; art. 1103 de l'ALENA (préc.).

l'investissement étranger²⁹⁹. N'étant pas formulées formellement dans les textes, leurs incursions dans la jurisprudence communautaire révèlent avant tout un souci de délimitation des champs d'application des réglementations spécifiques en cause. Chaque critère est ainsi développé et utilisé indépendamment des autres en dehors de toute volonté d'identification conceptuelle de l'investissement. Concrètement, le constat du défaut d'un critère ne peut aboutir à soutenir que telle opération ne constitue pas un investissement ou qu'elle est totalement exclue du champ réglementaire du droit de l'Union. Cette opération doit seulement être considérée comme hors du champ d'application des dispositions spécifiques en cause. En outre, force est de constater que, globalement, la Cour ne donne aucune véritable précision quant aux critères avancés tels que le lien durable ou le contrôle de gestion effectif dans le cadre de la circulation des capitaux et des investissements directs³⁰⁰.

115. Lorsqu'on s'arrête sur les actifs identifiés comme un investissement, tous les systèmes juridiques intègrent aux côtés des formes traditionnelles de nouvelles manifestations des droits de propriété. Le cas des droits contractuels mérite notre attention. Le débat est essentiel en ce qu'il détermine l'étendue des atteintes à l'investissement³⁰¹. Le droit européen fournit indirectement et implicitement des critères qui clairs afin de différencier des droits contractuels ceux perçus comme des investissements. C'est le cas lorsqu'il distingue les contrats de concessions des autres contrats relatifs à la fourniture de biens ou services. Les premiers impliquent une prise en charge du risque en raison du mode de rémunération. Et dès lors que l'arbitrage international a esquissé une telle distinction afin de circonscrire la protection offerte à certaines atteintes caractérisées par leur gravité eu égard aux AII³⁰², il apparaît logique d'approuver une telle démarche en droit européen. Mais la portée de ce critère doit être relativisée, d'une part parce que la distinction n'a pas pour

²⁹⁹ *A contrario* de l'objectif avancé par les jurisprudences *Salini et autres* (CIRDI, 23 juillet 2001, sentence, *Salini Costruttori S.P.A. et Italstrade S.P.A. c. Royaume du Maroc*, n°ARB/00/4) en droit international, qui proposaient des critères afin d'appréhender objectivement l'investissement en l'absence de définition dans les traités et notamment dans la Convention de Washington.

³⁰⁰ CJCE, grande chbre, 23 octobre 2007, *Commission c. Allemagne (aff. Volkswagen)*, aff. C-112/05, rec. 2007 I-08995, pt. 18 ; CJCE, 13 mai 2003, *Commission c. Espagne*, aff. C-463/00, rec. 2003 I-04581, pt. 53 ; CJCE, 13 mai 2003, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-98/01, rec. 2003 I-04641, pt. 40 ; CJCE, 1er chbre., 2 juin 2005, *Commission c. Italie*, aff. C-174/04, rec. 2005 I-04933, pt. 28 ; V. également : HINDELANG S., "The Ec Treaty's Freedom of Capital Movements As an Instrument of International Investment Law? : The Scope of Article 56 (1) Tec in a Third Country Context and the Influence of Competing Freedoms" in REINISCH A., KNAHR C., *International Investment Law in Context*, op.cit., p. 47. DIMOPOULOS A., *EU foreign investment law*, op.cit., p. 38.

³⁰¹ Et notamment la portée des clauses de traitement et de protection à l'instar de la clause d'expropriation. V. *infra*. Partie 3.

³⁰² CIRDI, 1 novembre 1999, sentence arbitrale, Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca c. Les États-Unis du Mexique (*Azinian c. Mexique*), aff. N°ARB(AF)/97/2 ; DOLZER R., SCHREUER C., *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2e éd., 2012, pp. 73 et s.

objet d'exclure la protection du droit européen et d'autre part en raison de l'interprétation fonctionnelle et souple qui en est retenue.

116. C'est le même constat qui s'impose lorsque ce critère est mis en avant dans le cadre de la libre circulation des capitaux. Ce critère fonctionnel a notamment été explicité par la Cour de justice lorsqu'il s'agissait de distinguer entre les mouvements de capitaux et les paiements³⁰³. Dans l'affaire *Luisi et Carbone*³⁰⁴, la Cour de justice met en exergue comme critère de distinction la présence d'une finalité d'investissement, qui existe notamment lorsque le transfert ne constitue pas la rémunération d'une prestation de services ou de la vente de biens³⁰⁵.

117. Il faut toutefois relativiser cette exigence de profit. D'une part, en pratique, ce critère est vidé de tout intérêt dès lors que les capitaux et les paiements sont désormais soumis au même régime. D'autre part, l'existence dans la nomenclature relative aux mouvements de capitaux d'opérations variées tels que les mouvements de capitaux à caractère personnel éclaire sur la conception de ce critère. Tel qu'utilisé dans le cadre de la libre circulation des capitaux, l'objectif d'investissement qui ressort du critère de profit n'implique pas une acceptation corollaire du risque économique comme il est généralement admis et comme c'est le cas dans le cadre d'investissement direct étranger. Il s'agit seulement d'identifier quelle opération relève d'une démarche de placement ou de l'exécution d'une contrepartie commerciale.

118. De même que, si dans le cadre de la liberté d'établissement et de prestation de service, l'exigence que la société ait un « but lucratif »³⁰⁶ peut faire penser à un critère de recherche de

³⁰³ Si les paiements constituent certes des transferts d'actifs financiers à l'instar des mouvements de capitaux, la distinction était pertinente dès lors que les deux étaient soumis à un régime différent. Bien que cette divergence a été supprimée par l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht et que désormais les articles 63 à 66 TFUE s'appliquent indistinctement aux mouvements de capitaux et de paiements, leurs différences demeurent conceptuelles et nous permettent de comprendre la notion d'investissement en droit européen.

³⁰⁴ CJCE, 31 janvier 1984. *Luisi et Carbone*, aff. jointes C-286/82 et C-26/83, *préc.*

³⁰⁵ *Idem*, pt. 21 « [...] les paiements courants sont des transferts de devises qui constituent une contre-prestation dans le cadre d'une transaction sous-jacente, alors que les mouvements de capitaux sont des opérations financières qui visent essentiellement le placement ou l'investissement du montant en cause, et non la rémunération d'une prestation. » Si un autre critère ayant trait à l'unilatéralité du transfert a également été avancé dans l'opération de distinction des capitaux et des paiements, il a été vivement critiqué. En effet ce critère peut poser certaines difficultés dans la mesure où certains transferts, ainsi dans le cadre d'investissements immobiliers, ne sont pas réellement unilatéraux dès lors qu'ils font suite à une obligation de payer en vertu du contrat de vente. V. en ce sens HINDELANG S., *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: the scope of protection in EU Law*, *op.cit.*, pp. 49-52 ; USHER J., 'The Evolution of the Free Movement of Capital', *Fordham International Law Journal*, 2008, 31, pp. 1539-1542.

³⁰⁶ Art. 54, al. 2 TFUE « Par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif. »

bénéfices et d'acceptation des risques³⁰⁷, il n'en est rien. Le droit européen a en effet développé une conception autonome de la non-lucrativité³⁰⁸ de sorte que toute activité exercée partiellement ou totalement contre rémunération ou plus largement toute activité de nature économique relève du critère de l'article 54 TFUE indépendamment du partage ou non des bénéfices et donc de l'acceptation du risque³⁰⁹. De nombreuses activités — associatives ou participant à une activité d'intérêt général³¹⁰ — pour lesquelles les notions de profits et de partage des bénéfices sont étrangères peuvent dès lors être considérées comme des activités économiques et indirectement comme des investissements. De surcroît, c'est une démarche casuistique qui s'impose³¹¹, propice à laisser la notion dans une certaine incertitude, à l'instar du droit international et des interprétations parfois divergentes des différents tribunaux arbitraux³¹².

119. Pour ce qui est du critère de la durée, si ce dernier est avancé en matière de liberté d'établissement afin de distinguer la permanence caractéristique d'un établissement, aucun élément concret ne permet de définir la durée nécessaire. Une telle exigence apparaît encore une fois

³⁰⁷ À l'instar de la conception française, V. Art. 1832 du Code civil : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. ». La Cour de cassation française a à plusieurs reprises indiqué que le but lucratif caractéristique de toute société implique la participation aux bénéfices et aux pertes : C. Cass, com., 11 juin 1979, n° de pourvoi : 77-14100 ; C. Cass, com., 15 novembre 1983, n° de pourvoi : 82-11253.

³⁰⁸ COMMISSION EUROPEENNE, Communication SEC (1989) 2187 final du 18 décembre 1989, « Les entreprises de l'économie sociale et la réalisation du marché européen sans frontières », pt. 3.2 : « *Article 58, in particular, applies to any legal entity engaged in economic activity including, therefore, mutual/cooperative enterprises* » ; VOGEL L., *Droit européen des affaires*, Dalloz, 1er édition 2013, p. 103 : « C'est donc une signification bien plus large qu'il faut attacher à l'expression "but lucratif" de l'article 54 ; il s'agit en réalité de la non-gratuité de l'activité économique de la société ou de la personne morale. » ; Commentaire article par article des traités UE et CE, LEGER P. (*dir.*), Dalloz, 2000, p. 426 : « La notion de but lucratif ne doit pas être entendue au sens strict d'une recherche de bénéfices. Plus générale, elle est associée à des activités qui ont en commun de ne pas être gratuites. »

³⁰⁹ Le critère de l'activité économique a d'abord été explicité comme critère de définition de la société dans l'arrêt *Mannesmann* : CJCE, 13 juillet 1962, *Mannesmann AG*, aff. C-19/61. Par la suite la Cour de justice va en donner une interprétation fonctionnelle et extensive : CJCE, 23 avril 1991, *Höfner*, aff. C-41/90 : « toute entité exerçant une activité économique est considérée comme une entreprise au sens du droit communautaire, et ce quel que soit son statut juridique ou son mode de financement ».

³¹⁰ V. par exemple, CJCE, 10 janvier 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze*, aff. C-222/04 pour une fondation bancaire ; CJCE, 25 octobre 2001, *Glückner*, aff. C-475/99 pour les services de transports d'urgences et transports de malades ; CJCE, 24 octobre 2002, *Aéroports de Paris c. Commission*, aff. C-82/01 P, pour la gestion des infrastructures de transport.

³¹¹ COMMISSION EUROPEENNE, Document de travail SWD (2013) 53 final/2 du 29 avril 2013, Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de « marchés publics » et de « marché intérieur », p. 108. Pour une étude détaillée, V. RHATTAT R., « L'élaboration d'un cadre juridique européen de l'entrepreneuriat social à l'épreuve des obstacles juridiques, fiscaux et administratifs nationaux », *RIDE*, 2014, 2, p. 157 -181 ; BOSIO M., « Les services sociaux dans le marché intérieur : à la frontière entre compétitivité et solidarité », *Revue française des affaires sociales*, 2012, 1, p. 130-149.

³¹² V. *infra*. Section 2 de ce Chapitre.

relativisée par le fait qu'un certain nombre d'opérations spontanées relevant du champ d'application de la libre circulation des capitaux dispose de mêmes garanties. La conception erratique de la durée de la part des arbitres internationaux semble donc résonner avec son interprétation dans le contentieux européen.

120. Du reste, la contribution au développement ne semble pas être un critère autonome pour définir l'investissement dans les instruments normatifs européens. D'aucuns estiment que l'omission formelle de ce critère dans l'identification des opérations d'investissement n'implique nullement un manque de considération à son égard. Et d'avancer pour ces auteurs l'inscription dans le droit primaire de l'adhésion de l'UE aux principes et objectifs du développement durable³¹³. Ce faisant — et à l'instar des autres instruments de libéralisation des investissements, le développement de l'économie nationale innoverait l'ensemble normatif. Confirmant cette analyse, ses fidèles avancent en outre le postulat selon lequel la libéralisation de l'investissement serait toujours un vecteur de développement économique et que, par conséquent il s'agirait là d'une caractéristique inhérente à tout investissement. Le droit de l'UE, en érigeant au stade d'objectif la contribution au développement en ferait un outil d'interprétation, qui transcenderait tout le contenu de la réglementation de l'investissement étranger et empêcherait naturellement son abus par des opérateurs et des opérations néfastes au développement local³¹⁴. Cette interprétation a de quoi séduire. En effet, dès lors que le développement durable figurerait, au côté de l'établissement d'un marché intérieur, au rang des principes et objectifs de l'action de l'Union européenne, l'élaboration et l'application du droit de l'UE devraient être en permanence évaluées à l'aune de cet objectif³¹⁵.

121. Cependant, en l'absence de disposition caractérisant la portée de l'objectif de développement durable — à l'instar des libertés de circulation qui caractérisent et sanctionnent l'objectif d'établissement et de bon fonctionnement du marché intérieur — la normativité de cet objectif est hypothétique. Il ne semble pas qu'il soit invoqué dans la jurisprudence de la Cour de justice dans son interprétation du droit européen pour exclure une opération économique. En outre

³¹³ Art. 3.5 TUE : « L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique. »

³¹⁴ Nul besoin donc d'ériger le développement en critère de définition des investissements. Soutenant cette analyse, v. DIMOPOULOS A., *EU foreign investment law*, *op.cit.*, p. 48.

³¹⁵ Et nous ne pourrions qu'être davantage rassurés lorsqu'on note que ce postulat serait accru par l'adhésion de l'UE aux 17 objectifs du développement durable de l'ONU « pour sauver le monde » (selon les termes de l'ONU, cf. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/objectifs-de-developpement-durable/>) manifestant la nécessaire prise en considération dans les politiques et actions de l'UE V. en ce sens l'Agenda 2030 de l'ONU sur les Objectifs du développement durable.

des activités participant à la déréglementation financière relèvent du droit européen, et ce, en dépit du doute raisonnable quant à la contribution de ces actes au développement des États hôtes³¹⁶. Sur ce point, le droit européen rejoint encore une fois la jurisprudence arbitrale qui a majoritairement réfuté la participation au développement de l'État comme critère de définition de l'investissement.

122. En définitive, il faut comprendre qu'en droit communautaire, les hypothèses d'investissement se caractérisent principalement et simultanément au travers des notions de « mouvements de capitaux », « d'établissement » et de « prestation de service ». La conception de l'investissement est fonction de la matière où la situation d'investissement est appréhendée, ce qui aboutit *in fine* à une appréhension indirecte et parcellaire³¹⁷ de l'investissement étranger. Certaines dispositions identifient en tant que telles et explicitement des situations d'investissements, telle que la libre circulation des capitaux et de la directive 88/361/CEE. Dans d'autres domaines, la situation d'investissement se déduit implicitement, comme par exemple dans le cadre de la libre prestation. Par conséquent, les situations d'investissements ne s'épuisent pas dans les seules notions de capitaux, d'établissement et de service. Autrement dit, une situation non appréhendée en tant qu'investissement par la directive 88/361/CEE ne peut conduire à conclure que cette situation ne caractérise pas un investissement, ni même qu'elle est dépourvue de toute protection.

123. Le Droit européen permet de mettre en évidence certains critères discutés en Droit international. Toutefois, ils sont perçus dans perspective fonctionnaliste afin de définir le champ de chaque liberté économique. Leur conception étant fluctuante, il est difficile d'y voir des critères susceptibles de s'imposer comme des critères généraux permettant une définition objective et rigoureuse de l'investissement.

124. Il apparaît ainsi que dans le cadre intra européen, le droit européen des investissements appréhende très largement l'investissement étranger puisqu'aucune définition objective n'est posée. Or le domaine du marché intérieur s'étend à l'ensemble des activités économiques, entendues largement³¹⁸ et s'opérant sur le plan transnational. L'investissement est ainsi conçu dans sa dimension économique comme englobant largement toute activité de placement de biens. Cette

³¹⁶ Ex. d'opérations : l'achat spéculatif de produits financiers à court terme réalisé par des sociétés d'assurance ou un fonds de pension qui entrent dans la libre circulation des capitaux et à ce titre bénéficient dans le cadre transnational de la protection du droit du marché intérieur.

³¹⁷ Allant dans ce sens, V. VADCAR C., « Un cadre communautaire pour l'investissement ? », *RMCE*, 2001, n° 448, pp. 334-336.

³¹⁸ AZOULAI L., BEN HAMIDA W., « La protection des investissements par le droit primaire — droit conventionnel des investissements et droit primaire communautaire : étude comparée des régimes et des approches » in KASSEDJIAN C., LEBEN C., *Le droit européen et l'investissement*, Panthéon-Assas, 2009, pp. 77-78.

situation apparaît *a priori* contradictoire avec la volonté affichée en externe de l'UE de s'imposer comme un acteur incontournable qui proposerait une approche rigoureuse de la notion.

SECTION 2. LES INSUFFISANCES DANS LA CONSTRUCTION D'UNE DEFINITION OBJECTIVE EN EXTERNE

125. La définition du terme « investissement » de l'AECG est structurée en deux parties. D'abord, il est précisé que l'« investissement » :

« désigne tout type d'actif qu'un investisseur détient ou contrôle, directement ou indirectement, et qui présente les caractéristiques d'un investissement, y compris une certaine durée ainsi que d'autres caractéristiques telles que l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, l'attente de gains ou de profits, ou l'acceptation du risque. »

Ensuite, une liste non exhaustive d'exemples – classiques et originales – complète cette définition générale et abstraite qui prévoit toutefois des exclusions³¹⁹.

126. Ce schéma, qu'on retrouve dans les récents AII de l'UE, traduit le changement de paradigme opéré par l'attribution d'une compétence explicite en matière d'investissement étranger. La volonté affichée est d'amorcer une reprise en main étatique qui s'illustre notamment dans la définition de l'investissement, clé de voute de l'ensemble des garanties substantielles et procédurales. Cependant, dans la diversité des AII de l'UE, des dissonances et des incertitudes s'observent de sorte que la reprise en main, et par conséquent l'éloignement avec le modèle traditionnel, semble relative. Au demeurant, l'ensemble des opérations d'investissement, nouvel objet de la réglementation européenne, fait l'objet d'une attention précise et détaillée (§1) tout en proposant des éléments de définition objectifs susceptible de jouer, dans une approche *a priori* innovante, le rôle de filtre (§2).

§1. L'investissement, nouvel objet de la réglementation externe

127. En l'absence de compétences, les accords conclus avant 2009 appréhendent l'investissement de la même manière que dans le cadre du marché intérieur et du TFUE duquel ils tirent certaines compétences. Cette approche indirecte et fragmentaire est toutefois plus limitée qu'en interne dès lors que l'étendue matérielle des investissements appréhendés sera contrainte par le niveau de libéralisation accepté pour chaque activité et chaque accord. Cette approche est progressivement remplacée depuis 2009 par des accords spécialisés qui font de la réglementation de l'investissement un objet normatif spécifique. Ces accords essaient toutefois de s'éloigner de la

³¹⁹ Art. 8.1 AECG « [...] Un investissement peut notamment prendre la forme [...] ». Les éléments cités démarquent de par leur diversité. Il est en outre précisé que « les revenus qui sont investis se voient accordés le même traitement que les investissements. La modification de la forme sous laquelle les actifs sont investis ou réinvestis n'affecte pas leur qualification d'investissement ; »

pratique majoritaire antérieure en dépassant le laconisme de nombreux libellés, présent dans les TBI pour se rapprocher de certains modèles précisant dans des listes détaillées ce qui s'apparente à un investissement. Toutefois, l'imprécision des listes européennes et le maintien d'une liste non exhaustive relativisent les différences avec la pratique majoritaire.

128. Dans un premier temps, il s'agira de revenir sur l'identification indirecte (A) dans les accords antérieurs à Lisbonne pour ensuite caractériser l'approche directe opérée dans les derniers instruments spécialisés (B).

A. L'identification indirecte dans les accords antérieurs au Traité de Lisbonne

129. Ayant pour objectif la libéralisation des activités économiques, les accords économiques de l'UE antérieurs au Traité de Lisbonne s'emparent de l'investissement de la même manière que le TFUE. Partant de l'architecture normative interne, de laquelle ils tirent des bases de compétences³²⁰, de nombreux AII européens évoquent les investissements étrangers en réglementant les mouvements de capitaux, le commerce de service et l'établissement avec des États tiers³²¹.

130. Même si le niveau de libéralisation varie, l'ensemble des accords de coopération économique et commerciale de l'Union envisagent les mouvements de capitaux³²² avec une référence explicite aux investissements (directs)³²³. À défaut, certains accords prévoient en annexe des nomenclatures similaires à celles de la directive 88/361³²⁴ ou, y font explicitement référence³²⁵.

³²⁰ Cf. *supra*. Introduction, §2.

³²¹ DIMOPOULOS A., *EU foreign investment law*, op.cit. , p. 45.

³²² FARES S., 'Current Payments and Capital Movements in the Eu-Mediterranean Association Agreements', *Legal Issues of Economic Integration (LIEI)*, 2003, Vol. 30, n° 1, pp. 20–22.

³²³ Art. 123§1 Accord UE Cariforum : « En ce qui concerne les transactions relevant du compte de capital de la balance des paiements, les États signataires du CARIFORUM et la partie CE s'engagent à n'imposer aucune restriction à la libre circulation des capitaux concernant les investissements directs réalisés conformément à la législation du pays de destination et les investissements réalisés conformément aux dispositions du Titre II, ni à la liquidation et au rapatriement de ces capitaux et de tout bénéfice en découlant. ».

³²⁴ Nomenclatures annexées à la directive 88/361/CEE : CONSEIL DE L'UE, Directive 88/361/CEE, du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité, JO L 178, 8.7.1988, p. 5–18. V. par ex. CONSEIL DE L'OCDE, *Code de libéralisation des mouvements de capitaux*, 12 décembre 1961, OECD/C (61) 96, Annexe A « Listes de libération des mouvements de capitaux ».

³²⁵ BEZBORODOV S., 'Freedom of Establishment in the EC Economic Partnership Agreements: in Search of its Direct Effect on Direct Taxation', *International Tax Review (Intertax)*, 2007, vol. 35, n° 12, p. 699; KIEKEBELD B., SMIT D., 'Freedom of Establishment and free Movement of Capital in Association and Partnership Agreements and direct taxation', *EC Tax Review*, 2007, vol. 16, n° 5, pp. 223–224. V. en particulier CONSEIL CONJOINT UE-MEXIQUE, Décision n° 2/2001 du 27 février 2011 portant mise en œuvre des articles 6, 9, 12, paragraphe 2, point b), et 50 de l'accord de partenariat économique, de coordination politique et de coopération, 2001/153/CE, JO L 2001 70/7 (accord UE-Mexique sur le commerce de service), art. 28.1.

Dans le cadre extraeuropéen, la libéralisation des mouvements de capitaux se définit matériellement de la même manière que dans le TFUE. Par conséquent, l'investissement direct et de portefeuille s'y retrouve largement. Cet alignement s'impose d'ailleurs en tant que principe, indépendamment de tout accord, en raison de la conception *erga omnes* unilatérale de la libre circulation des capitaux. Le TFUE libéralise, sous réserve de quelques particularités inhérentes au régime et non à la notion³²⁶, les mouvements de capitaux entre États membres et entre États membres et États tiers, et ce, sans condition de réciprocité³²⁷.

131. Un certain nombre d'accords de l'Union, en particulier ceux instaurant une zone de libre-échange, font référence à l'établissement en tant qu'opération directement liée à l'investissement étranger. Cependant, parce que ces accords divergent dans leur portée réglementaire et notamment dans le degré de libéralisation, différentes définitions de l'établissement s'observent dans les AII de l'union, définitions qui s'écartent parfois de la notion d'établissement prévue dans le TFUE³²⁸.

132. Plus précisément, on note des accords qui envisagent une définition très large de l'établissement basée sur celle de l'AGCS et similaire à celle que l'on trouve dans le TFUE, mais qui exclut de leur champ d'application les activités entreprises par les particuliers, indépendants³²⁹. D'autres AII, en particulier les accords de partenariat et de coopération³³⁰ définissent l'établissement uniquement par la création d'établissements secondaires. L'établissement exclut donc la création d'entreprise par des particuliers³³¹. Même dans les accords posant une définition large similaire à celle du droit primaire, on observe que l'établissement secondaire demeure le principal objet de la réglementation³³².

³²⁶ Art. 64 à 66 TFUE.

³²⁷ Art. 63§1 TFUE : « Dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites. ».

³²⁸ SZEPESI S., 'Investment', in EUROPEAN CENTRE FOR DEVELOPMENT POLICY MANAGEMENT (dir.), *Comparing EU Free Trade Agreements*, InBrief n° 6D, 2004, 8 p.

³²⁹ Accord établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République du Chili, art. 131 (d). L'établissement est présenté exclusivement comme « la constitution, l'acquisition ou le maintien d'une personne morale » ou « la création ou [le] maintien d'une succursale ou d'un bureau de représentation, sur le territoire d'une des parties ».

³³⁰ Ainsi que l'Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et le Royaume hachémite de Jordanie, signé le 24 novembre 1997 (en vigueur depuis le 1^{er} mai 2002), JO L 129 2002, art. 32 (d).

³³¹ V. Égaleme BEZBORODOV S., « Freedom of Establishment in the EC Economic Partnership Agreements: in Search of its Direct Effect on Direct Taxation », op.cit., p. 687.

³³² C'est le cas dans les accords de stabilisation et d'association. cf. ASA entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République de Serbie, d'autre part, signée le 29 avril 2008 JO L 278 2013, art. 52 et 53.

133. Nonobstant, il faut préciser que les définitions plus restrictives de l'établissement n'impliquent pas qu'une conception différente de la notion d'établissement soit adoptée dans ces accords. En effet, la notion, telle que présentée dans ces accords, regroupe les principales caractéristiques de l'établissement, identifiées en droit interne, de sorte que l'investissement direct y figure. Les restrictions constatées ne concernent que les types d'établissements soumis aux règles d'établissement, et non les caractéristiques de l'établissement similaires au TFUE.

134. En ce qui concerne l'intégration des investissements, sous forme de contrats de concessions, elle dépend du niveau de libéralisation des services qui varie selon les accords. Si certains intègrent des dispositions étendues en matière de marché public³³³, d'autres se contentent par exemple de renvoyer à l'AGCS³³⁴. Or il exclut par principe les marchés publics de la libéralisation³³⁵, et renvoie cette question à l'accord plurilatéral sur les marchés publics³³⁶. Mais il est admis, qu'en raison de la fragilité des exclusions et exceptions de l'AGCS, ce dernier constitue un outil de libéralisation non négligeable des marchés publics, et donc des investissements sous forme de contrats d'États³³⁷.

135. Cette appréhension indirecte et abstraite, qui a vocation à disparaître du paysage conventionnel européen, dénote alors avec les derniers accords de l'UE qui s'emparent de l'investissement en s'inspirant de la pratique internationale.

³³³ Accord UE Cariforum, Chapitre 3 « Marché public », arts. 165 à 182. V. not. art. 166§1 : « “marché public” toute acquisition de biens, de services ou des deux à la fois, y compris de travaux, effectués par des entités contractantes énumérées à l'annexe VI à des fins publiques, qui n'est pas destinée à faire l'objet d'une revente commerciale ou à être utilisés dans la production de biens ou la fourniture de services en vue d'une vente commerciale, sauf disposition contraire ; les acquisitions effectuées par des méthodes comme l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, en font partie ; »

³³⁴ Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République arabe d'Égypte, d'autre part, 25 juin 2001, Art. 29§1.

³³⁵ L'Art. XIII exclu spécifiquement les marchés publics tandis que l'art. I § 3, b) exclu de son champ les services fournis dans l'exercice de l'autorité gouvernementale et que l'art. XIV liste un certain nombre d'exceptions générales.

³³⁶ L'AMP, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1996 compte une trentaine d'États partis dont l'UE.

³³⁷ V. par ex. COSSY M., 'Water services at the WTO', in BROWN WEISS E., BOISSON DE CHAZOURNES L., BERNASCONI-OSTERWALDER N. (dir.), *Fresh Water and international Economic Law*, Oxford, 2008, pp. 117–141; TUERK E., OSTROVSKY A., SPEED R., 'GATS and its impact on Private Sector participation in water services', in BROWN WEISS E., BOISSON DE CHAZOURNES L., BERNASCONI-OSTERWALDER N. (dir.), *Fresh Water and international Economic Law*, Oxford, 2008, pp. 143–172. Pour une vision plus globale, V. COLLINS D., *The Public International Law of Trade in Legal Services*, CUP, 2018, 258 p.

B. L'identification directe d'opérations d'investissements dans les accords postérieurs au Traité de Lisbonne

136. Dans un souci de précision, l'intégralité des accords de protection des investissements de l'UE exemplifie, après une définition objective et générale, dans une liste détaillée les opérations qualifiables d'investissements. Si, *a priori*, le niveau de détails doit être salué au regard de la pratique générale antérieure, des doutes demeurent sur sa réelle capacité à opérer un changement. Ainsi, tant la pertinence de la liste notamment dans son contenu (2) que l'interprétation des opérations explicitées (1) interrogent vis-à-vis des pratiques antérieures.

1. L'interprétation des exemples d'investissements

137. Dans une démarche laconique, la majorité des accords d'investissement identifient les opérations d'investissement au travers de listes ouvertes utilisant des termes génériques dépourvus de précisions. Ce laconisme a ainsi su occuper la jurisprudence dans le travail de qualification. Les récents AII de l'UE s'écartent de cette approche adoptée notamment dans les TBI des Etats européens³³⁸ pour privilégier une approche d'inspiration nord-américaine. Toutefois, si le modèle de l'Union européenne se rapproche formellement du modèle canadien dans son souci de précision, il se distingue qualitativement. En l'occurrence il demeure un modèle ouvert entaché de certaines imprécisions qui impliqueront *a fortiori* un retour à la jurisprudence antérieure et à ses errements (a). Le recours à la jurisprudence sera d'autant plus nécessaire que les listes omettent certains éléments sensibles dont la valeur d'investissement a été débattue par la jurisprudence (b).

a. Les opérations identifiées explicitement

138. Les investissements identifiés par les accords européens convergent avec les cinq catégories, académiques, qui ont émergé de la pratique conventionnelle³³⁹. Est ainsi appréhendé un ensemble disparate d'actifs s'assimilant tant à des investissements directs que de portefeuilles, matériels ou immatériels. Il est ainsi possible de distinguer comme catégorie les entreprises (α), les concessions (β), les créances et droits économiques affilés (γ) ainsi que les droits de propriété intellectuelle et les biens (δ).

³³⁸ On retrouve ce type de liste ouverte dans les TBI des États membres ainsi que dans le Traité sur la Charte de l'Energie. Cf. art. 1^{er}, 6) Traité CE.

³³⁹ CNUCED, *Bilateral investment treaties 1999–2006, Trends in investment rulemaking*, United-Nations, 2007, pp. 7–10; NANTEUIL (de) A., *Droit international de l'investissement*, op.cit., p. 169.

α. Entreprise

139. Il faut noter en premier que les récents AII divergent quant à la notion d'entreprise. L'accord avec le Viêt Nam exclut explicitement les établissements secondaires de la notion³⁴⁰. Alors que la notion ne fait l'objet que de peu de développement dans les autres accords³⁴¹, l'AECG se démarque. La définition inclut explicitement diverses formes d'entités, dont les entreprises publiques, ou les entités à but non lucratif³⁴². Si ce genre de clause est critiqué, car un établissement de santé peut par exemple constituer un investissement³⁴³, elle rejoint la notion d'établissement du TFUE ainsi que la pratique internationale majoritaire³⁴⁴.

140. En outre, l'investissement peut également prendre la forme de tout intérêt dans une entreprise. Il est ainsi fait mention des actions et autres participations financières. Une participation minoritaire dans une société peut donc être considérée comme un investissement³⁴⁵. Si l'État d'accueil est toujours en mesure d'avancer les critères généraux³⁴⁶, aucune garantie n'exclut explicitement les investissements de portefeuille, et ce, contrairement aux exigences avancées en interne par les institutions européennes³⁴⁷. À l'instar d'autres instruments, la notion intègre également les créances, quelles que soient leurs formes³⁴⁸ de sorte qu'un prêt peut être un

³⁴⁰ Art. 1,2, h), ii) Accord de Protection des investissements UE/Viêt Nam (e.e.v. 01/08/2020) : « une entreprise, les actions, capitaux et autres formes de participation au capital dans une entreprise, y compris les droits connexes ». Une note précise qu'« aux fins de la définition de l'«investissement», une «entreprise» n'inclut pas un bureau de représentation. Il est entendu que le fait qu'un bureau de représentation est établi sur le territoire d'une partie n'est pas, en soi, synonyme de l'existence d'un investissement. »

³⁴¹ Art. 1.2§2, b) Accord de protection des investissements UE/Singapour (e.e.v. 21/11/2019) : « une entreprise y compris une succursale, des actions et autres formes de participation au capital social d'une entreprise, y compris les droits connexes ».

³⁴² Art. 8.1 AECG « entreprise désigne une entreprise au sens de l'article 1.1 (Définitions d'application générale) ainsi qu'une succursale ou un bureau de représentation d'une entreprise » ; art. 1.1 AECG : « entreprise désigne une entité constituée ou organisée conformément au droit applicable, dans un but lucratif ou non, qu'elle soit détenue ou contrôlée par le secteur privé ou par le secteur public, y compris une société, une société de fiducie ou «un trust», une société de personnes, une entreprise individuelle, une coentreprise ou autre association ; »

³⁴³ NIKIEMA S.H, 'définition de l'investisseur', in IISD, *Best practices series*, IISD, 2008 p. 7.

³⁴⁴ Cf. Art. 1 TBI États-Unis — Rwanda (2008, e. v 2012) ; art. 1, b) TBI Hongkong/Émirats arabes unis (2019) ou art. 1, 8) TBI Singapour/ Kazakhstan (2018); Art. 1 § 2, a) « *any juridical person as well as any commercial or other company or association with or without legal personality having its seat in the territory of the Federal Republic of Germany, irrespective of whether or not its activities are directed at profit* ».

³⁴⁵ La participation au capital ne doit pas par définition coïncider impérativement avec la possession d'un titre négociable. Cette solution, qui est celle du TFUE en vertu de la définition des mouvements de capitaux et celle qui est également retenue par la jurisprudence internationale. Art 1^{er}, 1) b) TBI France Argentine et CIRDI, 14 janvier 2004, décision sur la compétence, *Enron Corporation and Ponderosa assets, L.P. c. Argentine*, arb/01/3, §§ 44-46.

³⁴⁶ V. *infra*. Section 2, § 2 du Chapitre.

³⁴⁷ V. COMMISSION DU COMMERCE INTERNATIONAL (Rapporteur : ARIF K.), Rapport sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux (2010/2203(INI).

³⁴⁸ V. par exemple Art. 1, 6) TCE.

investissement³⁴⁹ sans considération de durée³⁵⁰. Au-delà, « tout autre type d'intérêt dans une entreprise » est protégé³⁵¹. Ainsi une relation d'affaires pourrait établir un « intérêt » dans une entreprise de sorte à être considérée comme un investissement³⁵².

β. Concessions

141. Un investissement peut prendre la forme d'une concession et d'un intérêt y découlant³⁵³. Une autorisation légale accordée pour l'exercice d'une activité réglementée peut ainsi caractériser un intérêt³⁵⁴. L'actualité européenne autour de ce genre d'investissement³⁵⁵ aurait pu laisser penser que l'UE serait moins encline à les inclure. Les accords visent également les « contrats clés en main, de construction, de production, de gestion » ou « de partage des recettes ». En l'absence de précisions³⁵⁶, l'examen d'un investissement devra imposer une analyse rigoureuse des caractéristiques de l'investissement dans la phase contentieuse. Ce qui implique nécessairement une marge de manœuvre conséquente pour les investisseurs devant les tribunaux arbitraux afin de

³⁴⁹ Si le prêt est accordé par une institution bancaire, cette dernière pourra être considérée comme un investisseur.

³⁵⁰ Contrairement au modèle canadien de 2004. L'art. 1 impose une durée minimale de 3 ans. Il faut préciser que même si le prêt a une échéance il faudra prouver que ce dernier a été réalisé sur le territoire de l'État d'accueil, ce qui n'est pas sans poser de problème.

³⁵¹ Dans l'absolu, cela peut inclure le capital hybride, ou encore le financement mezzanine. Définition : la dette mezzanine est la forme de dette la plus risquée dont le financement est subordonné au remboursement d'une dette bancaire, dite dette senior.

³⁵² Bischoff J., Wühler M., « The notion of investment », in MBENGUE M.M., SCHACHERER S. (dirs.), *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Studies in European Economic Law and Regulation 15, Springer, 2019, pp. 30 et s.

³⁵³ En particulier d'une concession pour « l'exploration, la mise en valeur, l'extraction ou l'exploitation de ressources naturelles » cf. Art. 8.1 AECG.

³⁵⁴ Ex. Art. 1 § 6, f) EC Treaty; art. 1.2§2, h) API UE/Singapour. Ce dernier se démarque en précisant pour cette catégorie « [...] qu'une ordonnance ou un arrêt rendus dans le contexte d'une action judiciaire ou administrative ne constitue pas en soi un investissement. Ce qui n'est pas sans conséquence en considération de la pratique contentieuse notamment au regard de l'affaire *Vattenfall*.

³⁵⁵ C'est en effet la marge de manœuvre réglementaire de l'État qui est mis en jeu comme dans les affaires *Vattenfall*. cf. CIRDI, 11 mars 2011, sentence reprenant l'accord de règlement des parties, *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. République fédérale d'Allemagne (I)*, aff. n° ARB/09/6 ; CIRDI, pendante, *Vattenfall AB ea. c. République fédérale d'Allemagne (II)*, aff. n° ARB/12/12/12. La première affaire concerne une réclamation découlant du comportement des autorités de Hambourg dans le cadre de la procédure administrative d'autorisation pour la construction d'une nouvelle centrale électrique par Vattenfall. La seconde a fait l'objet de vifs débats en ce qu'elle concerne une réclamation découlant de l'adoption par l'Allemagne d'une loi visant à éliminer progressivement les centrales nucléaires dans le pays d'ici 2022. La pratique contentieuse antérieure foisonne d'exemple de ce type : HAPP R, RUBINS N, *Digest of ICSID awards and decisions 1974–2002*, Oxford University Press, 2002, p. 340.

³⁵⁶ Art. 8.1 AECG et not. lit. f) ; art. 1.2, h) API UE/Viêt Nam : Le recours à des formules telles qu'« y compris... les droits connexes/similaires » démontre que les précisions ne sont qu'indicatives et que toute forme de contrats de concessions, d'intérêts et titres financiers est susceptibles de caractériser un investissement.

sanctionner les atteintes à leurs « intérêts » et « autres contrats similaires » à l'instar de la situation engendrée par les TBI des États.

χ. Créances de somme d'argent ou droits à une prestation en vertu d'un contrat

142. L'idée selon laquelle un contrat ainsi qu'une créance découlant d'un contrat peuvent constituer un investissement est largement acceptée dans le contentieux international. C'est particulièrement le cas dans le contexte de l'article 25 (1) de la Convention CIRDI et de la plupart des AII. Un consensus existe toutefois pour exclure les opérations purement commerciales de la notion d'investissement³⁵⁷. Les accords européens suivent cette tendance³⁵⁸. De tels contrats ne sont toutefois exclus que s'ils sont conclus entre des personnes physiques ou des entreprises. Par conséquent, l'incertitude persiste concernant les contrats d'Etat³⁵⁹. Les traités ne lèvent pas non plus la difficulté concernant la détermination du caractère exclusivement commercial³⁶⁰. En sus des créances de tel contrat, le financement intérieur (national) du contrat est exclu, ainsi que toute décision s'y rapportant³⁶¹.

³⁵⁷ V. par ex. la position de certains États membres du CIRDI : Working Paper in the form of a Draft Convention prepared by the General Counsel and transmitted to the Executive Directors (5 juin 1962) in CIRDI, Historique de la Convention CIRDI, ICSID World Bank, vol. II-1, p. 33 et s.; V. également DELAUME GR, « Le Centre International pour le règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) », JDI (Clunet), 1982, p. 806. De même, de nombreux tribunaux d'investissement ont jugé la notion d'investissement incompatible avec une opération considérée exclusivement comme — « a simple sale » : CIRDI, 8 novembre 2010, sentence, Alpha Projektholding GmbH c. Ukraine, aff. N° ARB/07/16, para. 314 ; CIRDI, 16 avril 2009, demandes-en annulation, MHS c. Malaisie, aff. n° ARB/05/10, para. 69 ; CIRDI, 1^{er} décembre 2010, sentence, Global Trading Resource Corp. et Globex International, Inc. c. Ukraine, aff. n° ARB/09/11, par. 55.

³⁵⁸ Sont exclues les « créances de somme d'argent résultant exclusivement de contrats commerciaux de vente de marchandises ou de services » Art. 8.1 AECG ; idem pour l'art. 1,2, h), v) API UE/Viêt Nam. Une telle exclusion ne figure pas dans le cadre de l'art. 1§2, f) API UE/Singapour ni de l'art. 1 § 6, c) *EC Treaty*, ce qui laisse ouvert le débat sur ce point. Mais en considération de la jurisprudence et de l'AECG, les arbitres devraient exclure ce type de créances.

³⁵⁹ BISCHOFF J., WÜHLER M., « The notion of investment », *op. cit.* pp. 34 et s.

³⁶⁰ Les incertitudes dans le cadre de l'article 1.3.b) et c) de l'AGCS démontrent la difficulté de la tâche: LEROUX E.H., « What is a “service supplied in the exercise of governmental authority” Under Article I:3 (b) and (c) of the General Agreement on Trade in Services? » *Journal of World Trade Law*, 2006, vol. 40, n° 3, pp. 348–360; ARENA A., « The GATS notion of public services as an instance of intergovernmental agnosticism: comparative insights from EU supranational dialectic », *Journal of World Trade*, 2011, vol. 45, n°3, pp. 501–505.

³⁶¹ Encore une fois, de telles exclusions ne sont mentionnées conformément à ce type d'actifs que dans l'AECG et l'API UE Viêt Nam.

δ. Droits de propriété intellectuelle et autres biens

143. La protection des droits de propriété intellectuelle constitue une constance dans les TBI modernes que les accords européens perpétuent³⁶². L'AECE se démarque par l'introduction d'une définition fermée pour ces droits, à la différence des autres actifs listés. Ainsi les :

Droits de propriété intellectuelle désignent le droit d'auteur et les droits connexes, les droits relatifs aux marques, aux indications géographiques, aux dessins industriels, aux brevets, aux schémas de configuration de circuits intégrés, à la protection des renseignements non divulgués et aux obtentions végétales, ainsi que les droits relatifs aux modèles d'utilité, lorsque ces droits sont prévus par le droit d'une Partie. Le Comité mixte de l'AECE peut, par décision, ajouter d'autres catégories de propriété intellectuelle à la présente définition³⁶³.

144. Cette disposition détaillée et exhaustive se distingue de celles qu'on retrouve dans d'autres AAI, notamment de l'UE — qui fournissent une liste non exhaustive d'exemples³⁶⁴. Sur ce point, les arbitres auront donc très peu de marge de manœuvre. L'AECE diffère également des autres AII en ce sens que sa définition des droits de PI n'inclut pas des éléments divers tels que le « savoir-faire », les inventions brevetables, ou encore les *goodwill*³⁶⁵. Il sera donc difficile de les admettre comme actifs protégés³⁶⁶.

³⁶² LAVERY R.A, "Coverage of Intellectual Property Rights in International Investment Agreements: An Empirical Analysis of Definitions in a Sample of Bilateral Investment Treaties and Free Trade Agreements", *Transnational Dispute Management*, 2009, 2, pp. 4-6, disponible sur www.transnational-dispute-management.com; MORTENSON J.D, "Intellectual property as transnational investment, some preliminary observations", *Transnational Dispute Management*, 2009, 2, p. 4, disponible sur www.transnational-dispute-management.com. Ces droits figuraient déjà dans le premier TBI : Art. 8, 1 (a) du Traité entre la République fédérale d'Allemagne et le Pakistan pour la promotion et la protection des investissements, 25 novembre 1959, Recueil des Traités des Nations Unies (UNTS) 457 I 6575.

³⁶³ Art. 8.1 AECE

³⁶⁴ Cf. Art. 1.2§2, g) API UE/Singapour ; art. 1,2, h), vi) de l'API UE/Viêt Nam qui indique qu'« aux fins du présent accord, on entend par "droits de propriété intellectuelle" au moins toutes les catégories de propriété intellectuelle faisant l'objet de la partie II, sections 1 à 7, de l'accord sur les ADPIC, à savoir... » [Souligné par nous].

³⁶⁵ Cf. 1 (1) (iv) TBI États-Unis d'Amérique Argentine du 14 novembre 1991 ; Art. 1 (1) du modèle 2008 de TBI de l'Allemagne : « (e) *trade-names, trade and business secrets, technical processes, know-how, and goodwill* » ; le terme de *goodwill*, qui renvoie aux notions de « survalue » ou « écart d'acquisition » en français, représente la différence entre l'écart d'acquisition, par exemple lors d'une fusion-acquisition, et la valeur de l'actif et du passif d'une entreprise. C'est l'écart entre le prix payé pour acquérir une société et sa valeur comptable. Lorsque cet écart est positif, on parle de *Goodwill*. Lorsqu'il est négatif, on parle de *Badwill*. Le *Goodwill* peut refléter différents aspects immatériels d'une entreprise par exemple sa notoriété, de bonnes relations avec ses clients, employés et fournisseurs ou encore des brevets ou technologies développées par la société. Pour une description détaillée du *Goodwill* v. LAVERY R.A, "Coverage of Intellectual Property Rights in International Investment Agreements: An Empirical Analysis of Definitions in a Sample of Bilateral Investment Treaties and Free Trade Agreements", *op. cit.* p. 10.

³⁶⁶ La seule solution, toutefois difficile, est de démontrer qu'ils constituent des droits relatifs à la « protection des renseignements non divulgués ». V. en ce sens LAVERY R.A, "Coverage of Intellectual Property Rights in International Investment Agreements: An Empirical Analysis of Definitions in a Sample of Bilateral Investment Treaties and Free Trade Agreements",

145. Toujours dans l'AECG et en ce qui concerne les « droits relatifs aux modèles d'utilité » ils ne seront protégés que si ces droits sont prévus dans la législation de l'une des parties. Cette exigence vaut également pour les autres droits de ce type en raison du principe de territorialité qui les régit³⁶⁷. Ainsi l'État, en vertu de son droit national, a toujours la capacité de limiter la protection conventionnelle d'un actif en ne l'identifiant pas comme un droit de propriété intellectuelle³⁶⁸. Seule une application de mauvaise foi du droit national à des fins d'inopposabilité internationale peut être sanctionnée³⁶⁹.

146. Sont également protégées toutes les formes de biens meubles, corporels ou incorporels, ou de biens immeubles et droits connexes. Aucune précision ne vient étoffer cette catégorie qui peut dans certaines situations révéler certaines difficultés³⁷⁰.

147. En définitive, dans l'identification des opérations qualifiables d'investissements, le degré de précision varie sensiblement d'un accord à un autre. Si l'AECG bénéficie d'un luxe de détails, et innove sur certains points, l'usage, dans tous les accords, de notions vagues et de formules ouvertes telles que « droits s'y rapportant », « tout autre type d'intérêt » ou encore « y compris les droits connexes » laissent des incertitudes au regard de la pratique arbitrale. C'est particulièrement le cas

op.cit. p. 3 ; SEELIG M.L., 'Can patent revocation or invalidation constitute a form of expropriation', *Transnational Dispute Management*, 2009, 6, pp. 1–12.

³⁶⁷ Un droit de propriété intellectuelle est un droit territorial en ce sens que c'est la loi du pays d'enregistrement qui détermine sa validité et sa substance. C'est le cas pour tous les droits soumis à enregistrement. Ce principe se recoupe alors avec l'obligation que l'investissement soit réalisé sur le territoire de l'État d'accueil et conformément au droit applicable pour être couvert. GROSSE RUSE-KHAN H., *Investment law and intellectual property rights*, in BUNGENBERG M.; GRIEBEL J., HOBE S. e.a. (dirs.), *International investment law*. Nomos, 2015, p. 1697.

³⁶⁸ CORREA C.M., 'Investment protection in bilateral and free trade agreements, implications for the granting of compulsory licenses', *Michigan Journal of International Law*, 2004, vol. 26, n°1, pp. 339–340. Cette possibilité vaut indépendamment des obligations internationales découlant par exemple de l'accord ADPIC ou de la Convention de Berne. V. par ex : ORD, Groupe spécial, rapport, un rapport, 26 janvier 2009, Chine - Mesures affectant la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle, aff. n° WT/DS362/R, para. 7.139.

³⁶⁹ V. en ce sens GROSSE RUSE-KHAN H., *Investment law and intellectual property rights*, *op.cit.*, p. 1698. Pour une opinion différente v. SEELIG M.L., « Can patent revocation or invalidation constitute a form of expropriation ». V. égal. CORREA C.M., 'Investment protection in bilateral and free trade agreements, implications for the granting of compulsory licenses', *op.cit.*, p. 340 ; LIBERTI L., « Intellectual property rights in international investment agreements, an overview », *Transnational Dispute Management*, 2009, 6, p. 10. Au cours des négociations infructueuses de l'AMI, les parties n'ont pu s'entendre sur une disposition stipulant que « La création, la limitation, la révocation, l'annulation, l'octroi de licences légales, l'octroi de licences obligatoires et la gestion collective obligatoire des droits de propriété intellectuelle [...] ne constituent pas une expropriation aux termes de cet accord, dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec les conventions spécialisées sur les droits de propriété intellectuelle ». V. OCDE, « L'accord multilatéral sur l'investissement : projet de texte consolidé », 22 avril 1998, DAF/MAI (98) 7/REV1, p. 53. Ainsi, on pourrait soutenir a contrario qu'il existe des investissements susceptibles d'être expropriés avant la création du droit.

³⁷⁰ C'est par exemple le cas lorsque l'investisseur est en possession de l'actif sans en détenir le titre. cf. CIRDI, 8 mars 2010, décision sur la compétence, *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH ea. c. Ukraine*, no ARB/08/8. Dans cette affaire un voilier était affrété coque nue aux investisseurs qui pouvaient alors disposer du navire.

au regard de certains actifs et opérations qui ne sont pas mentionnés en dépit des controverses contentieuses qu'ils soulèvent.

b. Les opérations non mentionnées explicitement

148. Deux types d'actifs sensibles, particulièrement discutés devant les tribunaux arbitraux ne font l'objet d'aucun développement dans les listes européennes. En l'occurrence, il s'agit de la question de la dette souveraine (α) et des jugements et sentences arbitrales (β).

α . Dette souveraine

149. Les accords européens considèrent toutes les dettes du privé, ou tout « intérêt dans une entreprise » comme un potentiel investissement protégé. Considérant que la notion d'entreprise inclut les entreprises publiques, les accords de l'UE couvrent donc explicitement une certaine part de la dette publique.

150. Cette conclusion doit toutefois être nuancée en raison de l'absence de toute référence à la dette souveraine. Cette situation est d'autant plus paradoxale que, parallèlement à une hausse des situations de défaillance étatique³⁷¹, la question de la restructuration de la dette souveraine s'impose comme un débat récurrent devant les tribunaux investisseurs-États³⁷². De nombreux tribunaux CIRDI ont ainsi été amenés à qualifier la dette souveraine d'investissement couvert³⁷³, et ce en dépit des doutes émis lors des négociations de la Convention de Washington³⁷⁴. L'UE semble donc ne

³⁷¹ Pour un aperçu général des défaillances souveraines et de leur rapport au droit, V. notamment GUILLAUME G (dir.), *Les États en faillite ? : Dettes souveraines et défaillance des États*, Hermann, 2013, 98 p. ; AUDIT M (dir.), *Insolvabilité des États et dettes souveraines*, LGDJ, 2011, 287 p.

³⁷² BISCHOFF JA, 'Current trends in investment arbitration relating to sovereign bond defaults', in BRUNO E (dir) *Sovereign debt and debt restructuring*, Globe Law and Business, 2013, pp. 101–106 ; pour une vision détaillée des débats devant les juridictions arbitrales, égal. ORTOLANI P, « Are bondholders investors? Sovereign debt and investment arbitration after *Postová* », *Leiden Journal of International Law*, 2017, vol. 30 (2), pp. 383–404; CNUDCI, *Sovereign debt restructuring and international investment agreements*, IIA Issues note, Juillet 2011, n°2, 9 p; LI Y, "How international investment agreements have made debt restructuring even more difficult and costly", South Center, *Investment Policy brief*, février 2018, n° 12, 9 p. V égal. Wedemaier MC, "Disputing Boilerplate", *Temple Law Review*, 2009, vol. 82, pp. 1–54 qui analyse la capacité des tribunaux arbitraux à régler une telle question politique.

³⁷³ V. CIRDI, 11 juillet 1997, décision sur la compétence, *Fedax N.V. c. Venezuela*, aff. n° ARB/96/3, § 29 ; - CIRDI, 24 mai 1999, décision sur la compétence, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. Slovaquie*, aff. n° ARB/97/4, §§ 77-82 ; CIRDI, 19 novembre 2007, sentence *OKO Pankki Oyj e. a. c. Estonie*, aff. n° ARB/04/6, §180 ; CIRDI, 4 août 2011, décision sur la compétence, *Abaclat e. a. c. Argentine*, aff. n° ARB/07/5, § 359 ; CIRDI, 8 février 2013, décision sur la compétence et la recevabilité, *Ambiente Ufficio S.p.A. e. a. c. Argentine*, aff. n° ARB/08/9, § 472.

³⁷⁴ CIRDI, Historique de la Convention CIRDI, ICSID World Banq, vol. II-1, p. 261 : « Mr. NICAYENZI (Burundi) pointed out that a foreign company which lent money to a State could not be regarded as an investor and asked if the Convention provided for the settlement of a dispute in such a case. The CHAIRMAN said that in English

pas avoir suivi la tendance de certains AII ayant explicitement exclu ces dettes de la notion d'investissement³⁷⁵. L'état de la jurisprudence CIRDI et les doutes émis à l'égard d'une inclusion de la dette souveraine auraient mérité une précision de la part des rédacteurs. La sensibilité de la question nous fait dire qu'il s'agit éventuellement d'un oubli volontaire afin de perpétuer la tendance actuelle où, à défaut d'une exclusion générale, la question est casuistique. En l'occurrence dans le cadre européen, si la dette souveraine n'est pas exclue, elle devra toutefois présenter les caractéristiques d'un investissement³⁷⁶. Quoiqu'il en soit cette approche ne peut être qu'en faveur des investisseurs.

β. Jugements et sentences arbitrales

151. Il s'agit là d'une question particulièrement débattue et notamment dans le contexte européen. L'examen des accords européens démontre que les jugements et sentences arbitrales sont exclus de la notion d'investissement seulement s'ils renvoient à des transactions commerciales³⁷⁷. Un raisonnement *a contrario* suppose que l'exclusion ne vaut pas pour tous les autres jugements.

152. Cette solution s'éloigne des termes des échanges qui ont lieu devant les juridictions arbitrales. Une distinction est avancée entre, d'un côté, l'actif litigieux et de l'autre la sentence ou le jugement rendu à ce propos. Une première tendance consiste à considérer le lien inextricable qui existe entre l'opération initiale et la sentence arbitrale elle-même. Ce faisant, les arbitres ne se

the word "investment" would cover the type of loan referred to. It might be necessary to modify the language of the French text. » V. également dans la même collection, le vol. III, pp. 668, 709 et s.

³⁷⁵ Par ex. l'art. 2.2. a) du modèle de TIB colombien de 2007 (« *public debt operations* »). On note que l'exclusion va au-delà de la dette souveraine (dette de l'État, *sovereign debt* en anglais) par l'usage de la notion de dette publique (qui inclue la dette de l'État, de l'administration centrale et locale et de toutes les collectivités infraétatiques, *etc.*). Le modèle de 2011, actuellement en vigueur, est beaucoup plus explicite avec plus occurrence : art. 2.1, d) et e) et art. 2.2. a) qui exclut globalement les opérations de dettes publiques (« *operaciones de deuda pública* »). À titre symbolique, on peut faire référence à l'AMI. En référence à l'art. II. 2.iii du texte négocié relatif aux « obligations, titres d'emprunt, prêts et autres formes de créance et les droits en découlant », les rédacteurs avaient convenu que l'AMI ne devrait pas interférer avec « des opérations de rééchelonnement ou de réorganisation de la dette publique », V. OCDE, « L'Accord multilatéral sur l'investissement : Commentaire du texte consolidé », 22 avril 1998, DAF/MAI (98) 8/REV1, pp. 24 et s.

³⁷⁶ Pour un aperçu, V. WAIBEL M, *Sovereign defaults before international courts and tribunals*, Cambridge University Press, 2011, pp. 8–14.

³⁷⁷ Cf. art. 8.1, c) AECG ; art. 1.2, h), v) API UE/Viêt Nam. Seul l'accord UE Singapour ne mentionne pas explicitement cette exclusion. Pour les contrats commerciaux, les parties ont accès soit aux juridictions étatiques, soit à l'arbitrage commercial. En outre, sous réserve d'entraves, la sentence arbitrale sera exécutoire dans la plupart des ordres juridiques (Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères [Convention de New York], New York, 10 juin 1958 [7 juin 1959] ; v. not. Art. III à VII de la Convention). Les difficultés surviennent lorsque le siège de l'arbitrage est l'État hôte et que la sentence a été annulée par les tribunaux de cet État, v. LEVENTHAL, A.G, « Le Juge de l'exequatur devant la Sentence internationale et la décision d'annulation : une lecture de La Jurisprudence récente aux États-Unis », *Les Cahiers de L'arbitrage*, 2018, n° 2, pp. 273-292.

focalisent que sur les caractéristiques de l'actif litigieux et évitent de s'étendre sur la question du jugement en tant que tel³⁷⁸. C'est la solution qui a été avancée dans l'affaire *Saipem c. Bangladesh* qui se réfère elle-même à la jurisprudence de la CEDH³⁷⁹. Reprenant cette distinction, le tribunal *GEA Group Aktiengesellschaft c. Ukraine*, considère toutefois qu'une sentence arbitrale ne peut constituer un investissement en soi³⁸⁰ et ne peut partager les caractéristiques de l'actif litigieux en raison d'une différence analytique³⁸¹.

153. Mais il semble que cette dernière solution soit minoritaire³⁸². L'absence de précisions dans les accords européens est donc un ralliement implicite à l'approche libérale qui aboutit à une conception extensive et protectrice de l'investissement³⁸³.

2. La pertinence de la liste

154. La pratique européenne privilégie des listes ouvertes dites *asset-based*. Eu égard à l'exigence de clarté et de prévoyance affichée par les instances européennes³⁸⁴ et en considération de la

³⁷⁸ CPA, CNUDCI, 26 novembre 2009, sentence *Romak S.A. c. Ouzbékistan*, aff. n° 2007-07/AA280, § 211 « [...] the GAFTA Award is so inextricably linked to the Romak Supply Agreement that any determination as to whether Romak holds an investment under the BIT cannot be made without reference to the entire economic transaction that is the subject of these arbitral proceedings. The GAFTA Award merely constitutes the embodiment of Romak's contractual rights (as determined by the GAFTA Arbitral Tribunal) stemming from the wheat supply transaction entered into by Romak. If the underlying transaction is not an investment within the meaning of the BIT, the mere embodiment or crystallization of rights arising thereunder in an arbitral award cannot transform it into an investment. »

³⁷⁹ CIRDI, 21 mars 2007, décision sur la compétence et recommandation de mesures conservatoires, *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, aff. n° ARB/05/07, §§ 127 et 130. En effet dans un arrêt de 2008, la Cour EDH a jugé que les sentences arbitrales, une fois reconnues comme exécutoires, constituaient des biens protégés : CEDH, jugement, 3 avril 2008, *Regent Company c. Ukraine*, Req. n° 773/03.

³⁸⁰ CIRDI, 31 mars 2011, sentence, *GEA Group Aktiengesellschaft c. Ukraine*, aff. N°ARB/08/16, § 161: 'Whether tested against the criteria of Article 1 of the BIT or Article 25 of the ICSID Convention, the ICC Award – in and of itself – cannot constitute an “investment”. Properly analyzed, it is a legal instrument, which provides for the disposition of rights and obligations arising out of the [underlying] Agreement (neither of which was itself an “investment” [...]).

³⁸¹ CIRDI, 31 mars 2011, sentence, *GEA Group Aktiengesellschaft c. Ukraine*, aff. N°ARB/08/16, § 162.

³⁸² TA, CNUDCI, 30 novembre 2011, sentence définitive, *White Industries Australia Limited c. Inde*, §§7.6.7–7.6.10 où le tribunal rejette le raisonnement de la sentence GEA et considère que la sentence cristallise des droits objets de la procédure arbitrale.

³⁸³ Si nous pouvons considérer *a minima* que lorsque la sentence porte sur un investissement, il convient de la considérer comme cristallisant la relation juridique sur laquelle elle se fonde, il est toutefois juridiquement possible de soutenir une telle interprétation tout en réfutant que la sentence arbitrale puisse constituer devant l'arbitre internationale et dans le cadre d'un AII un investissement *per se*. Protéger la sentence arbitrale et garantir son effectivité peut se faire indépendamment de sa qualification d'investissement étranger, qualification qui emporte des conséquences considérables sur le plan procédural, notamment en matière d'indemnisation. BISCHOFF J., WÜHLER M., « The notion of investment », *op. cit.* p. 39.

³⁸⁴ Cf. PARLEMENT EUROPEEN, *Rapport Arif*, *op. cit.*

tendance générale à limiter le pouvoir discrétionnaire des arbitres, cette solution surprend quelque peu³⁸⁵. Si un rapprochement, sur le plan formel et quantitatif, est possible avec la pratique canadienne qui met en avant des listes détaillées, le reste s'en éloigne.

155. Le modèle canadien adopte une liste fermée, réduisant par conséquent la marge de manœuvre des investisseurs et des arbitres³⁸⁶. Cette démarche, quoique minoritaire même si elle tend à gagner du terrain³⁸⁷, se démarque en outre par une double approche fermée. La liste exhaustive identifie tant les opérations qualifiables d'investissement que ceux insusceptibles de l'être. La marge de manœuvre des arbitres est ainsi réduite par une approche sécurisée qui permet d'exclure de la notion les opérations non substantielles tels les investissements de portefeuille³⁸⁸. En considération de cette pratique canadienne, qu'on ne retrouve pas dans l'AECG, et du fait que la liste ouverte *asset-based* se retrouve dans l'ensemble des accords de l'UE, il est raisonnable de penser qu'il s'agit là d'une option libérale, d'inspiration américaine³⁸⁹, retenue par les négociateurs européens. Le niveau de détails de la liste de l'AECG apparaît alors comme un compromis dans la mesure où les autres accords européens présentent des listes moins étendues et moins détaillées notamment en termes d'exclusions³⁹⁰.

156. Les listes n'étant pas exhaustives³⁹¹, le requérant a toujours la possibilité de démontrer qu'un actif non inclus « [...] présente les caractéristiques d'un investissement ». Ce qui constitue une source d'insécurité juridique pour les États en dépit même du niveau de détails. En outre, le fait que l'AECG présente un niveau de précision qu'on ne retrouve pas dans les autres accords ajoute de l'incohérence dans l'analyse du modèle européen.

³⁸⁵ CAZALA J., « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », *Revue internationale de droit économique*, vol. xxiii, 1, no. 1, 2009, pp. 5-32.

³⁸⁶ Art. 1 Modèle FIPA CANADA 2004

³⁸⁷ Les définitions *entreprise-based* à l'instar de celles de l'ALENA ou du modèle canadien se retrouvent par exemple dans l'art. G-40 ALE Canada-Chilie ; Art. 2.4 TBI Brésil/Inde (2020) ; art. 1 TBI Canada/Moldavie (2018) de nombreux pays ACP, sans pour autant reproduire exactement le modèle canadien, développent de plus en plus des définitions fermées CNUDCI, *Identifying core elements in investment agreements in the APEC region*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, United Nations, 2008, p. 12 et s.

³⁸⁸ Art. 2.4.1 TBI Inde/Brésil (2020) : 'For greater certainty, "Investment" does not include [...] iv) portfolio investments of the enterprise or in another enterprise'; Art. 2 Framework Agreement on the ASEAN Investment Area (1998) prévoit que l'accord 'shall cover all direct investment other than [...] portfolio investment [...]'].

³⁸⁹ On retrouve des listes ouvertes dans le modèle de TBI de 2012 des USA (art. 1) ou encore dans le récent ALE USA Corée du Sud (art. 11,28). Ce modèle était également celui qui avait été mis en avant des négociations du TTIP (*cf.* chapitre II « Définitions specific to investment protection » du texte négocié publié le 12 novembre 2015, TAFTA). On notera enfin que si l'ALENA utilisait le modèle fermé canadien (art. 1139 ALENA) sa nouvelle version, renégociée sur la demande des États-Unis, propose une liste ouverte similaire à celle de l'AECG notamment par rapport aux précisions et exclusions (art. 14.1 ACEUM).

³⁹⁰ Ex. Art. 1.2, h) API UE/ Viet Nam.

³⁹¹ Art. 1.2 TBI UE/Singapour : « [...] Un investissement peut notamment prendre les formes suivantes [...] ».

157. Au demeurant, c'est donc indéniablement le caractère ouvert et *asset-based* de la liste qui interroge. Ce modèle ne répond ni à la tendance actuelle ni aux préoccupations mises en avant en interne et qui s'incarne *a minima* dans une liste qui peut n'être toutefois pas dénuée d'intérêt. C'est le cas lorsqu'il s'agit de préciser certains termes³⁹² ou d'exclure explicitement certains actifs³⁹³. Ainsi, la marge de manœuvre de l'arbitre est réduite contrairement aux dispositions laconiques des anciens TBI. La liste, même ouverte et *asset-based* peut donc, *a minima*, avoir une fonction limitative dans l'énumération de chaque actif, sous réserve toutefois d'un certain niveau de précision. Ainsi les exclusions explicites de l'AECG tranchent avec les énumérations laconiques des accords avec Singapour et le Viêt Nam. Ces derniers par exemple, pour la catégorie des créances pécuniaires reproduisent les formules abstraites et ouvertes des TBI des États membres qu'on retrouve notamment dans le Traité sur la Charte de l'Énergie³⁹⁴.

158. Enfin, il faut préciser que les actifs inclus ne peuvent être regardés que comme des présomptions réfutables au cas par cas³⁹⁵. Les éléments de la liste doivent n'avoir qu'une valeur indicative, et ce au regard des critères généraux posés en amont de la liste. Ainsi en présence d'une terminologie large dans la liste — favorable, il faut le répéter, aux investisseurs — les caractéristiques d'un investissement dans la définition générale peuvent aider à développer une compréhension plus spécifique et circonscrite. Une telle capacité est toutefois tributaire du soin apporté à la définition des critères généraux afin de limiter la marge de manœuvre.

§2. L'ambiguïté des critères de définition objective

159. La liste ouverte, dans le potentiel de marge de manœuvre qu'elle laisse, contraste avec l'introduction d'un chapeau introductif présentant les caractéristiques « nécessaires » d'un investissement. En effet, comme beaucoup d'autres AII récents — exemple en est de l'article 11.28 KORUS FTA³⁹⁶ — tous les accords européens signés récemment tentent de limiter le pouvoir

³⁹² Cf. l'usage fréquent de clauses « for a greater certainty »: CAZALA J., « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-Etat exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », JDI, 2017, n° 1, pp. 81-98.

³⁹³ Ex. de l'AECG avec une liste fermée de droits de propriété intellectuelle que seul le Comité mixte a le pouvoir d'étendre (Art. 8.1 AECG). *Idem* pour ce qui est de l'exclusion des jugements, ici, des contrats commerciaux.

³⁹⁴ Art. 1.2§ 2, f) TBI UE/Singapour : « les créances liquides ou se rapportant à d'autres actifs, ou les droits à prestations au titre d'un contrat à valeur économique » ; art. 1 § 1, c) Modèle TBI Allemagne (2008) : « *claims to money which has been used to create an economic value or claims to any performance having an economic value* » ; art. 1§ 1, c) modèle TBI France (2008) ; art. 1§ 6, c) EC Treaty.

³⁹⁵ ASMUS BISCHOFF J., WÜHLER M., « The Notion of Investment », in MBENGUE M.M., SCHACHERER S. (dir.), *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, op. cit., pp. 19-44.

³⁹⁶ Art. 11.28 Korea/the United States (KORUS) FTA: 'investment means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an

discrétionnaire des arbitres dans la définition d'un investissement au travers de critères objectifs³⁹⁷. Bel exemple de pétition de principe, qui caractérise le régime de l'investissement, les traités européens utilisent un argument circulaire pour qualifier un investissement qui doit, en toute logique, présenter... « les caractéristiques d'un investissement »³⁹⁸.

160. Les critères avancés constituent en réalité des renvois aux critères débattus en jurisprudence notamment au travers du *Test Salini* développé et affermi à l'occasion du contentieux CIRDI. Si la consistance de ce renvoi questionne, c'est également le rapport à la Convention CIRDI qui interroge notamment au travers du *double-barreled test* (A). Outre l'éventuelle consécration du *test Salini*, c'est l'interprétation des critères qui laisse le commentateur en suspens en raison des nombreuses imprécisions terminologiques qui résonnent avec l'état de la jurisprudence antérieure (B).

A. Une consécration timide du *test Salini*?

161. La question de savoir si le terme « investissement » employé, mais non défini, à l'article 25 de la Convention CIRDI renvoie à une conception objective³⁹⁹ est un des débats les plus intenses en droit des investissements. Ce débat a été nourri par l'affaire *Salini c. Maroc*⁴⁰⁰ lorsque le tribunal a identifié quatre critères permettant de considérer un investissement : « des apports, une certaine durée d'exécution », « une participation aux risques de l'opération » et une « contribution au développement économique de l'État d'accueil ». Ultérieurement, certains tribunaux arbitraux n'ont

investment may take include.' L'Accord de libre-échange entre la Corée du Sud et les États-Unis d'Amérique (KORUS FTA) (signé le 30 juin 2007 et e.e.v. le 15 mars 2012), est le plus important ALE signé par les États-Unis après l'ALENA. Le chapitre 11 relatif aux investissements a fait l'objet d'une révision en janvier 2019 ; *Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment, Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah*, Cambridge University Press, 2016.

³⁹⁷ Le recours à des critères objectifs tend à s'assurer de la réalité de l'investissement dans l'économie d'accueil. V. en ce sens. SALACUSE J.W., SULLIVAN N.P., « *Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their Grand Bargain* », *Harv. Int'l L.J.*, 2005, p. 67.

³⁹⁸ Art. 8.1 AECG : « investissement désigne tout type d'actif [...] qui présente les caractéristiques d'un investissement [...] » ; 1.2§2 API UE/Singapour ; art. 1,2, h) API UE/Viêt Nam. Sur ce point, les Européens ne sont pas les seuls, ces rédactions se retrouvent dans de nombreux AAI.

³⁹⁹ Sur l'absence de définition dans la convention CIRDI, v. HALONEN L., « *Bridging the Gap in the Notion of 'Investment' Between ICSID and UNCITRAL Arbitrations* », *ASA Bulletin*, 2011, vol. 29, n° 2, p. 320 : note sous CPA, 26 novembre 2009, sentence, *Romak S.A. c. République d'Ouzbékistan*, aff. 2007-07/AA280 ; V. BISCHOFF J.A, HAPP R., « *The notion of investment* », in BUNGENBERG M. ; GRIEBEL J., HOBE S. ea. (dirs.), *International investment law*, Nomos, 2015, pp. 505-510.

⁴⁰⁰ CIRDI, 23 juillet 2001, décision sur la compétence, *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c. Royaume du Maroc*, aff. n° ARB/00/4, § 52.

considéré comme pertinents que les trois premiers critères⁴⁰¹, afin d'exclure le critère du développement, tandis que d'autres étaient proposés⁴⁰².

162. Quant au rapport entre ces critères, la pratique fait état d'une absence de consensus sur le caractère alternatif ou cumulatif. Toutefois, à l'instar de la sentence *Salini* de 2001 nous pensons qu'une définition objective ne peut se faire qu'au travers de critères cumulatifs et impératifs⁴⁰³.

163. Quoi qu'il en soit, on observe que les accords de l'UE ne se situent pas *stricto sensu* dans la perspective de la méthode de définition cumulative prônée par le *Test Salini*. La formule retenue de l'AECG qui exige « une certaine durée ainsi que d'autres caractéristiques telles que [...] » indique que la durée est une condition impérative. Les autres critères ne sont indiqués, à titre informatif, que comme des caractéristiques d'une identification globale. Cette méthode, de faisceau d'indices, laisse *de facto* une marge de manœuvre aux arbitres dans la qualification.

⁴⁰¹ CIRDI, 14 juillet 2010, sentence, *Saba Fakes c. Turquie*, aff. n° ARB/07/20, §110 ; CIRDI, 10 janvier 2005, sentence, *Consortium Groupement L.E.S.I.-DIPENTA c. Algeria*, aff. n° ARB/03/08, § II. 13 (iv).

⁴⁰² À notamment été proposé la régularité des bénéfices et du rendement : CIRDI, 6 aout 2004, décision sur la compétence, *Joy Mining Machinery Limited c. Égypte*, aff. n° ARB/03/11, § 53 ; CIRDI, 17 octobre 2006, décision sur la compétence, *Helnan International Hotels A/S c. Égypte*, aff. N° ARB/05/19, § 77. Dans la même idée, mais avec plus de controverse, il a été proposé que l'investissement soit réalisé de bonne foi et conformément aux lois de l'État hôte : V. CIRDI, 15 avril 2009, sentence, *Phoenix Action, Ltd. C. République tchèque*, aff. n°. ARB/06/5, §§ 100-113. Dans la sentence *Saba Fakes c. Turquie*, §§ 112-114, le tribunal s'appuie sur le libellé de la Convention CIRDI pour nier le caractère objectif de ces critères. Il réserve toutefois la possibilité d'un ajout dans les TBI (champ d'application substantiel ou compétence du tribunal).

⁴⁰³ La littérature à ce sujet ne manque pas, V. not. GAILLARD E. «Identify or define?, "Reflections on the evolution of the concept of investment in ICSID practice", in BINDER C., KRIEBAUM U., REINISCH A., WITTICH S. (dirs.), international investment law for the 21st century: essays in honour of Christoph Schreuer, OUP, p. 407. L'auteur distingue et considère que la méthode exigeant la réunion nécessaire de tous les critères est une méthode de définition à défaut de quoi il s'agit davantage d'identifier des caractéristiques (defining/identification). Dans le même sens V. CIRDI, 17 mai 2007, décision sur la compétence, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Maaisie*, aff. n° ARB/05/10, § 70 ("atypical characteristics approach" et "a jurisdictional approach"). L'approche cumulative/jurisdictional semble avoir été employée dans quelques affaires CIRDI : CIRDI, 23 juillet 2001, décision sur la compétence, *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c. Royaume du Maroc*, aff. n° ARB/00/4, § 52 ; CIRDI, 16 juillet 2001, décision sur la compétence, *Consortium R.F.C.C. (RFCC) c. Maroc*, aff. n°. ARB/00/6, § 60 ; CIRDI, 10 janvier 2005, sentence, *Consortium Groupement L.E.S.I.-DIPENTA c. Algeria*, aff. n° ARB/03/08, § II. 13 (iv) ; CIRDI, 1er novembre 2006, décision sur la demande d'annulation, *Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo*, aff. n° ARB/99/7, § 27. Toutefois, la plupart des tribunaux privilégient une appréciation globale : CIRDI, 6 aout 2004, décision sur la compétence, *Joy Mining Machinery Limited c. Égypte*, aff. n° ARB/03/11, § 53 et s., le tribunal estime d'une part, qu'un investissement, doit ("must") répondre à certains critères qu'elle a identifiés, mais, d'autre part, il soutient que "[a] complex operation should not be examined in isolation because what matters is to assess the operation globally or as a whole". Cette approche par identification/caractéristiques typiques ("identification/typical characteristics approach") est celle qui a été retenue dans les affaires : CIRDI, 24 juillet 2008, sentence, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie*, aff. n° ARB/05/22, §§ 312-318 ; CIRDI, 16 avril 2009, décision sur la demande d'annulation, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Maaisie*, aff. n°. ARB/05/10, §§ 75-79 ; CIRDI, 31 juillet 2007, sentence, *MCI Power Group, LC et New Turbine, Inc. c. Équateur (MCI c. Équateur)*, aff. N° ARB/03/6, § 165 ; CIRDI, 13 mars 2009, sentence, *RSM Production Corp. e. a. c. Grenade*, aff. n° ARB/05/14, §§ 236-238.

164. En outre, il n'est fait nullement référence au critère *Salini* relatif à la contribution au développement économique. Or, au regard des souhaits postulés par les institutions européennes, ce critère était celui qui assurait un effet positif de l'investissement dans l'économie d'accueil⁴⁰⁴. S'il ne fallait retenir qu'un seul critère, serait-ce dernier⁴⁰⁵ dès lors que nous pensons qu'il est susceptible d'englober implicitement les autres critères⁴⁰⁶.

165. Les accords européens évitent donc clairement le raisonnement isolé de la sentence *Salini* pour se rallier à la méthode d'identification par faisceau d'indices propre à préserver la marge de manœuvre actuelle des arbitres. C'est sans doute ce qui explique l'hétérogénéité entre les accords. L'AECG énumère « l'attente de gains ou de profits », critère absent du *test Salini*, tandis dans les API avec le Viêt Nam et Singapour, aucun critère n'est impératif et la participation au risque est inséré comme un quatrième critère⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ Ce même critère répond à l'objet et au but de la Convention de Washington. Effectivement, dans la sentence *Salini*, les arbitres se fondent sur le préambule « la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux ». V. égal. Rapport des administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États du 18 avril 1965, p. 40, pt. 9 ; YASSEN M.K., « L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités », *RCADI*, 1976, p. 55. Partant de là, le développement constitue une condition nécessaire de définition de l'investissement : SCHREUER C.H., *The ICSID Convention: a commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, CUP, 2009, p. 116. Cette interprétation ne peut être écartée du seul fait que les négociateurs ont sciemment laissé la notion d'investissement sans précisions en raison des dissonances rencontrées : v. History of ICSID Convention vol. II; MORTENSON J.D., « The Meaning of "Investment" : ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law », *Harv Int' L. J.*, 2010, vol. 51, pp. 257–280; ONGUENE ONANA D.E., *La compétence en arbitrage international relatif aux investissements : les conditions d'investissement et de nationalité devant le CIRDI*, Bruylant, 2012, p. 189 et s.; MANCIAUX S., *Investissements étrangers et arbitrages entre États et ressortissants d'autres États : trente années d'activité du CIRDI*, Litec, 2004, p.44 et s.

⁴⁰⁵ V. not. SCHREUER C., « *Commentary on the ICSID Convention: Article 25* », *ICSID Rev. — FILJ*, 1996, p. 363 ; DELAUME G.R., « Le Centre International pour le règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) », *JDI*, 1982, p. 775 ; KAHNP., « L'extension de la notion d'investissement », in BOURRINET J., *Les investissements français dans le Tiers-Monde*, Economica, 1984, p. 112. Les auteurs se réfèrent notamment au fait qu'il s'agit du seul critère mentionné dans la Convention CIRDI.

⁴⁰⁶ Pour qu'un investissement puisse contribuer au développement économique de l'État, il ne peut se matérialiser dans une opération financière spéculative à court terme. En ce sens, v. CIRDI, 24 mai 1999, décision sur la compétence, *Ceskoslovenska Obchodni Banka c. République de Slovaquie*, aff. n° ARB/97/4, §§ 64 et 90. Au demeurant, nous pensons que la marge de manœuvre laissée par les libellés employés permet, voir impose, aux arbitres dans leur interprétation des accords européens de faire référence la contribution au développement ne serait-ce que pour ne pas reléguer au registre de vœux pieux les incantations des institutions européennes qui se reflètent dans les nombreuses occurrences dans les préambules : v. entre autres, préb. de l'AECG : « [...] RÉAFFIRMANT leur engagement à promouvoir le développement durable et le développement du commerce international de manière à contribuer aux dimensions économique, sociale et environnementale du développement durable ; [...] » et. SORNARAJAH M., *The international law on foreign investment*, Cambridge University Press, 2010.

⁴⁰⁷ Art. 1,2, h) API UE/Viêt Nam « "investissement" : tout type d'avoir qui est détenu ou contrôlé, directement ou indirectement, par un investisseur d'une partie sur le territoire de l'autre partie et qui présente les caractéristiques d'un investissement, notamment l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, la perspective de gains ou de profits, la prise de risque et une certaine durée [...] ; *idem* pour l'art. 1.2§ 2 API UE/Singapour.

166. Si les formules sont à saluer, car elles offrent un outil supplémentaire, elles laissent, à l'instar des TBI américains⁴⁰⁸, sans solution les débats dans le contexte du contentieux CIRDI sur les rapports entre les définitions subjectives des TBI et une éventuelle définition objective prônée par la Convention de Washington.

167. Au regard du CIRDI, tous les accords européens identifient les tribunaux CIRDI comme d'éventuels *forum* pour les litiges investisseurs États⁴⁰⁹. Pour qu'un tel tribunal soit compétent, le différend doit découler « directement d'un investissement » conformément à l'article 25 de la convention de Washington. Dès lors, l'opération en cause doit répondre à la Convention CIRDI⁴¹⁰ et à l'instrument européen pour qu'un tribunal puisse se déclarer compétent. Cette approche suppose que les définitions subjectives des TBI⁴¹¹ ne dénaturent pas la définition objective tirée de la Convention CIRDI. Elle renvoie à ce que les tribunaux ont diversement qualifié d'approche du double test ou encore de *double-barreled test*⁴¹². Le postulat adopté par les négociateurs européens évite donc de se prononcer sur ce point et désavoue un peu plus la jurisprudence *Salini*⁴¹³.

⁴⁰⁸ Art. 1 US BIT Model 2012: 'investment' means every asset [...] that has the characteristics of an investment, including such characteristics [...] Forms that an investment may take include [...]

⁴⁰⁹ Art. 8.23§ 2, a) AECG ; art. 3,6 § 1, a) API UE/Singapour ; art. 3.33§2 a) et b) API UE/Viêt Nam.

⁴¹⁰ Nous rappelons l'absence de consensus sur la définition objective. Il faut également noter que certains auteurs ont même réfuté la possibilité d'une définition subjective, pour s'en tenir qu'à la seule définition objective tirée de la Convention CIRDI : v. not. WILLIAMS D.A.R., FOOTES. 'Recent developments in the approach to identifying an "investment" pursuant to Article 25 (1) of the ICSID Convention', in BROWN C., MILES K., *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, CUP, 2011, p. 45. Confirmé par CIRDI, 24 octobre 2011, décision sur la compétence, *Hochtief AG c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/07/31, §. 92 ; CIRDI, 10 janvier 2005, sentence, *Consortium Groupement LESI-Dipenta c. République populaire d'Algérie*, aff. n° ARB/03/8, § 13 ; CIRDI, 14 novembre 2005, décision sur la compétence, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS c. République islamique du Pakistan*, aff. n° ARB/03/29, §. 130 ; CIRDI, 21 mars 2007, décision sur la compétence et recommandation de mesures provisoires, *Saipem Sp.A c. République populaire du Bangladesh*, aff. n° ARB/05/07, § 99 ; CIRDI, 8 mai 2008, sentence, *Victor Pey Casado et fondation (President Allende) c. République du Chili*, aff. n° ARB/98/2, §. 232 ; CIRDI, *Joy Mining Machinery Limited c. République arabe d'Egypte*, *op. cit.*, §. 50. Dans la plupart des cas, les arbitres invoquent le risque de vider de sens l'objet de la Convention CIRDI si les États pouvaient étendre la définition objective qui en ressort.

⁴¹¹ Certains ont avancé la seule pertinence des définitions subjectives : cf. CIRDI, 11 juillet 1997, décision sur la compétence, *Fedax N.V. c. Venezuela*, *op. cit.*, § 31. Curieusement, c'est dans cette affaire que les critères *Salini* ont été pour la première fois évoqués. V. également : CIRDI, 8 décembre 2003, décision sur la compétence, *Azurix Corporation c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/01/12, §§. 59-65 ; CIRDI, 22 décembre 2003, décision sur la compétence, *IBM World Trade Corporation c. République d'Équateur*, aff. n° ARB 02/10, §§ 11-18 ; CIRDI, 8 décembre 1998, décision sur la compétence, *Lanco International Inc. c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/97/6, §§ 10-16 ; CIRDI, 16 septembre 2003, sentence, *Generation Ukraine Inc. c. Ukraine*, aff. n° ARB/00/9, §§ 8-9 ; CIRDI, 15 mars 2002, sentence, *Mihaly International Corporation c. République socialiste démocratique du Sri Lanka*, aff. n° ARB/00/2, §§ 375-381 ; CIRDI, 27 février 2006, décision relative aux exceptions à la juridiction, *SAUR international c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/04/4, § 82 ; CIRDI, 10 février 1999, sentence, *Antoine Goetz e. a. c. République du Burundi*, aff. n° ARB 95/3, § 83 ;

⁴¹² CIRDI, 8 février 2013, Décision sur la compétence et la recevabilité, *Ambiente Ufficio S.p.A. e. a. c. Argentine*, aff. n° ARB/08/9, § 438.

⁴¹³ Pour éviter les incohérences entre le TBI applicable et la Convention CIRDI, certains tribunaux ont réfuté le test *Salini* et considéré que le terme investissement dans la Convention CIRDI renvoie à une contribution qui est à son tour une valeur protégée par le TBI : V. CIRDI, 4 août 2011, Décision sur la compétence, *Abaclat e. a. c. Argentine*, aff.

168. Au demeurant, bien que les critères définis par les accords de l'UE se rapprochent du *test Salini*, ils ne sont pas identiques. Une application stricte des critères *Salini* n'est pas forcément la solution la plus adaptée. Cependant, nous pensons qu'il est nécessaire d'adopter une démarche cohérente où le développement économique constitue le socle d'une définition objective⁴¹⁴ et les autres critères, d'éventuelles caractéristiques⁴¹⁵ permettant de confirmer ou d'infirmer la contribution de l'actif en l'espèce au développement. Cette démarche préserverait la pertinence des listes en tant qu'élément indicatif et serait en outre conforme aux conclusions des rapporteurs de la Convention de Washington⁴¹⁶ tout en préservant l'objet de cet instrument et les objectifs prônés par l'UE dans sa politique d'investissement. C'est en ce sens que la démarche constitue, sur les traces de la pratique américaine, un pas de plus dans la promotion de la nécessité d'une définition objective.

B. L'interprétation des critères de l'investissement

169. La volonté de l'UE de promouvoir la cohérence et la prévisibilité à rebours des pratiques antérieures rencontre une nouvelle critique. La reprise de critères mise en avant dans la pratique arbitrale soulève *in fine* de nombreuses interrogations. Considérant de l'absence de consensus, la question qui se pose est celle de l'interprétation de chaque critère.

170. En ce qui concerne le critère de la durée, y'a-t-il une durée minimale requise ? La référence à une « certaine durée » permet d'inclure l'idée d'une durée raisonnable. Mais rien n'est certain et ce d'autant la pratique n'est pas fixée. Certains instruments indiquent ainsi une durée minimale de 5 ans⁴¹⁷, tandis que d'autres n'exigent que 3 ans⁴¹⁸. Il s'agit en outre de savoir comment se calcule la

n° ARB/07/5, §§ 364 et s. Cette vision évite les incohérences et notamment celle aboutissant à définir une approche différente selon qu'il s'agisse d'un tribunal CIRDI ou CNUDCI. V. en ce sens : CPA, CNUDCI, 26 novembre 2009, sentence, *Romak S.A. c. Ouzbékistan*, aff. n° 2007-07/AA280, §§ 192-207. C'est sans doute ce qui explique le recul de double test : DEKASTROS M., « *Portfolio Investment: Reconceptualising the Notion of Investment under the ICSID Convention* », *JWIT*, 2013, p. 295.

⁴¹⁴ SORNARAJAH M., *The international law on foreign investment*, op. cit.

⁴¹⁵ SCHREUER C., *The ICSID Convention: a commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Cambridge, CUP, 2001, p. 140.

⁴¹⁶ BIRD, Rapport des administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, 18 mars 1965, para. 27 : « Il n'a pas été jugé nécessaire de définir le terme "investissement", compte tenu du fait que le consentement des parties constitue une condition essentielle et compte tenu du mécanisme par lequel les États contractants peuvent, s'ils le désirent, indiquer à l'avance les catégories de différends qu'ils seraient ou ne seraient pas prêts à soumettre au Centre (article 25 [4]). »

⁴¹⁷ Dans le cadre du CIRDI, il était ainsi préconisé une durée indéfinie ou à défaut au moins 5 ans. V. Art. 30 (i) du Projet de Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et nationaux d'autres États du 11 septembre 1964 in CIRDI, *Historique de la Convention CIRDI*, ICSID World Banq, vol. III, p. 421

⁴¹⁸ Art. I (II) et (IV), Modèle de TBI du Canada de 2004. On notera que, dans la jurisprudence et dans la littérature, la durée varie globalement entre 2 et 5 ans, ce qui n'est pas négligeable. V. CARREAU D, FLORY T, JUILLARD T, *Droit*

durée, doit-on considérer la durée prévue ou seulement la durée effective⁴¹⁹. En fonction du mode de calcul, l'étendue de la protection varie. L'intégration de la phase de pré-établissement permet éventuellement de penser que c'est la durée prévue qui est prise en compte, le risque étant toutefois que le critère devienne purement subjectif.

171. Le même raisonnement peut être tenu pour ce qui est du critère relatif à « l'engagement de capitaux ou d'autres ressources ». Le risque de subjectivisme et donc de marge de manœuvre devant l'arbitre existe dans la mesure où il peut s'agir soit des engagements réels ou prévus. En outre, en ce qui concerne le montant, des exemples démontrent que le seuil requis pour considérer un investissement peut varier de 100 000 dollars américains⁴²⁰ à 3 millions⁴²¹.

172. La question de « l'attente de gains ou de profits » ne soulève guère de difficulté dans son interprétation. La pratique démontre que l'ensemble des opérations recèle un intérêt pécuniaire certain. L'intérêt d'un tel critère éclaire davantage sur le rejet implicite du *test Salini* et de son quatrième critère relatif au développement économique de l'État. Effectivement, le critère de l'attente de gains ou de profits contribue à accentuer l'idée que l'investissement est réalisé dans l'intérêt privé de l'investisseur et moins l'intérêt public⁴²².

international économique, LGDJ, 3^e éd., 1990, pp. 558-578 ; CIRDI, 16 juillet 2001, décision sur la compétence, RFCC c. Maroc, aff. n° ARB/00/6, § 62 ; CIRDI, 23 juillet 2001, décision sur la compétence, *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c. Royaume du Maroc*, aff. n° ARB/00/4, § 54 ; CIRDI, 17 mai 2007, décision sur la compétence, MHS c. Malaisie, aff. n° ARB/05/10, §§ 110–111.

⁴¹⁹ V. par ex. la discussion dans l'affaire CIRDI, 16 juin 2006, décision sur la compétence, *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. c. Égypte*, aff. n° ARB/04/13, § 94, où il est question de déterminer si la durée de l'investissement couvre « *the pre-tender or the tender stage* ». Dans l'affaire CIRDI, 12 juillet 2006, sentence, *L.E.S.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. c. Algérie*, aff. n° ARB/05/3, § 73 (ii), le tribunal a jugé que la suspension d'un contrat n'aurait aucun effet sur la durée ; ainsi, la durée initialement prévue reste déterminante. V. Également CIRDI, 21 mars 2007, décision sur la compétence et recommandation de mesures conservatoires, *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, aff. n° ARB/05/07, § 102. On notera en outre que dans l'affaire CIRDI, 17 mai 2007, décision sur la compétence, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malaisie*, aff. n° ARB/05/10, § 111, l'arbitre unique distinguait entre la durée au sens quantitatif et la durée au sens qualitatif.

⁴²⁰ C'était le montant minimum préconisé dans le cadre des travaux préparatoires du CIRDI, la compétence du tribunal (il s'agissait du montant en litige, différent du montant investi) : Art. IV (3) *Working Paper in the form of a Draft Convention prepared by the General Counsel and transmitted to the Executive Directors* (5 juin 1962) in CIRDI, *Historique de la Convention CIRDI*, ICSID World Bank, vol. II-1, p. 34.

⁴²¹ Devant les tribunaux CIRDI, il ressort que 1,5 million USD ou 3,8 millions USD constituent des sommes mineures, mais suffisantes : CIRDI, 6 août 2003, décision sur la compétence, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan*, aff. n° ARB/01/13, § 136 ; CIRDI, 17 mai 2007, décision sur la compétence, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malaisie*, aff. n° ARB/05/10, §§ 109 et 134 ; v. également CIRDI, 30 juillet 2009, sentence, *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers c. Albanie*, aff. n° ARB/07/21.

⁴²² BISCHOFF J., WÜHLER M., « The notion of investment », *op. cit.* pp. 23 et s.

173. C'est enfin la question de l'«acceptation du risque» qui interroge également. Les opérations transfrontalières demeurent par nature des opérations risquées⁴²³. Toutefois, dans le cadre du droit international des investissements, le risque renvoie à divers aspects. Il peut être économique, juridique ou politique⁴²⁴. En outre, il semble que l'impact pratique de ce critère soit confus et que les tribunaux n'y accordent que très peu d'importance⁴²⁵. Au demeurant, les risques encourus par les investisseurs ont évolué, les AII européens qui reprennent le critère du risque manquent de clarifier sa signification dans une perspective contemporaine de remise en cause de l'asymétrie traditionnelle des AII. Dans cette perspective, le droit de l'UE manque une occasion de se démarquer et de préciser l'état du droit des investissements.

⁴²³ BISCHOFF J., WÜHLER M., « The notion of investment », *op. cit* p. 26

⁴²⁴ Le risqué économique est inhérent à de telles activités, il est normal au regard de l'objectif de profit. Mérite-t-il une protection conventionnelle ? Le risque juridique, inhérent aux différents ordres juridiques et le risque politique consécutif aux agissements du souverain ou aux événements sociaux constituent la raison d'être des TBI. Toutefois méritent-ils toujours la même considération ? Sur ces questions et en particulier sur le risque politique et le sens à lui donner, v. Cf. RUBINS N, KINSELLAN.S, *International Investment, Political Risk, and Dispute Resolution – A Practitioner's Guide*, Oceana Publications, 2005, 1er ed. Part I, Ch.1, pp. 1-3 : « *Most commonly, political risk manifests itself by the host State directly or indirectly confiscating, interfering with, or destroying all or a portion of an investor's property rights.* »; RUBINS N, KINSELLA N.S, PAPANASTASIOU T.N, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution: A Practitioner's Guide*. Oxford University Press, 2019, 2nd ed.; V. égal. DOLZER R, SCHREUER C, *Principles of international investment law*, Oxford University Press, 2de éd., 2012, pp. 21-21.

⁴²⁵ Aucun tribunal n'a conclu à son incompétence en raison de l'absence de risque. De même la souscription d'une garantie suffit à dire que des risques existaient. BISCHOFF J., WÜHLER M., « The notion of investment », *op. cit*, p. 26

CONCLUSION DU CHAPITRE

174. Il ressort de l'analyse de la notion d'investissement dans les instruments européens l'existence d'une certaine unité avec les textes internationaux existants. *A priori*, un certain éloignement s'observe avec l'approche majoritaire dans la plupart des TBI, notamment des États membres. Cet éloignement est toutefois relatif et plutôt formel. Les modalités de définitions consacrent *in fine* des solutions déjà connues des instruments internationaux et de la pratique arbitrale.

175. En interne, l'approche économique de l'investissement par le TFUE n'est pas isolée, elle est similaire à celle qu'on retrouve dans le cadre des accords de l'OMC et des instruments de l'OCDE où l'investissement n'est pas appréhendé juridiquement en soi, mais comme toute activité économique⁴²⁶ susceptible d'être libéralisée. Le TFUE se démarque toutefois par l'étendue matérielle de règles qui dans une conception dynamique du marché intérieur intègrent un ensemble vaste d'opérations. Même si l'investissement est appréhendé indirectement et de manière fragmentaire, toutes les opérations d'investissement, direct ou indirect, connues des TBI et de la pratique arbitrale tombent sous le champ d'application du droit de l'UE.

176. Sur le plan externe, la spécialisation de l'approche des investissements permet de constater que dans ses accords l'UE ne reconduit pas les formules laconiques des TBI érigés en standard européen, mais tend plutôt à aller vers des définitions étendues et détaillées. La rupture avec la pratique des TBI et des tribunaux n'est que partielle. D'une part, les libellés s'insèrent dans la pratique nord-américaine existante, d'autre part le choix de définitions ouvertes ainsi que les imprécisions et incohérences notamment des critères généraux de définition implique une continuation des solutions antérieures. S'il faut remarquer l'effort formel engagé vers davantage de détails dans la rédaction et l'identification directe de l'investissement et surtout le rappel des critères introductifs généraux de l'investissement, et ce afin de se démarquer de la pratique des TBI européens, ces éléments, déjà connus dans d'autres instruments, ne sont pas aptes en l'état à aboutir à une approche renouvelée dans la définition de l'investissement. De surcroît, le pouvoir des arbitres n'est pas verrouillé, à l'instar de la situation actuelle dans la plupart des TBI. Sur ce point, les accords européens rejoignent les modalités d'appréhension en interne, où à défaut de définition objective de l'investissement, toute opération, tout actif inséré dans une perspective économique est susceptible d'être protégé et de relever des libertés économiques. Est alors opérée une confusion entre investissements et activité économiques.

⁴²⁶ NANTEUIL (de) A., Droit international de l'investissement, op. cit.

177. Au-delà de la définition de l'investissement, c'est désormais l'ensemble des critères de définition du champ d'application des accords européens qu'il faut désormais analyser afin conclure à l'atypisme ou non du droit européen dans la définition des investissements couverts.

CHAPITRE 2. LA DIVERSITE DES FACTEURS DE RATTACHEMENT DE L'INVESTISSEMENT ETRANGER COUVERT

178. La distinction entre, d'une part, la notion d'«investissement» et d'autre part celle d'«investissement visé» ou «couvert» tient d'un style rédactionnel d'influence nord-américaine⁴²⁷. L'exigence qu'une opération soit qualifiée d'investissement puis d'investissement couvert n'est, en réalité, qu'une modalité de définition du champ d'application *ratione materiae* puis *ratione personae* et *loci* de l'instrument conventionnel en cause. C'est dans cette perspective qu'il faut comprendre les AII qui imposent, avec quelques subtilités⁴²⁸, des critères identiques ou similaires, qui suggèrent *in fine* que l'investissement matériellement identifié présente un élément d'extranéité, spécifiquement déterminé, afin de bénéficier des garanties conventionnelles.

179. Les accords d'investissement européen suivent cette trame⁴²⁹, mais en raison des spécificités propres à l'UE et en particulier de la «double internationalité» ou double externalité qui caractérise le droit européen, la délimitation du champ d'application des normes y est rendue plus complexe⁴³⁰. L'investissement «étranger» peut en effet renvoyer à différentes réalités⁴³¹. Par conséquent, la détermination des critères de définition de l'extranéité de l'investissement est, encore plus en droit de l'UE, une tâche tout autant essentielle que délicate.

180. Il est constant que le principal critère de définition de l'extranéité d'un investissement soit inhérent au rattachement de l'investisseur derrière l'investissement. Et en la matière les controverses doctrinales et jurisprudentielles sont légion, et ce essentiellement en raison de

⁴²⁷ Les modèles de TBI du Canada, de 2014 et des États-Unis d'Amérique de 2012 abordent la définition de l'investissement sous ce double aspect: Art. 1 USA BIT Model (2012): '**covered investment**' means, with respect to a Party, an investment in its territory of an investor of the other Party in existence as of the date of entry into force of this Treaty or established, acquired, or expanded thereafter'.

⁴²⁸ NANTEUIL (de) A., Droit international de l'investissement, op. cit.

⁴²⁹ L'art. 1.2 §1 API UE/Singapour ne dit pas autre chose lorsqu'il indique que « "investissement visé" [est] un investissement qui est directement ou indirectement détenu ou contrôlé par un investisseur visé d'une partie sur le territoire de l'autre partie ». L'art. 8.1 de l'AECG intègre également le d'application *ratione temporis* ainsi que l'exigence que l'investissement soit « effectué conformément au droit applicable au moment où il est effectué ». En raison de la particularité de cette dernière exigence qui vise à sanctionner le comportement de l'investisseur, des développements spécifiques y seront consacrés en tant qu'élément de contrôle des investissements admissible.

⁴³⁰ BERGE J-S., « La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé », in *Droit international privé*, Travaux du Comité français de droit international privé, 17e année, 2004-2006. 2008. pp. 29-62.

⁴³¹ Il importe de distinguer entre les investissements nationaux, intracommunautaires et extracommunautaires qui renvoient à des réalités normatives distinctes tout étant perméables.

l'absence de formalisme du droit international. Au regard de son objet, il n'est donc pas surprenant de voir que l'UE prône une approche libérale sur la question du rattachement des investisseurs-personne physique ou morale qui tend *a priori* à un rapprochement avec le droit international. Le droit européen se distingue toutefois par une volonté d'approfondissement de solutions visant à sanctionner l'effectivité de la qualité d'investisseur, même si au demeurant cette volonté semble relativisée par l'importance du cadre libéral européen. C'est ce cadre libéral qui aboutit à une véritable affirmation d'une liberté d'investir au travers de la définition du champ d'application du droit européen. Cette liberté d'investir se matérialise, de manière atypique, dans une extension des garanties offertes à l'investisseur et à l'investissement durant la phase de préinvestissement. Une telle extension produit nécessairement des conséquences dans la détermination de l'ensemble des acteurs et du territoire de l'investissement.

181. Au demeurant, il s'agit de s'arrêter dans un premier temps sur le rattachement de l'investisseur (Sect. 1) puis sur les éléments permettant de caractériser l'affirmation d'une liberté d'investir dans les instruments européens (Sect. 2)

SECTION 1. LA VOLONTE D'ENCADREMENT DE L'INVESTISSEUR ETRANGER COUVERT

182. Historiquement, l'extranéité caractérisant l'investissement en droit international est rattachée à l'investisseur. C'est une relation particulière qui unit les notions d'investissement et d'investisseur où l'un ne peut se définir sans l'autre. Un « cercle vicieux »⁴³² caractéristique de l'interdépendance entre les deux ensembles est particulièrement mis en évidence dans le cadre procédural⁴³³. L'enjeu dans la définition de l'investisseur étranger est donc primordial et réside dans l'ouverture excessive ou non du prétoire.

183. Le droit international, dans son ensemble, définit l'investisseur étranger conformément au rattachement avec l'État d'origine de l'investissement. En considération de la coutume internationale, la nationalité, comme critère de rattachement⁴³⁴, est appréciée par un renvoi formel au droit national. Justifié par la souveraineté⁴³⁵, il aboutit à considérer que le tribunal doit accepter, sans examen, la nationalité invoquée⁴³⁶. Une présomption (simple) de licéité existe ainsi⁴³⁷. Ce formalisme explique en partie les hypothèses de *treaty shopping* ou d'« optimisation » selon le point de vue⁴³⁸.

184. La réglementation européenne, dans le choix des critères de rattachement des individus, confirme la liberté de principe caractéristique des AII. Toutefois, la situation est plus complexe. Dans ses accords externes, l'UE semble, sous l'effet des controverses et de la pratique, vouloir limiter les comportements abusifs par des exigences répétées de réalité et d'effectivité de la qualité d'investisseur étranger. Cette volonté de rompre avec le formalisme des TBI contraste toutefois

⁴³² NANTEUIL (de) A., Droit international de l'investissement, op. cit., p. 191

⁴³³ Sentences arbitrales CIRDI, 25 septembre 1983, décision sur la compétence, *Amco Asia Corp c. Indonésie*, aff. N° ARB/81/1 où la compétence *ratione materiae* ne sera établie que si un investisseur étranger est caractérisé. En dépit de l'existence *in abstracto* d'un investissement seul celui pouvant prétendre à la qualité d'investisseur étranger, conformément à l'investissement désigné, sera apte à saisir la juridiction internationale.

⁴³⁴ Le choix de la nationalité comme seul critère d'extranéité remonte au système des capitulations de l'Empire ottoman et plus largement, au droit international de la protection diplomatique. CARREAU J., JUILLARD P., BISMUTH R., HAMANN A., *Droit international économique*, Dalloz, 6^e éd., 2017, pp. 529-533 et 538 et s.

⁴³⁵ CIJ, 6 avril 1955, affaire *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, rec. 1955 p. 4, p. 20

⁴³⁶ CIRDI, 8 avril 2013, sentence, *Mr Franck Charles Arif c. Moldavie*, aff. n° ARB/11/23.

⁴³⁷ CIRDI, 24 septembre 2008, décision sur la compétence et la recevabilité, *Ioan Micula, Viorel Micula e. a. c. Roumanie*, aff. n° 1RB/05/20, paras. 87 et 94-96.

⁴³⁸ NANTEUIL (de) A., Droit international de l'investissement, op. cit., p. 194-195

avec l'état du droit interne. Animé par l'objectif bon fonctionnement du marché intérieur, la Cour de justice a imposé une interprétation libérale des critères de rattachement favorable aux comportements à abusifs.

185. L'analyse de la convergence avec la pratique internationale du libéralisme des critères de rattachement en droit interne (§1) précédera donc celle de l'encadrement progressif de ces critères dans les accords externes (§2).

§1. Le libéralisme des critères de rattachements en interne

186. Conformément aux articles 20⁴³⁹, 49 et 56 du TFUE et sous réserve des dispositions relatives aux mouvements de capitaux, le droit européen détermine l'investisseur étranger intraeuropéen principalement au regard d'un critère de nationalité à l'instar des instruments internationaux. À première vue, les modalités de détermination de la nationalité s'alignent principalement sur ceux traditionnellement admis en droit international où prévaut le principe de liberté. Toutefois, l'effectivité dans la jouissance des droits attachés à la citoyenneté européenne et aux libertés de circulation implique une conception fonctionnelle et plus libérale du rattachement des investisseurs. On observe tantôt un encadrement de la liberté des États, tantôt une diversité des critères de rattachement disponibles pour les personnes morales. En outre, la nature de la libre circulation des capitaux et la portée de la libéralisation impliquent un champ d'application *ratione personae* s'émancipant du critère de nationalité.

187. Il apparaît alors que si le droit européen rejoint la conception traditionnelle du rattachement des investisseurs en droit international caractérisé par la liberté et le formalisme, le droit européen approfondit ces caractéristiques par une promotion globale de l'autonomie de la volonté dans le rattachement *ratione personae*.

188. Ainsi après avoir analysé le formalisme et la diversité qui caractérisent les critères de rattachement des personnes physiques (A) et des personnes morales (B) nous finirons sur

⁴³⁹ Art. 20 TFUE : « 1. Il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas.

2. Les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par les traités. Ils ont, entre autres :

a) le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres [...] ». PATAUT E. « La citoyenneté européenne : vers l'élaboration d'un statut personnel et familial ? ». *Vers un statut européen de la famille ?*, Dalloz, pp. 97, 2014.

l'émancipation du critère national dans la détermination du champ d'application de la libre circulation des capitaux (C).

A. Le formalisme circonstancié du rattachement des personnes physiques

189. Conformément à la compétence exclusive des États⁴⁴⁰, la nationalité des personnes physiques s'établit au regard de la législation de l'État membre dont la nationalité est revendiquée. Mais le caractère transitif de la citoyenneté européenne⁴⁴¹ implique une capacité d'immissions non négligeable du droit de l'Union dans ce domaine réservé.

190. L'effectivité du « statut juridique et politique reconnu aux nationaux d'un État au-delà de leur communauté politique étatique »⁴⁴² suppose une capacité de contrôle du juge européen⁴⁴³. C'est en ce sens que la Cour de justice a imposé la reconnaissance et l'opposabilité de la double nationalité européenne⁴⁴⁴. La jurisprudence *Garcia Avello* et *Grunkin et Paul* impose, contrairement au droit international des investissements avec l'article 25 de la Convention de Washington, de considérer la qualité d'investisseur étranger d'un plurinational possédant simultanément les nationalités des États parties⁴⁴⁵. Rien n'interdirait donc à un ressortissant français exerçant une activité en France

⁴⁴⁰ Avec l'introduction de la citoyenneté européenne par le Traité de Maastricht en 1992, les États avaient à plusieurs reprises manifesté leurs craintes au regard de leur compétence exclusive : CONFÉRENCES DES REPRÉSENTANTS DES GOUVERNEMENTS DES ÉTATS MEMBRES, Bruxelles, 3 février 1992, *Déclaration n° 2 relative à la nationalité d'un État membre jointe par les États membres à l'acte final du traité sur l'Union européenne*, JO 1992, C 191, p. 98 et CONSEIL EUROPEEN, Édimbourg, 11-12 décembre 1992, *décision des chefs d'État et de gouvernement concernant certains problèmes soulevés par le Danemark au sujet du traité sur l'Union européenne*, JO 1992, C 348, p. 1. L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne dissipe les doutes. L'art. 20 TFUE précise le caractère additionnel et non subrogatoire de la citoyenneté européenne avec les citoyennetés nationales.

⁴⁴¹ CHALTIEL F., « La citoyenneté européenne », in Le POURHIET A.-M. (dir.), « La citoyenneté », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2007, n° 23, p. 6.

⁴⁴² POIARES MADURO M., conclusions présentées le 30 septembre 2009 in CJCE, 2 mars 2010, *Rottmann*, Aff. C-135/08, pt. 16.

⁴⁴³ V. en ce sens CJCE, 2 mars 2010, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, aff. C-135/08 qui consacre l'existence d'un contrôle de proportionnalité de la décision étatique de retrait de la nationalité au regard du principe d'effectivité de la citoyenneté. Pour une analyse de cet arrêt, v. MOUTON, J.-D., « Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir de l'arrêt *Rottmann* (CJUE, 2 mars 2010, aff. C-135/08) », *RGDIP*, 2010, vol. 114, n° 2, pp. 257-280.

⁴⁴⁴ CJCE, 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello*, aff. C-148/02, notes AUDIT M., *Dalloz*, 2004, p. 1476. Voir aussi note POILLOT-PERUZETTO S., *JDI* 2004, p. 1225 ; LAGARDE P., *RCDIP*, 2004, p. 192 réaffirmée et précisée par CJCE 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, Aff. C-353/06.

⁴⁴⁵ La situation est plus confuse. En cas de plurinationalité, la CIJ examine la nationalité la plus effective : CIJ, arrêt, 6 avril 1955, *affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, Rec. 1955, p. 4. Le Tribunal irano-américain des réclamations, qui a eu à faire à de nombreuses réclamations présentées par des personnes ayant la nationalité des deux États, reprend ce principe. V. STERN B., « Les problèmes de nationalité des personnes physiques et de contrôle des

d'introduire une requête contre la France, sous réserve cependant de l'identification d'une situation purement interne. C'est donc un rejet de tout contrôle d'effectivité de la nationalité revendiquée. C'est ce que confirme l'arrêt *Hadadi* dans, qui dans la mise en œuvre du critère de rattachement national⁴⁴⁶, rejette explicitement un tel contrôle qui supposerait l'examen d'une série de considérations factuelles qui rendrait son usage incertain⁴⁴⁷.

191. La solution rencontre ici, et dans une certaine mesure l'état du droit international et de la jurisprudence arbitrale sur la question de l'effectivité, même si les arguments avancés par chaque ordre juridique divergent. En droit international, c'est principalement la souveraineté qui impose cette solution. Dans le cadre du contentieux CIRDI, le recours au critère d'effectivité est désamorcé par l'art. 25 de la Convention⁴⁴⁸. Dans le cadre du droit de l'Union, c'est le principe d'effectivité du droit européen qui commande toutes les solutions.

192. S'ensuit en droit de l'Union une certaine prévalence de la nationalité revendiquée clairement mise en évidence par la professeur Ségolène BARBOU DES PLACES au sujet des conséquences de l'arrêt *Garvia Avello*⁴⁴⁹. Cette situation est alors similaire à celle qui s'observe devant les tribunaux arbitraux.

personnes morales devant le Tribunal des différends irano-américains », *AFDI*, 1984, vol. 30, spec. pp. 425-440 ; DAILLIER P., BENLOLO M.e.a., « Tribunal irano-américain de réclamations », *AFDI*, 2000, vol. 46 pp. 348-354. En dehors du cadre de ce tribunal, le recours au critère d'effectivité, suggéré par la CIJ semble être cantonné au cas de double nationalité (Commission italo-américaine des réclamations, sentence, 20 septembre 1958, *Flegenheimer*, R.S.A vol. XIV p. 327, para. 62). En droit des investissements, si certains tribunaux ont semé le doute (v. en ce sens CIRDI, 14 juillet 2010, sentence, *Saba Fakes c. Turquie*, aff. n° ARB/07/20, paras. 77-79) la tendance générale semble être au rejet du test d'effectivité, conformément à l'art. 25 de la Convention CIRDI qui exclut le recours des ressortissants ayant la nationalité de l'État : v. CIRDI, 21 octobre 2003, décision sur la compétence, *Champion Trading c. Égypte*, aff. n° ARB/02/09, note de Polasek M., « *Champion Trading Company and others v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/02/9), *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* (ICSID rev. – FILJ), 2004, Vol. 19, n° 1, pp. 272-274 ; SCHREUER C.H., MALINTOPPI L., REINISCH A., SINCLAIR A., « Article 25 – Jurisdiction », in *The ICSID Convention: A Commentary*, 2009, 2^d éd., pp. 270-274 (paras. 660-670). À rebours de cette solution, certains TBI acceptent de tels recours : ECHANDI R., « A new generation of international investment agreements in the Americas: impact of investor state dispute settlement over investment rulemaking », Fourth Annual Conference of the Euro-Latin Study Network on Integration and Trade (ELSNIT), 2006, p. 8. Pour une discussion générale de l'effectivité de la nationalité de l'investisseur, v. SCHOKKAERT J., HECKSVHER Y., « Protected Investors Nationality », *JWTT*, 2009, vol. 10 (5), 699-722 et spéc. 703-710.

⁴⁴⁶ En l'occurrence de l'art. 3 du règlement 2201/2002.

⁴⁴⁷ CJCE, 16 juillet 2009, *Laszlo Hadadi*, aff. C-168/08, pts. 51 et s.

⁴⁴⁸ Note de POLASEK M., « *Champion Trading Company and others v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/02/9) »

⁴⁴⁹ BARBOU DES PLACES S., « La nationalité des États membres et la citoyenneté de l'Union dans la jurisprudence communautaire : la nationalité sans frontières », *Revue des Affaires européennes/Law European & Affairs*, 2011, n° 1, p. 13 :

193. Si le contrôle d'effectivité est dans un premier temps rejeté comme, outils de contrôle de la nationalité, l'effectivité du droit de l'Union est *a contrario* invoquée pour réduire la marge de manœuvre des États⁴⁵⁰. Au nom de l'effectivité du droit de l'Union, la Cour opère un contrôle de proportionnalité d'une mesure nationale de retrait de la nationalité eu égard à l'impact sur l'exercice du droit de l'Union. Ce contrôle suppose nécessairement la prise en considération d'éléments factuels⁴⁵¹ impliquant une incertitude dans son usage comme indiqué par la Cour dans l'arrêt *Hadadi* qui rejeta ce contrôle⁴⁵².

194. Le formalisme dans la détermination de la nationalité de l'investisseur est davantage exacerbé dans l'arrêt *Micheletti*. Dans cette volonté de donner son plein effet au droit européen, le juge impose de reconnaître la nationalité européenne invoquée quand bien même le requérant aurait des liens plus étroits avec un État tiers dont il a également la nationalité⁴⁵³.

195. La jurisprudence libérale de la Cour de justice et l'ambivalence qui s'en dégage sur la conception du critère de nationalité⁴⁵⁴ offrent des potentialités évidentes aux individus en termes de *treaty shopping*. Ces pratiques récurrentes dans le cadre des TBI ne sont pas qu'hypothétiques et

« La Cour se contente en effet du constat de leur double nationalité : les enfants sont des Espagnols en Belgique. La simple présence de la nationalité espagnole suffit à constituer l'élément d'extranéité requis pour l'application des dispositions sur la liberté de circulation des personnes ; elle se substitue à une mobilité non réalisée. La nationalité est ici traitée comme une mobilité virtuelle, un fait, un élément d'extranéité que la Belgique ne peut contester. »

⁴⁵⁰ Compétence affirmée également dans CJCE, arrêt, 7 juillet 1992, *Micheletti*, aff. C-369/90, Rec.I-1992, p. 367.

⁴⁵¹ CJCE, 2 mars 2010, *Rottmann*, aff. C-135/08.

⁴⁵² CJCE, arrêt, 16 juillet 2009, *Laszlo Hadadi*, aff. C-168/08, pt. 52.

⁴⁵³ CJCE, arrêt, 7 juillet 1992, *Micheletti*, aff. C-369/90, Rec.I-1992, p. 367. En l'espèce, le ressortissant qui possédait la nationalité italienne a pu invoquer la liberté d'établissement pour s'établir en Espagne contrairement à la position des juges nationaux qui lui refusaient le bénéfice de la nationalité italienne en raison des liens les plus étroits et effectifs entretenus exclusivement avec l'Argentine.

⁴⁵⁴ L'ambivalence du critère de nationalité en droit de l'Union européenne est mise en évidence par la professeure Cecile RAPOPORT qui y voit la marque de la « construction libérale [de] l'Union [...] organisation ouvertement économique et universaliste, agissant des droits de la personne [mais où] les droits et libertés reconnus aux citoyens de l'Union sont loin de leur être reconnu à titre exclusif. Cette réalité affaiblit la capacité de la préférence communautaire à les singulariser vis-à-vis des ressortissants issus de pays tiers. Il en résulte une difficulté de la nationalité [...] » C'est ce qui explique tantôt un effacement du droit de l'Union eu égard à la nationalité étatique, tantôt une affirmation de cette même nationalité pour garantir l'effectivité des droits de l'Union : RAPOPORT C., « Nationalité : l'ambivalence du critère de nationalité en droit de l'Union européenne », in Lalumière C. (préf.), *Abécédaire de droit de l'Union européenne, en l'honneur de Catherine Flaesch-Mougin*, Presse Universitaire de Rennes, 2017, pp. 367-378.

renvoient à la pratique des *golden visas* ou *golden passports* développée au niveau d'un certain nombre d'États membres afin d'attirer les investissements étrangers⁴⁵⁵.

196. Cette pratique consiste à permettre un accès facilité à des investisseurs d'État tiers au statut de résident ou de citoyen de l'État sous réserve de remplir quelques conditions formelles⁴⁵⁶. Conformément à l'article 20 TFUE et à la jurisprudence *Micheletti* entre autres, l'investisseur tiers bénéficiant de ces programmes pourra bénéficier des droits attachés à la citoyenneté européenne et donc user des libertés économiques. La Commission a été sollicitée par le Parlement européen qui mettait en avant une altération de la citoyenneté européenne par sa « vente pure et simple, directe ou indirecte »⁴⁵⁷. Il soulevait également la comptabilité de la pratique par rapport au droit de l'Union et notamment au regard du principe de confiance mutuelle et de non-discrimination⁴⁵⁸. Le rapport de la Commission reconnaît les nombreux risques⁴⁵⁹. En outre, il a admis que la naturalisation, sans liens effectifs, affecte la citoyenneté de l'Union⁴⁶⁰. De même, il s'agit d'un

⁴⁵⁵ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, GLOBAL WITNESS, *European Getaway – Inside the Murky World of Golden Visas*, Octobre 2018, disponible sur <https://www.transparency.org>

⁴⁵⁶ La pratique est répandue sous divers aspects dans une vingtaine d'États membres. Certains États n'exigent qu'un simple investissement (indirect) pour acquérir la nationalité sans aucune autre condition notamment de présence effective. C'est le cas de Malte, qui permet l'accès à la procédure de naturalisation pour seulement 650 000 euros investis et de l'Espagne qui octroie une carte de résidence temporaire sous réserve d'avoir effectué au moins une visite en Espagne aux investisseurs ayant par exemple investi 500 000 euros dans des biens immobiliers ou 1 million d'euros dans une entreprise espagnole sans, forcément, exiger la création d'emploi sur le territoire national. Dans d'autres cas, comme en Autriche, le passeport peut atteindre des sommes avoisinant les 10 millions d'euros. Si la pratique est ancienne et connue dans d'autres États hors UE, elle s'est accrue considérablement dans la période post-crise économique et financière de 2007-2008 qui a poussé les États à innover pour attirer davantage de capitaux étrangers. Ainsi entre 2008 et 2018, c'est près de 6 000 citoyennetés et 100 000 résidences qui ont été enregistrées au travers de la pratique. Si certains États, tels que la France ou le Luxembourg, ne communiquent aucune donnée, on estime que la pratique a permis d'attirer environ 25 billions d'euros d'investissements directs étrangers dans l'UE. Certains États communiquent ouvertement sur la procédure (v. par ex. Hellenic Republic, Residence Permits For investment activity in Greece, Juillet 2016, disponible sur <https://www.entreprisegreece.gov.gr/en/>). Pour une vision plus précise de la pratique et des risques en termes de criminalité qu'elle implique, v. TRANSPARENCY INTERNATIONAL, GLOBAL WITNESS, *European Getaway – Inside the Murky World of Golden Visas*, Octobre 2018, disponible sur https://www.transparency.org/whatwedo/publication/golden_visas

⁴⁵⁷ PARLEMENT EUROPEEN, Résolution du 16 janvier 2014 sur la citoyenneté de l'Union européenne à vendre, 2013/2995 (RSP).

⁴⁵⁸ Dès lors que seuls les ressortissants fortunés d'États ont accès à ce procédé. Le Parlement a également mis en doute la réalité et l'effectivité des investissements en cause — qui constituent des outils éventuels de blanchiment d'argent — et leur impact sur l'économie et la population locale dans la mesure où, dans l'exemple maltais, les investisseurs sont non imposables.

⁴⁵⁹ Risques blanchiment, sécurité fraudes fiscales, etc.

⁴⁶⁰ COMMISSION EUROPEENNE, Rapport, 23 janvier 2019 relatif Programmes de citoyenneté et de résidence par investissement dans l'Union européenne, COM/2019/12 final, p. 6. Les États se doivent d'exiger l'effectivité de la naturalisation en vertu du principe de coopération loyale.

moyen de contournement des dispositions du droit de l'Union et des droits nationaux conditionnant les investissements dans certains secteurs à un critère de nationalité⁴⁶¹. En dépit de ces constats, aucune refonte concrète n'est envisagée⁴⁶².

197. Au demeurant, si, formellement, le droit de l'Union s'écarte sur certains aspects du droit international, les solutions convergent. C'est notamment le cas du rattachement des personnes morales qui est également guidé par l'enjeu d'effectivité du droit de l'UE.

B. La diversité des critères de rattachement des personnes morales

198. La question du rattachement des personnes morales fait l'objet de nombreuses controverses qui dépassent le seul cadre droit des investissements. Parmi les facteurs de difficultés se trouve l'ambiguïté à parler d'une nationalité des personnes morales dès lorsqu'il s'agit de les rattacher à un ordre juridique⁴⁶³. Derrière, c'est la question même de l'identification de la personne morale comme sujet de droit qui peut emporter certaines difficultés⁴⁶⁴. Au-delà de l'identification et du rattachement, le droit des investissements compose avec le phénomène de la firme multinationale qui, intégrée dans une chaîne de sociétés complexes avec des actionnaires multiples⁴⁶⁵, démultiplie

⁴⁶¹ C'est le cas par exemple en matière de service aérien où l'octroi de la licence d'exploitation nécessaire à l'exercice de l'activité est conditionné à ce que le transporteur aérien soit « détenu à plus de 50 % et effectivement contrôlé par des États membres et/ou des ressortissants d'États membres », v. CONSEIL DE L'UE, PARLEMENT DE L'UE, Règlement (CE) n° 1008/2008, du 24 septembre 2008 *établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté*, JO L 293 du 31.10.2008, p. 3, art. 4.f du Règlement ; v. COMMISSION EUROPEENNE, Rapport, 23 janvier 2019 relatif Programmes de citoyenneté et de résidence par investissement dans l'Union européenne, COM/2019/12 final, p. 18.

⁴⁶² COMMISSION EUROPEENNE, Rapport, 23 janvier 2019 relatif Programmes de citoyenneté et de résidence par investissement dans l'Union européenne, COM/2019/12 final, p. 27. On peut toutefois supposer que le rappel d'un devoir de contrôle de l'effectivité des demandes de naturalisation sur des États sur fondement de l'obligation de coopération loyale — v. p. 6 du même rapport — puisse être le fondement d'éventuelle procédure en manquement contre les États.

⁴⁶³ Les ordres juridiques nationaux n'appréhendent pas la question de la nationalité des personnes morales. La question de la nationalité peut en outre *stricto sensu* diverger du rattachement juridique d'une à un État afin d'attester l'existence (détermination de la *lex societatis*) qui passe par des critères variables d'un État à un autre. Dans le cadre de notre étude, la distinction ne sera pas faite sauf exception. Pour approfondir la question, v. LOUSSOUARN Y., *Les conflits de lois en matière de sociétés*, Thèse, 1949, Université de Rennes.

⁴⁶⁴ Plus précisément, c'est la question tendant à déterminer quelle entité doit être considérée comme personne morale, ou société tant ces formulations peuvent renvoyer à des réalités différentes selon les ordres juridiques de référence. V. En ce sens, CIJ, deuxième phase, 5 février 1970, *Barcelona Traction*, rec. p. 3, para. 38 not.

⁴⁶⁵ NANTEUIL (de) A., Droit international de l'investissement, op. cit., p. 197-199.

les difficultés. Compte tenu du fait que la majorité des investissements étrangers est réalisée par des personnes morales, l'importance de la nationalité de la société devient immédiatement apparente.

199. La question du rattachement et de l'activité transnationale des sociétés en droit de l'Union soulève également de nombreuses controverses. C'est, à l'*instar* des critiques émises en droit international, le cadre libéral — inhérent au projet d'intégration européenne et au marché intérieur⁴⁶⁶ — qui concentre les débats⁴⁶⁷. Ce cadre est principalement déterminé par l'article 54 TFUE⁴⁶⁸ qui conditionne la reconnaissance de la nationalité d'un État membre à un double test nécessitant la réalisation de deux critères. La société doit être constituée conformément au droit d'un État membre tout en ayant localisé son « siège statutaire [son] administration centrale ou [son] principal établissement à l'intérieur de l'Union... »⁴⁶⁹. La formule va, *a priori*, au-delà des solutions de certains

⁴⁶⁶ V. Entre autres : HOUBÉ-MASSE M.-L., « Question d'intégration : le marché intérieur, socle d'une relance de l'intégration européenne ? », in LALUMIERE C. (préf.), *Abécédaire de droit de l'Union européenne : en l'honneur de Catherine Flaesch-Mougin*, Presse Universitaire de Rennes, 2017, pp. 447-461 ; BRUNESSEM B., « Intégration politique et intégration économique : la dialectique des intégrations », in ROSA (DE LA) S., MARTUCCI F., DUBOUT E. (dir.), *L'Union européenne et le fédéralisme économique*, Bruylant, 2015, pp. 19 et s., MAZILLE C. ET GUIOT F.-V.: *Marché intérieur et intégration : la construction d'une jurisprudence politique contrapuntique*, disponible en ligne sur : <https://publications.ut-capitole.fr/id/eprint/31067/1/Article%20Guiot%20&%20Mazille%20-%20Role%20politique%20MI.pdf>

⁴⁶⁷ V. notamment D'AVOUT L., *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, RCADI 2019.

⁴⁶⁸ La définition de la nationalité des sociétés figure dans le chapitre relatif la liberté d'établissement ; or le TFUE limite la portée de cette définition uniquement aux fins de ce chapitre. Néanmoins, l'importance de cette définition pour les quatre libertés fondamentales est évidente, puisque l'article 62 du TFUE relatif à la libre prestation de services renvoie à l'article 54 du TFUE. L'absence d'une telle référence dans les chapitres relatifs aux marchandises et aux capitaux peut s'expliquer par le l'inadéquation de la nationalité comme critère déterminant le champ d'application de ces libertés.

⁴⁶⁹ Art. 54 TFUE : « Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres.

Par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif. » Sur la relation entre ces critères, v. BARNARD C., DEAKIN S., « Market Access and regulatory competition » in BARNARD C. et SCOTT J. (dir.), *The Law of the Single European Market : Unpacking the Premises*, Hart Publishing, 2002, pp. 197-224 ; CABRAL P., CUNHA P., 'Presumed Innocent: Companies and the exercise of the Right of Establishment under Community Law' (2000) 25 *European Law Review*, 2000, 25, pp. 157-164.

TBI qui n'exigent qu'un seul critère formel telles que l'incorporation ou le siège (statutaire)⁴⁷⁰. En réalité, la formule de l'article 54 consacre également un certain formalisme⁴⁷¹.

200. L'article 54 consacre en effet comme critère impératif le système de l'incorporation. D'inspiration anglo-saxonne, le critère est réputé formaliste et libéral. Minoritaire au niveau européen, il avait été l'objet de critiques de la part de la majorité des États membres d'origines lors de la rédaction du Traité de Rome⁴⁷². L'incorporation de la société sur le territoire de l'État membre dont il revendique la nationalité apparaît même comme être un critère suffisant dès lors que les autres sont conçus comme alternatifs. Par exemple, le siège statutaire⁴⁷³ correspondant à celui indiqué dans les statuts, il suffit, comme l'expliquait justement en 1969 le professeur GOLDMAN, « qu'une société soit constituée selon la loi d'un État membre et qu'elle fixe son siège statutaire dans la Communauté pour qu'elle soit considérée comme rattachée [...] à l'État membre à la loi duquel elle s'est conformée. » Peu importe donc que l'État de constitution et celui du siège statutairement désigné correspondent tant qu'il est localisé dans l'Union. Peu importe également la

⁴⁷⁰ Si cette solution tend à disparaître dans le paysage conventionnel, elle fut pendant un certain temps une solution privilégiée par certains États en voie de développement dans une perspective concurrentielle. Dans les TBI roumains, la définition de l'investisseur-personne morale n'était pas uniforme. Si pour la Roumanie, on exigeait la réunion de plusieurs critères cumulatifs, seul le critère de l'incorporation était exigé pour l'autre État parti, v. en ce sens CNUCED, *international Investment Instruments : A Compendium*, vol. XIII, United Nations, 2003, p. 287 ; également art. 1, g du TBI Roumanie-Canada du 17 avril 1996. Si de récents accords roumains exigent de manière uniforme plusieurs critères cumulatifs, et spécialement « [a] *real economic activities in the territory of that same Contracting Party*. », cf. art. 1.1. b TBI Roumanie-Kazakhstan du 2 mars 2010, on notera cependant que l'accord renégocié avec le Canada le 8 mars 2009 a cependant maintenu la formule de 1996.

⁴⁷¹ LOUSSOUARN Y., TROCHU M., SOTOMAYOR R. M., 'Nationalité des sociétés', in *Lexis360 JurisClasseur Droit international*, fasc. 570-20, para. 341.

⁴⁷² Caractéristique des législations de *common law*, le système formel de l'incorporation est principalement pratiqué, au niveau européen, par le Royaume-Uni et les Pays-Bas. On notera que les États-Unis, qui ont recours au critère exigent, dans le domaine de la protection diplomatique, en plus de la constitution américaine de la société, l'existence d'un intérêt substantiel américain tandis que le Royaume-Uni, futur ex-État membre n'exige aucune autre condition, en ce sens : BASTID-BASDEVANT S., « La nationalité des sociétés et la protection diplomatique », in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 27-30e année, 1966-1969. 1970. pp. 251 et s. En raison de son libéralisme prononcé, le critère avait d'ailleurs fait l'objet de vives critiques de la part de la Conférence de La Haye de Droit international privé, v. GOLDMAN B., « La nationalité des sociétés dans la communauté économique européenne », in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 27-30e année, 1966-1969, 1970, p. 221 et BLAISE J.-B., « Une cohabitation difficile : nationalité des sociétés et libre établissement dans la Communauté européenne », in LEBEN C., LOQUIN E., SALEM M. (dir.), *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle, mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 585 et s.

⁴⁷³ Les autres critères de l'administration centrale et du principal établissement peuvent renvoyer, selon les interprétations des droits nationaux à la même notion de siège réel qui ne se confond pas absolument avec celle de siège effectif. V. MENJUCQ M., « La notion de siège social : une unité introuvable en droit international et communautaire », in COLLECTIF JURISCLASSEUR, *Droit et actualité : Études offertes à J. Béguin*, Litec, 2005, p. 499.

localisation au sein de l'Union ou à l'extérieur du siège réel ou du principal établissement. Il faut en outre observer que dès lors qu'un certain nombre de législations d'État membre exige pour être constitué que le siège statutaire soit défini dans le même État, le premier critère complémentaire alternatif est en pratique toujours accompli lorsque le critère impératif de l'incorporation est validé. Cette formulation, fruit, comme souvent, d'une absence de compromis de sorte que fut préférée une rédaction absconse garantissant la liberté des États⁴⁷⁴ aboutie à consacrer la solution la plus libérale. La solution est au demeurant en adéquation avec l'état du droit international coutumier mis en évidence dans l'affaire de la *Barcelona Traction*.⁴⁷⁵

201. L'autonomie de la volonté apparaît ici, comme pour les personnes privées, le facteur déterminant. Le *treaty shopping*, décrié en droit international, est de fait inévitable ne serait-ce que par le recours à des sociétés boîtes aux lettres afin de bénéficier de la qualité d'investisseur tirée droit de l'Union⁴⁷⁶. Le droit de l'Union semble même aller plus loin. La Cour de justice, au nom de l'effectivité de la liberté d'établissement, a progressivement construit et renforcé ce principe d'autonomie de la volonté de sorte à offrir aux investisseurs un droit opposable à la nationalité d'autonomie. Ce droit se déduit des arrêts *Überseering* et *Cartesio* qui posent en principe l'obligation de reconnaissance des sociétés incorporées valablement sous l'égide de la législation d'un autre État membre⁴⁷⁷. Et quand bien même, à la différence de la jurisprudence internationale, la Cour a eu à

⁴⁷⁴ BLAISE J-B, « Une cohabitation difficile : nationalité des sociétés et libre établissement dans la Communauté européenne », in LEBEN C., LOQUIN E., SALEM M. (dir.), *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle, mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 595

⁴⁷⁵ La CIJ indique qu'une société n'a la nationalité que de l'État dans lequel elle est constituée ou dans lequel elle a son siège : CIJ, arrêt (deuxième phase), 5 février 1970, *affaire de la Barcelona Traction Light and Power Lompany Limited* (Belgique c. Espagne), rec. 1970 p. 3, para. 70. On peut également se référer à l'art. 9 du Projet d'article de la Commission du Droit international de 2006, *ann. C.D.I.* 2006, vol. II 2 qui stipule que : « Aux fins de la protection diplomatique d'une société, on entend par État de nationalité l'État sous la loi duquel cette société a été constituée. Néanmoins, lorsque la société est placée sous la direction de personnes ayant la nationalité d'un autre État ou d'autres États et n'exerce pas d'activités importantes dans l'État où elle a été constituée, et que le siège de l'administration et le contrôle financier de cette société sont tous deux situés dans un autre État, ce dernier est considéré comme l'État de nationalité. » Cette disposition, sans revenir sur sa valeur juridique, est enrichissante en ce qu'elle traduit un certain malaise dans le choix d'un critère définitif parmi les trois principaux critères. En effet, si c'est d'abord le critère de l'incorporation (constitution) qui est avancée, une option est ouverte vers le critère du contrôle qui doit cependant remplir certaine condition dont celle de correspondre au critère du siège.

⁴⁷⁶Pour v. un état de la pratique des sociétés boîtes aux lettres en droit de l'Union cf. D'ORNANO A., « Un rapport sur la loi applicable aux sociétés », *Revue critique de droit international privé*, 2021/4 (N° 4), p. 931-935.

⁴⁷⁷ Le principe est posé dans l'arrêt *Cartesio*, avant, l'arrêt *Überseering* avait censuré les législations nationales ne reconnaissant pas les sociétés constituées dans un autre État, indépendamment même de la localisation du siège réel et effectif avec l'affaire, la Cour de justice a finalement posé

considérer des situations de « fraude au tiers »⁴⁷⁸, d'abus⁴⁷⁹ ou encore de « montages purement artificiels, dépourvus de réalité économique »⁴⁸⁰, ces notions sont appréciées strictement de sorte que la liberté d'établissement prime⁴⁸¹.

202. Cette primauté de la volonté des sociétés au détriment de la réalité du rattachement, implicite dans la pratique internationale, est beaucoup plus explicite en droit de l'Union où la Cour déploie sa jurisprudence *a contrario* des tendances jurisprudentielles et législatives dans les ordres juridiques des États membres tendance qui recourent par exemple au critère du centre de direction

⁴⁷⁸ CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, aff. C-212/97, para. 38. Dans cette affaire, la Cour reconnaît à l'État la possibilité de prendre des mesures visant à prévenir ou sanctionner toute fraude à l'exclusion du refus d'immatriculation (d'incorporation).

⁴⁷⁹ CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art Ltd*, aff. C-167/01, para. 95-98. La Cour reconnaît le droit pour les États de prendre des mesures visant à lutter contre les pratiques abusives, elle précise cependant « qu'il est sans importance, au regard [de] la liberté d'établissement, qu'une société n'ait été constituée dans un État membre qu'en vue de s'établir dans un second État membre, où serait exercé l'essentiel, voire l'ensemble, de ses activités économiques. En effet, les raisons pour lesquelles une société choisit de se constituer dans un État membre sont, hors les cas de fraude, sans conséquence au regard de l'application des règles relatives à la liberté d'établissement. [...] n'est pas constitutive d'abus la circonstance que la société n'a été créée dans un État membre que dans le but de bénéficier d'une législation plus avantageuse, et ce même si la société en cause exerce l'essentiel, voire l'ensemble, de ses activités dans l'État d'établissement. »

⁴⁸⁰ CJCE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc et Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, aff. C-196/04. La Cour précise la jurisprudence précédente et indique que pour qu'une restriction à la liberté d'établissement fondée sur la lutte contre les pratiques abusives puisse être justifiée, encore faut-il qu'elle ait spécifiquement pour objet « de faire obstacle à des comportements consistant à créer des montages purement artificiels, dépourvus de réalité économique, dans le but d'éluder l'impôt normalement dû sur les bénéfices générés par des activités réalisées sur le territoire national. » Ces conditions restrictives ont abouti en l'espèce à caractériser l'absence de restriction justifiée (paras. 55 et s. de l'arrêt).

⁴⁸¹ Cette jurisprudence implique, en l'absence d'harmonisation, à une mise en concurrence des ordres juridiques et la neutralisation des systèmes nationaux fondés sur des critères s'attachant à la réalité/effectivité des activités économiques. V. LUBY M., « Liberté d'établissement des sociétés et fusion transfrontalière », *D*, 2006, n° 6, p. 451. En analysant l'arrêt CJCE, arrêt, 13 décembre 2005, *SEVIC Systems AG*, aff. C—411/03, relatif à l'interdiction d'immatriculation d'une fusion du fait que l'une des sociétés a son siège dans un autre État membre, l'auteure met en lumière le contexte jurisprudentiel dans lequel s'inscrit cet arrêt qui en sanctifiant la primauté absolue de la liberté d'établissement sur les dispositions nationales de rattachement des sociétés (nationalité et *lex societatis*) ont favorisé l'établissement d'un cadre de *Law shopping* pour les investisseurs.

effective⁴⁸² ou à la notion de groupe de sociétés⁴⁸³. Il apparaît ainsi que dans le cadre du marché intérieur, l'encadrement du champ d'application *ratione personae* n'est pas l'objet ni du législateur ni du juge européen⁴⁸⁴, à contre-courant donc des tendances en développement dans les instruments internationaux.

203. L'objectif de libéralisation du marché intérieur explique ainsi que, contrairement au droit international, le contrôle (de gestion) de la personne morale n'apparaît pas comme un troisième critère de rattachement national⁴⁸⁵. Ce rejet s'explique aisément par l'objectif et le champ d'application de la liberté d'établissement. Le droit communautaire entend inclure dans le champ d'application du traité les ressortissants de pays tiers qui créent leur société dans un État membre de l'UE. Est donc considérée comme investisseur intracommunautaire la société contrôlée par des ressortissants de pays tiers, mais constitué conformément à l'article 54 TFUE dans un État membre de l'UE. En dépit des critiques dues à son usage en droit international⁴⁸⁶, bien défini et appréhendé

⁴⁸² Le concept de siège de décision effectif est ainsi employé par la Cour de cassation française afin d'établir la réalité et le sérieux du siège social et ainsi d'éviter le recours au « système du siège social fictif ». V. en ce sens par exemple Cass. fr., 2e civ., 24 septembre 2015, n° 14-23.169 : ECLI : FR : CCASS : 2015 : C201348 ; également CA Paris, 4 févr. 1935 : « (...) Si la nationalité d'une société dépend du lieu dans lequel elle a fixé son siège, l'indication que peut contenir à cet égard le pacte social ne lie pas les tribunaux auxquels il appartient de déjouer les fraudes, en déterminant, d'après les circonstances de la cause, le lieu où se trouve le véritable siège de la société (...) » cité par LOUSSOUARN Y., TROCHU M., SOTOMAYOR R.M., « Nationalité des sociétés », in Lexis360 *JurisClasseur Droit international*, fasc. 570-20, para. 261.

⁴⁸³ Le droit allemand, en inscrivant le *Konzernrecht* dans le BgB depuis une loi sur les sociétés par actions de 1965 fait office de pionnier dans la volonté d'un encadrement cohérent des groupes de société, v. SCHEUCH A., « Konzernrecht : An Overview of the German Regulation of Corporate Groups and Resulting Liability Issues », *European Company Law*, 2016, Vol. 13, No. 5, pp. 191-198. Depuis, d'autres États, notamment membre de l'UE ont suivi le modèle allemand, à l'instar du Portugal ou de la Croatie.

⁴⁸⁴ La conclusion est renforcée par le fait qu'en matière de procédures d'insolvabilité transfrontalières, le critère du « centre des intérêts principaux du débiteur » a été interprété par la Cour de justice comme un critère autonome. V. CONSEIL UE, règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 *relatif aux procédures d'insolvabilité*, JOCE n° L 160, 30 juin 2000, p. 1, art. 3.1 du règlement et CJCE, 17 janvier 2006, *Staubitz-Schreiber*, aff. C-1/04, rec. 2006, I, p. 701 et CJCE, 2 mai 2006, *Eurofood IFSC Ltd*, aff. C-341/04, rec. 2006, I, p. 3813. L'art. 3.1 du règlement insolvabilité dans sa version de 2015 (CONSEIL UE, PARLEMENT, règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, JO L 141, 5.6.2015, p. 19-72) a par ailleurs intégré l'interprétation de la jurisprudence. Le maintien de la pertinence des règles de rattachement national dans le cadre de la société européenne démontre également le refus du législateur de l'UE de réglementer la problématique de l'effectivité de nationalité des sociétés en droit de l'UE.

⁴⁸⁵ La plupart des accords bilatéraux d'investissement et des accords de libre-échange modernes ainsi que la Convention CIRDI utilisent une combinaison de critères incluant le critère de contrôle. V. par exemple : LALIVE P., 'The First "World Bank" Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) – Some Legal Problems', *British Yearbook of International Law*, 1980, Vol. 51, pp. 123–162, note sous CIRDI, sentence, 1980, *Holiday Inns c. Maroc*, aff. n° ARB/72/1; CIRDI, 25 septembre 1983, décision sur la compétence, *Amco Asia Corp c. Indonésie*, aff. N° ARB/81/1.

⁴⁸⁶ C'est justement l'exclusion de la notion d'investisseurs étrangers de sociétés constituées localement et/ou ayant leur siège social dans l'État hôte, mais contrôlés par des ressortissants étrangers, selon les critères de la constitution et du siège (souvent fictif) qui a conduit à l'inclusion du contrôle comme troisième critère de détermination de la nationalité de sorte à favoriser le *treaty shopping*. Son importance pour le développement

comme un critère résiduel⁴⁸⁷ et non autonome⁴⁸⁸, il permettrait en effet d'éviter des situations de contournement du droit de l'Union et des législations nationales en perçant le voile corporatif⁴⁸⁹.

204. La mise en œuvre des libertés de circulation et leur objectif de libéralisation impliquent également un dépassement du critère de la nationalité.

C. La non-pertinence de la nationalité comme critère de rattachement pour la libre circulation des capitaux

205. Malgré la reconnaissance générale de la nationalité comme critère d'identification du champ d'application *ratione personae* des dispositions relatives aux libertés fondamentales, le TFUE ne subordonne pas nécessairement la libre circulation à la nationalité. L'applicabilité des dispositions relatives à la libre circulation des capitaux — et des marchandises — est en ce sens uniquement conditionnée par les notions de capitaux — et de marchandises — et n'accorde aucune importance

international conformément aux termes employés dans la jurisprudence ont ainsi permis son expansion : v. CIRDI, 11 juillet 1997, décision sur la compétence, *Fedax N.V. c. Venezuela*, aff. n° ARB/96/3, paras 21–26, TA, CNUDCI, 3 septembre 2001, sentence définitive, *Ronald S Lauder c. République tchèque*.

⁴⁸⁷ Il semble toutefois que, dans la pratique, le critère est davantage considéré en termes d'exception. La Convention du CIRDI illustre cette approche, car elle prévoit que les sociétés constituées au niveau national peuvent être considérées comme des ressortissants étrangers lorsqu'il existe un contrôle étranger et, en amont, un accord selon lequel un tel contrôle étranger équivaut à une nationalité étrangère. Il faut en outre remarquer que l'existence d'un accord a été interprétée très largement de sorte que l'identification d'un contrôle étranger soit complexe à appréhender *in concreto*. Les tribunaux CIRDI ont conclu qu'un accord implicite suffisait. En outre, la plupart des accords bilatéraux d'investissement contiennent une référence explicite au fait qu'ils constituent en soi un accord aux fins de l'article 25 (2) b) du CIRDI. V. en ce sens CIRDI, 25 septembre 1983, décision sur la compétence, *Amco Asia Corp c. Indonésie*, aff. N° ARB/81/1 ; CIRDI, 13 janvier 1997, sentence, *Cable Television of Nevis, Ltd. and Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. (Cable TV) c. Saint-Christophe-et-Niévès*, aff. n° ARB/95/2 ; SCHREUER C.H, MALINTOPPI L, REINISCH A, SINCLAIR A, 'Article 25 – Jurisdiction', in *The ICSID Convention: A Commentary*, 2009, 2ⁿd éd., pp. 228-233 et 235-236 (paras 507-521, 531-537).

⁴⁸⁸ La mutabilité et l'indéterminabilité du critère expliquent que certains auteurs refusent de lui accorder la valeur de critère autonome : SORNARAJAH M., *The international law on foreign investment*, Cambridge University Press, 2010, pp. 197–201; ACCONCI P., « Determining the Internationally Relevant Link Between a State and a Corporate Investor—Recent Trends concerning the Application of the Genuine Link Test », *JWIT*, 2004, vol. 5, pp. et s 139 et spec. p. 143. Si on peut concevoir qu'il s'agit là du critère le plus fidèle à la situation économique de l'entreprise, dans la pratique il se trouve confronté à la complexité du système de détention et de contrôle dans les entreprises modernes qui est susceptible de varier très rapidement dans le temps. Et le manque de précisions dans les instruments conventionnels implique des confusions sur le sens de ce terme entre le contrôle qui diffère de la possession *stricto sensu*, les deux pouvant se rejoindre dans la même personne, mais pas nécessairement.

⁴⁸⁹ Le droit communautaire formellement ne favorise pas les ressortissants de l'UE qui préfèrent constituer leur société dans un pays tiers. Mais ces mêmes ressortissants tout en évitant de la sorte le contrôle réglementaire de l'UE et des États membres pourront abuser des dispositions préférentielles du TFUE pour bénéficier de la qualité d'investisseur au regard du droit du marché intérieur. HINDELANG S., *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: the scope of protection in EU Law*, *op.cit.*

à la personne, physique ou morale, qui effectue la circulation⁴⁹⁰. L'objectif est le libre transfert des capitaux et en tant que tel. La raison d'être de l'établissement d'un lien fort exclusivement à l'égard du caractère matériel des capitaux réside dans l'objectif du marché intérieur, qui ne peut être réalisé que si — à l'instar d'un marché domestique — les échanges de marchandises et les investissements, libéralisés dans l'absolue, peuvent être effectués sans obstacle⁴⁹¹. À cet égard, la libre circulation des capitaux diffère des libertés d'établissement et de prestation de services qui, par définition, sont liées aux personnes qui exercent l'activité spécifique. En l'occurrence, pour ce qui est des mouvements de capitaux, les ressortissants de pays tiers peuvent invoquer les dispositions du traité chaque fois qu'ils entreprennent un mouvement de capitaux intracommunautaire ou extracommunautaire⁴⁹². Il s'agit là d'une différence majeure avec le droit international où seul un ressortissant d'un État parti au TBI par exemple peut invoquer les bénéfices de l'accord, quelle que soit la nature de son investissement.

206. Par conséquent, étant donné que le capital, dans sa nature fondamentale, n'est lié qu'au territoire où il est situé, le franchissement de la frontière devient le seul critère pertinent pour distinguer entre les investissements nationaux et intracommunautaires et entre les intracommunautaires et les extracommunautaires et ce, en fonction des frontières nationales par lesquelles les capitaux sont transférés. La nationalité de l'investisseur joue, contrairement au droit international, un rôle important, uniquement dans la mesure où un investissement relève du champ des libertés d'établissement ou de prestation de services.

207. L'investissement se réalisant essentiellement par des mouvements de capitaux, le droit européen, en considération, également, de l'absence du critère de contrôle dans la détermination de la nationalité des investisseurs-personne morale, semble plus ouvert et plus libéral que le droit international en ce qu'il offre davantage de possibilités afin de revendiquer la qualité d'investisseurs européens.

208. Cette conception libérale de la Cour ne semble pas être remise en cause contrairement à la tendance générale en droit international. Le contraste est plus frappant dès lors que dans politique

⁴⁹⁰HINDELANG S., *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: the scope of protection in EU Law*, op.cit.

⁴⁹¹ DIMOPOULOS A., *EU Foreign Investment Law*, op. cit., p. 42

⁴⁹² Cette conclusion n'est pas contraire aux dispositions relatives à la citoyenneté de l'Union, puisqu'elles se contentent de réaffirmer que les citoyens de l'Union jouissent des droits conférés par le droit primaire de l'UE sans exclure les ressortissants de pays tiers de la jouissance de ces droits.

externe, l'UE rejoint cette tendance avec une volonté d'encadrement et de contrôle de l'effectivité de la qualité d'investisseur.

§2. L'encadrement progressif de la notion d'investisseur étranger dans les accords externes

209. L'identification de l'investisseur étranger constitue un point sur lequel une évolution est remarquable dans le cadre des accords externes de l'UE. Incontestablement, la volonté d'encadrement de la qualité d'investisseur étranger fait échos aux maintes critiques émises à l'égard des solutions formalistes traditionnelles. Le développement quantitatif des instruments de protection des investissements et la sophistication des techniques d'investissement notamment au travers d'entités transfrontalières ont exacerbé les limites de cette approche pour les États d'accueil, qui notons-le, ne sont plus exclusivement des États du Sud.

210. Dans son ensemble, le droit européen se démarque ici ou là en exigeant l'effectivité de la qualité d'investisseur, et ce notamment par une reprise de solutions éprouvées auparavant dans des instruments ou une jurisprudence isolée. Mais force est de constater que cette volonté d'encadrement et de reprise en main par les États du droit des investissements⁴⁹³ demeure relativement précaire. Effectivement, il s'agit de ne pas trahir la libéralisation de principe des investissements étrangers. *In fine*, la réglementation européenne laisse à voir une espèce de performance d'un funambule qui tend naturellement à pencher que d'un seul côté.

211. Le paradoxe est ainsi mis en évidence dans les accords externes, dans un premier temps par une reprise et un approfondissement des solutions de rattachements formalistes et volontaristes connues en droit interne et en accord avec la pratique générale (A). Dans un second temps, une volonté de rupture est mise en évidence par les mécanismes de sanctions de l'effectivité de la qualité d'investisseur couvert (B).

A. L'approfondissement de solutions de rattachements volontaristes

212. Si la nationalité, à l'instar du droit international, est adoptée majoritairement dans les accords de l'Union comme critère d'extranéité, il ressort toutefois une diversité dans la formulation du critère de rattachement national qui dépend alors du niveau de libéralisation. C'est particulièrement le cas pour les personnes physiques (1) et les personnes morales (3) qui peuvent

⁴⁹³ CAZALA J. « Réaffirmation de l'État en matière d'identification des investissements et investisseurs protégés », EL GHADBAN T., MAZUY C.-M., SEREGAGNIK A. (dir.), *La protection des investissements étrangers : vers une réaffirmation de l'État ?*, Paris, Pedone, 2018, pp. 37-56.

dans tous les cas se prévaloir de la libre circulation des capitaux dans le contexte extracommunautaire indépendamment de leur situation (2).

1. Le rattachement des personnes physiques

213. En matière de rattachement de l'investisseur-personne physique, les accords européens, à l'instar de la totalité des AII, réaffirment la souveraineté des États et renvoient au droit national. Il faut toutefois souligner la diversité des termes employés dans les différents accords qui impliquent davantage de formalisme.

214. Certains accords ont recours à l'expression majoritaire et ambiguë de « ressortissant »⁴⁹⁴. En dehors de toute précision, cette notion laisse une grande marge de manœuvre aux arbitres dès lors qu'il peut renvoyer, en même temps, à des réalités différentes appréhendées tantôt sous le terme de national, tantôt de citoyens⁴⁹⁵ ou encore de résident permanent⁴⁹⁶. Une telle imprécision équivaut à reproduire la marge de manœuvre consacrée par le Traité sur Charte de l'Énergie qui considère comme alternatif le critère de la nationalité, de la citoyenneté ou de la résidence permanente⁴⁹⁷. De surcroît, cette formule confirme l'ambivalence sémantique du terme ressortissant.

215. Le doute sur ce terme est par ailleurs aggravé par le fait que l'accord UE Viet Nam de 2019 qui l'emploie introduit une certaine dose de précisions. Au travers d'une clause dite « *for greater certainty* »⁴⁹⁸, il est précisé que dans le cadre de l'Union :

⁴⁹⁴ Accord UE/Cariforum 2008 ; accord Bosnie 2008, Chili 2002, Jordanie, etc. Si le terme est présent surtout dans les anciens accords, on le retrouve également dans de récents instruments : Art. 1.2 (3) API UE/Singapour : « "personne physique d'une partie" : tout ressortissant de Singapour ou d'un des États membres de l'Union européenne conformément à leur législation respective ; ».

⁴⁹⁵ Il semble en outre que les termes de « citoyen » et de « national » aient perdu, par la pratique, en précision de sorte à produire une confusion entre les deux. V. not. CHARBOT C., « Citoyenneté et nationalité : de la fusion à la confusion », *Politeia*, 2018, 33, pp. 427-439. cf. L'art. 20 TFUE contribue par ailleurs à cette confusion/dilution des termes.

⁴⁹⁶ Si on s'en tient à une conception stricte, le terme de ressortissant renvoie à celui qui ressort d'un ordre juridique. On observe que, dans les versions anglaises, les accords font référence au terme de *national*.

⁴⁹⁷ Art. 1, 7, a, i du Traité CE : « "Investisseur" désigne : [...] toute personne physique jouissant de la citoyenneté ou de la nationalité de cette partie contractante, ou résidant en permanence sur son territoire conformément à sa législation applicable ».

⁴⁹⁸ CAZALA J. « Réaffirmation de l'État en matière d'identification des investissements et investisseurs protégés », *op. cit.* ; SILVA ROMERO E. « Dogmatisme et pragmatisme dans l'arbitrage international », *Mélanges Pierre Mayer* pp. 838-844.

« le terme “personne physique” inclut les personnes physiques résidant de manière permanente en Lettonie qui ne sont pas citoyennes de Lettonie ou d’aucun autre État, mais qui ont le droit, en vertu des lois et réglementations lettones, de se voir octroyer un passeport de non-citoyen (passeport d’étranger). »⁴⁹⁹

216. On peut alors supposer que, dans le cadre du partenariat avec le Viet Nam, la notion de ressortissant inclut uniquement la nationalité et la citoyenneté — qui sont entendus comme synonymes — sauf pour ce qui est de la Lettonie, où il faut en outre intégrer les résidents permanents titulaires d’un passeport de non-citoyen letton⁵⁰⁰. Conformément au critère de la résidence permanente, l’AECG y a recours, mais uniquement pour des cas spécifiques. Si pour le Canada, la citoyenneté et la résidence permanente sont également admises, le dernier critère n’est valable pour l’UE que pour les détenteurs d’un passeport de non-citoyen letton. Dans les autres cas, seule la « nationalité d’un État membre » importe⁵⁰¹.

217. De cette diversité de termes et de précisions, faut-il convenir, *a contrario* que le terme « ressortissant » de l’accord avec Singapour renvoie également à tous les résidents permanents ? Il faut au demeurant convenir que ces incertitudes aboutissent à réintroduire la marge de manœuvre favorable au *treaty shopping* et existante dans le cadre des TBI.

2. Le particularisme induit par le champ d’application *ratione personae* de la liberté de circulation des capitaux

218. Préliminaires à l’identification du champ d’application *ratione personae*, la question de l’effet direct de la libre circulation des capitaux dans un contexte extraeuropéen à soulever de nombreuses interrogations en raison (ou en dépit) de son libellé. Ces interrogations dans le cadre extracommunautaire constituent sans aucun doute la manifestation des doutes à l’égard de la libre circulation des capitaux qui ont pour conséquence la reconnaissance tardive de l’effet direct de l’article 63 TFUE. C’est ainsi que l’efficacité individuelle des dispositions en matière de libre

⁴⁹⁹ V. note 1 à l’art. 1.2 a) de l’ALUEV.

⁵⁰⁰ Conformément à la Loi sur la nationalité 1994 modifiée L. X-1709, 22 juin 1998, la Lettonie accorde le passeport de non-citoyen ou non-ressortissant (*nepilsoni*) aux résidents permanents ex-citoyens de l’Union soviétique (et leurs descendants) qui n’ont aucune autre citoyenneté. V. Également GUIMEZANES N., « L’état actuel du droit de la nationalité », in OCDE, *La naturalisation : un passeport pour une meilleure intégration des immigrants ?*, OCDE, 2011 pp.71-101 et spé. 86, disponible sur <https://www-oecd-ilibrary-org>

⁵⁰¹ Art. 8.1 AECG

circulation des capitaux a été fortement circonscrite dans le domaine des rapports entre États membres et États tiers.

219. Il y a, pour commencer, l'opinion de l'avocat général TESAURO dans l'affaire *Sanz de Lera*, qui fait date en matière d'effet direct de l'article 63, paragraphe 1 TFUE. L'affaire concernait les mouvements de capitaux vers la Turquie et la Suisse. L'avocat suggérait que la disposition précitée ait un effet direct vertical à l'égard des pays tiers, à l'exception des mouvements impliquant des investissements directs⁵⁰². Bien que l'opinion de l'avocat général ne soit pas des plus claires sur ce point, il semble que cette interprétation ait été émise sur le fondement de la réserve qui existe à l'article 64, paragraphe 1 TFUE⁵⁰³. L'avis des juges du plateau de Kirchberg était tout autre. La Cour a estimé que l'interdiction des restrictions, clairement et inconditionnellement formulée à l'article 63, paragraphe 1 TFUE, qui ne nécessitait pas de mise en œuvre ultérieure malgré les réserves contenues dans les articles 64, paragraphe 1, et 65 TFUE avait un effet direct, inconditionnel, à l'égard des pays tiers⁵⁰⁴. Il ressort du libellé de l'arrêt que la CJCE n'a pas voulu créer un domaine factuel réservé en ce qui concerne les investissements directs, mais a simplement déclaré que tant que des mesures nationales ou communautaires restrictives sont en place, elles ne relèvent pas, en vertu de l'article 64, paragraphe 1 TFUE⁵⁰⁵, du champ d'application prohibitif de l'article 63, paragraphe 1 TFUE. Toutefois, dans la mesure où aucune des mesures susmentionnées ne restreint la liberté, « l'article 73 B, paragraphe 1 [désormais art. 63, para. 1 TFUE et ex-article 56, paragraphe 1], en liaison avec les articles 73 C [64 TFUE et ex-article 57 TCE] et 73 D, paragraphe 1, sous b [article 65 para. 1 lit. b TFUE, ex-art. 58, para. 1, lit. b] du traité, peuvent être invoquées devant le juge national et entraîner l'inapplicabilité des règles nationales qui leur sont

⁵⁰² CJCE, 14 décembre 1995, *Sanz de Lera e. a.*, aff. jointes C-163/94, C-165/94 et C-250/94, conclusions de l'avocat général TESAURO G, présentées 19 septembre 1995, pts 20 des conclusions.

⁵⁰³ *Ibid*, pts 13 et s. des conclusions. cf. art. 64§1 TFUE : « L'article 63 ne porte pas atteinte à l'application, aux pays tiers, des restrictions existant le 31 décembre 1993 en vertu du droit national ou du droit de l'Union en ce qui concerne les mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers lorsqu'ils impliquent des investissements directs, y compris les investissements immobiliers, l'établissement, la prestation de services financiers ou l'admission de titres sur les marchés des capitaux. En ce qui concerne les restrictions existant en vertu des lois nationales en Bulgarie, en Estonie et en Hongrie, la date en question est le 31 décembre 1999. »

⁵⁰⁴ CJCE, 14 décembre 1995, *Sanz de Lera e. a.*, aff. jointes C-163/94, C-165/94 et C-250/94, pts 40 et s.

⁵⁰⁵ Pour l'interprétation de l'art. 57.1 HINDELANG S., *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: the scope of protection in EU Law*, op.cit. spec. chapter VII.2.

contraires »⁵⁰⁶. Autrement dit, l'article 63 paragraphe 1 TFUE est directement applicable à tout type de mouvement de capitaux intra ou extra européen⁵⁰⁷.

220. Dans l'affaire *Ospelt*, l'Avocat général GEELHOOD s'est rallié à ce point de vue et a clairement indiqué — sans aucune réserve — que les ressortissants de pays tiers ou les personnes morales peuvent également invoquer l'article 63 paragraphe 1 TFUE devant les juridictions nationales⁵⁰⁸. Dans l'arrêt de la Cour, la question de l'effet direct n'a pas été explicitement abordée. Toutefois, par le simple fait d'appliquer l'article 63, paragraphe 1 aux faits de l'espèce, il devient évident que la disposition doit également avoir un effet direct à l'égard des relations avec les pays tiers.

221. Encore une fois, dans les conclusions de la célèbre affaire *Fidium Finanz AG*, l'avocat général, en les présentant comme allant de soi, a déclaré qu'une entreprise établie en dehors de la Communauté peut se prévaloir de l'article 63 TFUE⁵⁰⁹. L'arrêt de la Cour dans cette affaire, ainsi que dans les affaires ultérieures concernant les mouvements de capitaux dans des pays tiers, a confirmé ce point de vue et n'a laissé aucune place au doute : L'article 63, paragraphe 1 du TFUE est directement applicable dans le contexte extra européen⁵¹⁰.

222. Malgré la clarté de la position jurisprudentielle, certains commentateurs avaient pu suggérer que l'effet direct de l'article 63 TFUE devait être considérablement plus limité dans le contexte d'un pays tiers. Le professeur Seyad MOHAMED SIDEK, exclu ainsi les catégories de capitaux mentionnées dans l'article 64§1 de l'effet direct au motif que l'article 64 paragraphe 2 TFUE

⁵⁰⁶ CJCE, 14 décembre 1995, *Sanz de Lera e. a.*, aff. jointes C-163/94, C-165/94 et C-250/94, conclusions de l'avocat général TESAURO G, présentées 19 septembre 1995, pt. 48.

⁵⁰⁷ HINDELANG S., *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: the scope of protection in EU Law*, *op.cit.* p. 202. Mohamed-S Mohamed, *Free Movement of Capital*, 219 et suivants, a adopté un point de vue différent et a cherché à interpréter le jugement dans le sens où seules l'importation et l'exportation physiques d'argent en provenance et à destination de pays tiers ont été libéralisées. Je ne pense pas que cette interprétation puisse être raisonnablement maintenue au regard du contexte jurisprudentiel général.

⁵⁰⁸ CJCE, 23 septembre 2003, *Ospelt et Schlössl Weissenberg*, aff. C-452/01, conclusion de l'Avocat général GEELHOED L.A, présentée le 10 avril 2003, pts 45 et s., spé. pt 47 des conclusions.

⁵⁰⁹ CJCE, 3 octobre 2006, *Fidium Finanz AG*, aff C-452/04, conclusions de l'Avocat général Stix-Hackl C., présentées le 16 mars 2006, pt 43 des conclusions.

⁵¹⁰ Cf. CJCE, 3 octobre 2006, *Fidium Finanz AG*, aff C-452/04 mais égal. CJCE, 12 décembre 2006, *Test Claimants in the FII Litigation c. Commissioner of the Inland Revenue*, aff. C-446/04 ; CJCE, 13 mars 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, aff. C-524/04 ; CJCE, 24 mai 2007, *Holböck*, aff. C-157/05 ; CJCE, 18 décembre 2007, *Skatteverket c. A.*, aff. C—101/05, pt 27.

« *requires the Council intervention to liberalise capital movements* »⁵¹¹ en ce qui concerne les catégories mentionnées dans cette disposition. Toutefois, au vu de la jurisprudence de la Cour, qui est désormais suffisamment claire sur ce point, ces affirmations semblent toutefois et malheureusement anecdotiques⁵¹². Des auteurs ont en outre soulevé l'incohérence d'une telle interprétation eu égard à la portée des différentes dispositions⁵¹³.

223. En définitive, l'article 63, paragraphe 1 du TFUE est directement efficace, verticalement, dans les contextes intraeuropéens et extraeuropéens. C'est cette portée qui explique sans doute le laconisme des dispositions relatives à la libre circulation des capitaux, et son champ d'application en particulier, dans la plupart des accords de l'UE. L'affirmation d'une libéralisation *erga omnes* des mouvements de capitaux sans condition de réciprocité à l'égard des pays tiers implique que les investisseurs européens opérant dans les pays tiers et les investisseurs étrangers opérant sur le territoire de l'Union puissent se prévaloir des dispositions favorables de la libre circulation des capitaux indépendamment de l'existence ou non d'un accord. L'existence d'accords libéralisant les mouvements de capitaux n'emporte au demeurant qu'une plus-value substantielle pour les investisseurs étrangers, européens ou non, bénéficiaires de ces AII qui ressortent *per se* du domaine personnel de l'article 63 paragraphe TFUE. Les différences ainsi constatées dans la définition du champ d'application *ratione personae* des dispositions libéralisant les mouvements de capitaux dans les différents AII — entre ceux ne prévoyant aucun critère⁵¹⁴ et ceux effleurant un élément de

⁵¹¹ MOHAMED SIDEEK S., *European Law on the Free Movement of Capital and EMU*, Kluwer Law International, 1999, p. 221 (399 p). Voir également l'art. 64§2 TFUE : « Tout en s'efforçant de réaliser l'objectif de libre circulation des capitaux entre États membres et pays tiers, dans la plus large mesure possible et sans préjudice des autres chapitres des traités, 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, y compris les investissements immobiliers, l'établissement, la prestation de services financiers ou l'admission de titres sur les marchés des capitaux. »

⁵¹² GOOIJER, J. et C.A.T. PETERS. 'The Free Movement of Capital and Third Countries: some Observations'. *European Taxation* 11 (2005): 475-481., spec. p. 476.

⁵¹³ HINDELANG S., *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: the scope of protection in EU Law*, *op.cit.*, p. 204 qui affirme ainsi que si l'on était d'avis que les catégories de capitaux mentionnées à l'article 64 TFUE sont effectivement exclues de la libéralisation en vertu du deuxième paragraphe de la disposition susmentionnée, il faudrait alors également expliquer quelle fonction attribuer à l'article 57, paragraphe 1, CE. Selon ce dernier, le paragraphe 1 de l'article 57 CE n'aurait plus beaucoup de sens.

⁵¹⁴ Ainsi l'art. 123, 1 et 2 de l'Accord de partenariat économique avec les États du Cariforum (Accord Cariforum) ne prévoient aucun critère, *idem* de l'art. 8.2 de l'ALE CE Corée, de l'art. 61 de l'ASA CE Bosnie, de l'art. 12.2 de l'Accord de partenariat Cotonou, de l'art. 32 accord Afrique du Sud, de l'art. 32.1 de l'ASA UE Égypte, etc.

rattachement tel que la résidence⁵¹⁵ — n'ont de conséquence que la confusion qu'ils génèrent dans la lecture de cette diversité dès lors que la libéralisation des mouvements de capitaux, par nature détachée de la personne du titulaire, ne peut être réduite aux critères traditionnels de nationalité ou de résidence et ce même dans un contexte extra européen⁵¹⁶.

224. Il semblerait que la libéralisation *erga omnes* de la libre circulation des capitaux telle qu'elle est entendue et mise en œuvre par la CJUE soit une nécessité au regard du projet européen. À cet égard, les propos du professeur Steffen HINDELANG sont éclairants :

« Free movement of capital in an intra-community context contributes in particular to the attainment of the (socio-) economic aims described by the “magic square” through the establishment of a Common Market and of Economic and Monetary Union. Consequentially, in order to attain those aims *prima facie*, a broad interpretation of the freedom of capital movement would be indicated.

Liberalized capital movement from and towards third countries, implemented on a unilateral basis, does not only facilitate but also partially constitutes a precondition for the successful attainment of a multitude of predominantly (socio-) economic Treaty aims (first and foremost, economic growth, overall stabilization of the European economy, and the implementation of Economic and Monetary Union) by serving as an important indicator for the stability of the common currency. In short, keeping the doors open – even on a unilateral basis – serves the overall economic development of the EC with its Common Market. [T]his study cannot envisage sufficient reason why the analysis that (socio-) economic aims are best served when the freedom of capital movement is construed in a liberal and wide understanding must be re-assessed when it comes to third country capital movements. »⁵¹⁷

225. Ce libéralisme fait échos à la diversité des critères de rattachement des personnes morales, qui peuvent, à l'instar de personnes physiques, bénéficier de la libre circulation des capitaux dans le contexte extraeuropéen.

⁵¹⁵ Ainsi de l'art. 40 de l'Accord EEE qui stipule que « ... les restrictions entre les parties contractantes aux mouvements des capitaux appartenant à des personnes résidentes dans les États membres de la CE ou dans les États de l'AELE, ainsi que les discriminations de traitement fondées sur la nationalité ou la résidence des parties ou sur la localisation du placement, sont interdites. »

⁵¹⁶ HINDELANG S., *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: the scope of protection in EU Law*, op.cit., p. 205 et s. et supra.

⁵¹⁷ HINDELANG S., *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: the scope of protection in EU Law*, op.cit. p. 3. Pour un aperçu des contributions de la libre circulation des capitaux aux différents objectifs (socio) économiques de la construction européenne, v. également pp. 1-41. Pour une analyse détaillée et historique explicitant la genèse de la libre circulation des capitaux et sa dérégulation progressive v. BAKKER, A.F.P., *The Liberalization of Capital Movements in Europe—The Monetary Committee and Financial Integration, 1958–1994*, Springer, 1996, 336 p. Pour une approche critique, v. tout particulièrement MOHAMED SIEDEK S., *European Law on the Free Movement of Capital and EMU*, Kluwer Law International, 1999, pp. 39 et s.

3. Le rattachement des personnes morales

226. Le rattachement des personnes morales dans le cadre des accords de l'UE traduit la même logique libérale que celle du TFUE. On observe en l'occurrence une diversité de critères qui fait ressortir une prévalence du critère formel de la constitution.

227. On notera en premier lieu l'existence d'accords qui, dans une volonté de filiation parfaite avec l'AGCS auquel l'UE est membre, renvoient implicitement aux critères de rattachement de cet instrument. C'est le cas, entre autres, des accords conclus avec l'Afrique du Sud et l'Égypte qui, tout en rappelant le strict respect du contenu de l'AGCS, reproduisent les dispositions de ce dernier notamment en matière de fourniture de service sans toutefois préciser la notion essentielle de fournisseur de service⁵¹⁸. L'absence de précisions sur cette notion suggère un renvoi aux définitions de l'article XXVIII de l'AGCS. Si dans le cadre de l'OMC, le critère général retenu est celui de la constitution ou de l'organisation⁵¹⁹ « conformément à législation » de l'État membre, l'article XXVIII va au-delà en ce qu'il admet le contrôle, par une personne physique ou morale, comme facteur de rattachement dans l'hypothèse spécifique de la fourniture d'un service par la présence commerciale⁵²⁰, autrement dit par l'établissement.

228. La prise en compte de ce critère, qui s'est imposé en droit international de l'investissement, fait figure d'exception dès lors que la majorité des accords de l'UE se contente de reprendre la formule formelle définie par les critères de l'article 54 TFUE⁵²¹, article qui ne fait pas mention du contrôle. Si cette reprise apparaît cohérente dans les accords qui ont principalement pour objet la libéralisation des activités économiques et non spécifiquement les investissements étrangers et la protection de ces derniers, à l'instar des Accords de l'OMC et du TFUE, elle est plus surprenante dans les AII appréhendant directement et explicitement l'investissement. C'est le cas du Traité sur

⁵¹⁸ V. art. 29 et 30 de l'Accord sur le commerce, le développement et la coopération (ACDC) avec l'Afrique du Sud (1999) et art. 29 et 30

⁵¹⁹ Art. XXVIII m) i) de l'AGCS ; OMC, note d'information du secrétariat du 15 septembre 2009, *Présence de personnes physiques (Mode 4)*, S/C/W/301.

⁵²⁰ Art. XXVIII m) ii) de l'AGCS

⁵²¹ Pour rappel, l'art. 54 TFUE exige la constitution de la personne morale dans l'État membre et qu'elle ait son siège statutaire, son administration centrale ou son principal établissement sur le territoire de l'Union. v. not Art. 32 Accord Jordanie ; art. 14 Cotonou art. 7.2 f) i) ALE Corée ; art. 50 a) ASA Bosnie ; art. 61, e) Cariforum.

la Charte de l'énergie, mais également des accords plus récents tels que l'API UE Singapour⁵²². Formule qui par son laxisme revient à considérer l'incorporation comme principal critère.

229. Cette reproduction de la formule de l'article 54 TFUE, de nature à favoriser les pratiques abusives d'éventuel investisseur, de même que les critères retenus pour les personnes physiques ou la conception de la libre circulation des capitaux, se confronte aux incursions progressives, quoiqu'inégales, ici et là de disposition visant à sanctionner le caractère substantiel de l'investisseur étranger.

B. La substantialisation de la notion d'investisseur étranger

230. La question du rattachement de l'investisseur met en avant un paradoxe dans la réglementation européenne et l'identification d'une tendance. Si dans le choix des critères, l'UE approfondit les pratiques libérales et formalistes, une analyse plus poussée permet de déceler une volonté de limiter l'instrumentalisation des critères. Pour ce faire, elle s'inspire ainsi de diverses tendances qui, en réaction à des pratiques de chalandage des traités⁵²³, tentent d'exiger de diverses manières l'effectivité et la réalité de la qualité d'investisseur⁵²⁴.

231. Si les techniques ne sont pas nouvelles et ont déjà été énoncées, leur approfondissement et leur consolidation constituent ici un véritable apport en dépit des imprécisions et incertitudes. En premier lieu il s'agit de sanctionner l'effectivité du rattachement de l'investisseur à l'État d'origine (1) et l'existence d'un lien effectif entre l'investisseur et l'investissement considéré (2). Dans un

⁵²² Ex. Art. 1,2§ 6 API UE/Singapour : « “personne morale de l'Union” ou “personne morale de Singapour” : toute personne morale constituée conformément, respectivement, au droit de l'Union ou d'un État membre de l'Union ou au droit de Singapour et dont le siège social, l'administration centrale¹ ou le lieu d'activité principale se situe, respectivement, sur le territoire de l'Union ou sur le territoire de Singapour. »

⁵²³ Le chalandage des traités s'analyse ici comme l'instrumentalisation du lien de nationalité ou la restructuration de ses activités, entre autres, afin de bénéficier d'un accord en particulier : NIKIEMA S.H., 'Bonnes Pratiques : Définition de l'investisseur', *Best practices series*, IISD, mars 2012, pp. 3 et s. ; BAUMGARTNER J., *Treaty Shopping in International Investment Law*, OUP, 2016, pp. 7 et s. Il faut dire que ces pratiques sont a priori légales, même si elles comportent des risques évidents pour les États hôtes cf : DOLZER R., SCHREUER C., *Principles of International Investment Law*, 2nd ed., OUP, 2012, p. 52. Pour une étude quantitative du phénomène et les perceptions en droit international v. BAUMGARTNER J., *Treaty Shopping in international Investment Law*, *op. cit.* ; LEE E., « Treaty Shopping in International Investment Arbitration: How often has it Occurred and how has it Been Perceived by Tribunals? » London School of Economics and Political Science Working Papers Series 2015, n° 15–167, disponible sur <https://www.semanticscholar.org/paper/Treaty-Shopping-in-International-Investment-How-has-Lee/3a3dbc7504679fb9557d1cb719ec31a6b38a88e3>. Si la pratique est apparue tardivement, son développement sous divers formes est croissant dans le contentieux des investissements.

⁵²⁴ Pour étude détaillée et exhaustive de la pratique et ses différentes perceptions en droit international des investissements, v., BAUMGARTNER J., *Treaty Shopping in international Investment Law*, *op.cit.*

second temps, c'est le recours à des clauses spécifiquement dédiées à la censure des pratiques abusives de contournement (3).

1. L'exigence circonstanciée d'effectivité du rattachement de l'investisseur

232. L'effectivité, entendue comme, l'existence d'un lien suffisant entre l'État d'origine et l'investisseur, personne n'a jamais réussi à s'imposer. Marginalisé dans le contentieux arbitral, il reçoit une application et une interprétation particulières de la part de la Cour de justice. Sa percée dans le corps des récents AII européens constitue dès lors un apport non négligeable même si, ici encore, le régime qui s'en dégage est plein d'incertitudes quant à l'objectif initial.

233. En ce qui concerne les personnes physiques, l'exigence d'un lien d'effectivité se fait essentiellement afin de limiter les effets de la double nationalité. C'est ainsi que doivent se comprendre par exemple l'AECG et notamment l'article 8.1 qui, en cas de possession de la nationalité européenne et canadienne, exigent le recours à un critère d'effectivité non retenu dans la jurisprudence arbitrale⁵²⁵. Le recours à un tel critère répond aux interrogations soulevées en interne et aux critiques récurrentes émises à l'égard du refus jurisprudentiel⁵²⁶. Lorsque la résidence permanente est également acceptée comme critère, l'AECG fait primer la nationalité en imposant de le considérer comme le lien le plus effectif.

234. Ces prévisions s'inscrivent en réaction à la jurisprudence dominante et apparaissent de plus en plus dans de nombreux accords d'investissement. Il faut toutefois souligner les imperfections du texte qui laissent l'appréciation de ce lien d'effectivité dans l'incertitude. Comment se définit l'effectivité et quels sont les éléments factuels ou juridiques à considérer⁵²⁷? Le risque étant d'aboutir à des divergences d'interprétation pour des situations similaires se rapprochant de la situation actuelle. Tel que circonscrit, le recours à l'effectivité tend seulement à répondre à la

⁵²⁵ CIRDI, 24 septembre 2008, décision sur la compétence et la recevabilité, *Ioan Micula, Viorel Micula e. a. c. Roumanie*, aff. n°1RB/05/20, para. 100 pour ce qui est de deux États européens, mais également CIRDI, 27 octobre 2006, sentence, *Champion Trading Company Ameritrade International Inc. c. République arabe d'Égypte*, aff. n° ARB/02/9.

⁵²⁶ SCHLEMMER E.C. 'Investment, Investor, Nationality and Shareholders', in SCHREUER C., ORTINO F., MUNCHLINSKI P. (dirs.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, OUP, 2008.

⁵²⁷ La résidence permanente peut ainsi être un élément démontrant l'effectivité d'une nationalité, de même selon les circonstances, cette même résidence peut être plus effective qu'une nationalité formelle, quel soit de complaisance ou non exercée.

problématique spécifique du double rattachement aux deux États partis sans qu'il ne s'agisse de lutter en tant que tel contre le chalandage des traités⁵²⁸.

235. À cette imprécision, il faut ajouter le doute généré par la pluralité des approches de l'Union dans ses différents instruments. On observe ainsi qu'avec le Viet Nam ou Singapour, aucun critère d'effectivité dans l'appréciation de la nationalité n'est mis en évidence. Or il est admis que la pratique et les conséquences du *treaty shopping* étaient plus importantes pour les pays en développement⁵²⁹.

236. À la différence des personnes physiques, l'exigence d'effectivité du rattachement de l'activité des personnes morales se retrouve dans tous les récents AII de l'UE. Effectivement, si la totalité des accords européens consacre le critère de l'incorporation⁵³⁰, ils intègrent systématiquement une clause d'effectivité permettant de prévenir et de réduire les risques inhérents à l'artificialité de ce critère.

237. Si certains accords exigent globalement que l'entreprise conduise une « activité substantielle » dans l'État de rattachement⁵³¹, d'autres limitent cette exigence que dans les hypothèses où l'incorporation est constatée uniquement par le siège social ou l'administration centrale⁵³². Dans ce dernier cas, l'apport de l'exigence est ainsi circonscrit et ce, d'autant qu'une

⁵²⁸ En l'occurrence, aucune réponse n'est apportée à la question des plurinationaux impliquant une nationalité tierce. Au-delà des difficultés dues aux cas de double nationalité et la résidence permanente, le *treaty shopping* peut s'exprimer au travers des pratiques des nationalités ou résidence de complaisances européennes ou Canadienne (la pratique des *golden visas* et *passeports* aidant) de ressortissant d'États tiers ou encore les hypothèses de trafic de requête qui consistent à monnayer sa requête à un investisseur détenant une nationalité mieux protégée (« *trafficking in BIT claims* »). V. en ce sens SKINNER M., MILES C.A., LUTTRELL S., « Access and Advantage in Investor-State Arbitration: The Law and Practice of Treaty Shopping », *Journal of World Energy Law and Business*, 2010, 3, p. 269. La sentence *Renée Rose Levy* de 2015 explicite clairement la pratique. V. CIRDI, 9 janvier 2015, sentence, *Renée Rose Levy et Gremicitel SA c. République du Pérou*, aff. n° ARB/11/17.

⁵²⁹ V. BAUMGARTNER J., *Treaty Shopping in International Investment Law*, OUP, 2016, pp. 59 et s.

⁵³⁰ Qui constituait sur la dernière décennie le critère le plus utilisé.

⁵³¹ Art. 8,1, investisseur) a) AECG : « [...] une entreprise d'une Partie désigne [...] une entreprise qui est constituée ou organisée conformément à la législation de cette Partie et qui exerce des activités commerciales substantielles sur le territoire de cette Partie » ; v. également art. 1.2 c) API UE/Viet Nam ; art. 8,2, n) i) Accord de partenariat économique UE/Japon.

⁵³² Art. 1,2, 6) API UE/Singapour : « “personne morale de l'Union” ou “personne morale de Singapour” : toute personne morale constituée conformément, respectivement, au droit de l'Union ou d'un État membre de l'Union ou au droit de Singapour et dont le siège social, l'administration centrale ou le lieu d'activité principale se situe, respectivement, sur le territoire de l'Union ou sur le territoire de Singapour.

telle formulation emporte le risque de réduire l'activité substantielle à une lecture *a contrario*. Le lieu principal d'activité devenant une présomption d'activité substantielle.

238. Ces divergences rédactionnelles mettent en exergue les incertitudes dans la portée de ce critère d'effectivité. Si certains instruments ne donnent aucune information sur le sens de la notion « d'activité commerciale substantielle », d'autres renvoient à la formule de l'AGCS. Or, il est généralement entendu que la notion de l'AGCS n'a pas pour objet principal d'éviter le *treaty shopping*, mais les comportements de *free-rider*⁵³³. Ainsi interprétée, la notion est proche dans sa portée du test des « liens effectifs et continus » déployé en matière d'établissement dans le cadre du TFUE⁵³⁴. On note que d'autres accords signalent clairement que la notion doit être perçue dans le même sens que le critère de la CJUE⁵³⁵. D'autres instruments utilisent directement l'expression de l'article 54 TFUE.

239. En définitive, le recours à ce critère ne se fait pas principalement dans le même sens que celui qui a été discuté devant les tribunaux arbitraux d'investissement. Il semble limité dans sa capacité à réduire le *treaty shopping* en ce qu'il ne peut appréhender toutes les stratégies de contournement conventionnel mises en œuvre notamment dans le cadre de groupes de sociétés. Sur ce point, l'UE rejoint les États qui soulignent l'importance de l'effectivité du lien entre l'investisseur étranger et l'investissement en cause.

Si la personne morale n'a que son siège social ou son administration centrale sur le territoire de l'Union ou sur le territoire de Singapour, elle n'est pas considérée comme, respectivement, une personne morale de l'Union ou une personne morale de Singapour, sauf si elle effectue des opérations commerciales substantielles sur, respectivement, le territoire de l'Union ou le territoire de Singapour ». On retrouve cette rédaction dans d'autres accords, récents ou anciens. V. par ex. art. 7,2, f), i) ALE UE-Corée du Sud ou encore l'art. 61, e).

⁵³³ La notion de l'art. XXVIII, b) l'AGCS est considéré comme trop vague pour être être comme un frein efficace à la pratique des *mails-box compagnies* et autres pratiques de *treaty shopping*. En n'exigeant pas que l'activité substantielle soit localisée sur le territoire où la personne morale est incorporée, mais sur le territoire de n'importe quel État parti, il s'agit principalement d'éviter les comportements de *free-riders* d'entreprises incorporées dans un État membre détenues/contrôlées par des intérêts d'États tiers V. not. COTTIER T., MOLINUEVO M., 'Article V GATS', in WOLFRUM R., STOLL P.-T., FEINÄUGLE C. (dir.), *WTO – Trade in services*, Max Planck commentaries on WTO Law (coll.), Martinus Nijhoff Publisher, 2008, pp. 148 et s.; KOMURO N., 'Rule of origin for goods and services – WTO origin agreement and GATS', in IRISH M., *The Auto Pact: Investment, Labour, and the WTO*, Kluwer Law International, 2004, pp. 122 et s.

⁵³⁴ Dans le cadre de l'article 54 TFUE, il s'agit d'exclure le premier établissement des sociétés d'États tiers V. supra. L'exclusion dans l'AECG des entités pouvant être qualifiées d'investisseur va dans ce sens dans la mesure où il s'agit de limiter les stratégies de rattachement au droit de l'UE par des entités incorporées à l'étranger au travers de succursales. Cf. art. 8.1 AECG

⁵³⁵ Cf. Art. 1.2 d) API UE/ Viet Nam

2. L'exigence indécise d'un lien effectif entre l'investisseur et l'investissement

240. Afin de considérer un investissement comme un investissement visé, les accords d'investissement européen exigent, de diverses manières⁵³⁶, une relation particulière entre l'investisseur et l'actif en cause. Cet impératif est récurrent dans tous les accords d'investissement de l'UE⁵³⁷ sans être pour autant spécifique à la pratique européenne.

241. Est ainsi prescrite une relation de propriété ou de contrôle, et cette relation pouvant être directe ou indirecte⁵³⁸. Reste que, à rebours de la volonté de clairvoyance et de prévisibilité, le sens des termes employés questionne, dès lors qu'ils renvoient à des notions utilisées dans une pratique arbitrale indécise. Il importe, donc, de s'attarder sur les concepts de base auxquels peuvent renvoyer les notions employées (a), mais également sur les éventuelles interprétations jurisprudentielles notamment dans les hypothèses où le lien est indirect (b).

a. Les différentes formes de détention : propriété et contrôle

242. L'investisseur étranger étant une « notion purement fonctionnelle... uniquement [rattachée] au *jus standi* »⁵³⁹, elle n'a de sens que si un lien est établi avec l'investissement. L'intérêt pratique de ce lien est d'éviter le détournement des garanties conventionnelles⁵⁴⁰, objectif qui implique une détermination rigoureuse de la nature du lien.

⁵³⁶ Tantôt, on observe que la condition est reprise dans la définition *in abstracto* de l'investissement : art. 1,2, h) API UE/Viet Nam et art. 1^{er}, 6) Traité CE. Tantôt, elle figure dans les critères qualifiant un investissement d'investissement couvert : Art. 1,2, 1) API UE/Singapour. Seul l'AECG réaffirme cet impératif dans les deux cas, ce qui a le mérite de souligner l'importance de ce lien.

⁵³⁷ La formule de l'art. 1^{er}, 6) du Traité CE (« "Investissement" désigne tout type d'avoir détenu ou contrôlé directement ou indirectement par un investisseur... ») se retrouve dans le cadre de l'AECG et des API conclus respectivement avec le Viet Nam et Singapour.

⁵³⁸ Art. 8.1 AECG : « investissement désigne tout type d'actif qu'un investisseur détient ou contrôle, directement ou indirectement [...] investissement visé désigne, à l'égard d'une Partie, un investissement [...] c) détenu ou contrôlé, directement ou indirectement, par un investisseur de l'autre Partie ; [...] »

⁵³⁹ NANTEUIL (de) A., Droit international de l'investissement, op. cit., p. 204 et s. ; v. également DOLZER R., SCHREUER C., Principles of International Investment Law, op. cit.

⁵⁴⁰ Ces pratiques peuvent par exemple impliquer le cas où des individus d'un État A créent de toute pièce des entités fantômes dans un État B afin de bénéficier d'un traité entre l'État B et un État C pour des actifs localisés sur ce dernier État. Dans cette hypothèse, et si dans l'absolu l'entité intermédiaire pourrait éventuellement être qualifiée d'investisseur étranger au regard de l'instrument conventionnel B-C, il s'agira cependant d'interroger la réalité du lien afin d'identifier l'existence d'une *shell company*.

243. En l'absence de précisions textuelles nettes, l'opposition entre propriété et contrôle renvoie à une opposition traditionnelle dans le régime international de l'investissement étranger qui a occupé la jurisprudence arbitrale sur la délimitation de chaque terme⁵⁴¹. Partant de là, elle nourrira certainement le contentieux sur les accords européens.

244. On citera d'abord la conception large de l'affaire *Plama Consortium Limited c. Bulgarie* dont l'espèce avait trait à des actions détenues par des *trustees*. Relativement aux termes propriété et contrôle, opposé par la conjonction « ou », le tribunal indique qu'ils renvoient à des réalités distinctes. Le contrôle correspond à une influence de fait impliquant la capacité juridique de se prévaloir d'un droit qui est théoriquement détenu par une autre personne, c'est-à-dire le propriétaire légal détenant, lui le titre de propriété⁵⁴². C'est dans ces circonstances que le tribunal *Saba Fakes c. Turquie* ne prive pas un *trustee* de la qualité d'investisseur⁵⁴³. Plus distinctement, le tribunal dans l'affaire *ALENA Thunderbird c. Mexique* opère une distinction entre le contrôle juridique — *legal control* — fondé sur le droit des sociétés de l'État hôte et le contrôle de fait — *de facto control*. Partant de là, il a considéré que le contrôle de fait pouvait être suffisant pour caractériser un investissement⁵⁴⁴.

245. Ces interprétations découlant de la sentence *Plama Consortium Limited* qui distingue entre le concept normatif de propriété et la capacité *de facto* d'exercer une influence substantielle — semble,

⁵⁴¹ Le modèle de TBI États-Unis d'Amérique de 2004 utilise les mêmes termes que l'AECG—*idem* pour l'ALENA — sans pour autant donner une quelconque définition. La majorité des traités d'investissement ne disent rien sur les critères de contrôle et le droit international général, qui ne vise pas à réglementer la relation entre une personne physique ou morale et ses actifs, ne s'en préoccupe que marginalement. Il faut noter un cas particulier. La plupart des TBI argentins contiennent des déclarations posant des critères objectifs d'identification du contrôle. À l'instar du Protocol additionnel au TBI Argentine Pays-Bas (section B du protocole), le TBI France Argentine.

⁵⁴² CIRDI, 8 février 2005, décision sur la compétence, *Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, aff. n° ARB/03/24, para. 170 : « In the Tribunal's view, the word "or" signifies that ownership and control are alternatives: in other words, only one need be met for the first limb to be satisfied [...]. Also, in the Tribunal's view, ownership includes indirect and beneficial ownership; and control includes control in fact, including an ability to exercise substantial influence over the legal entity's management, operation and the selection of members of its board of directors or any other managing body. »

⁵⁴³ CIRDI, sentence, 14 juillet 2010, *Saba Fakes c. Turquie*, aff. n° ARB/07/20, para. 127

⁵⁴⁴ Pour ce faire, le tribunal s'est référé au sens ordinaire du terme « *control* », selon lequel le contrôle peut être exercé de diverses manières : CNUDCI, 26 janvier 2006, sentence, *international Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, para. 105. Le tribunal a alors énuméré plusieurs facteurs à prendre en considération pour établir un contrôle de fait, tels que « *technology, access to supplies, access to markets, access to capital, know how, and authoritative reputation* » : v. para. 108 de l'arrêt. On notera que dans l'affaire *Aguas del Tunari S.A. c. Bolivie*, les parties ne s'accordant pas sur le rapport entre propriétés et le contrôle, le tribunal s'est rangé du côté du plaignant pour conclure « *that "control" is a quality that accompanies ownership* » : CIRDI, 21 octobre 2005, décisions sur les objections à la compétence, *Aguas del Tunari S.A. c. Bolivie*, aff. n° ARB/02/3, para. 222–245.

en vertu des libellés et des imprécisions, appropriée dans le cadre des accords européens. Elles s'écartent alors des critiques émises par certains auteurs qui remettent en question cette dichotomie entre contrôle *de facto* et propriété *de jure* qui a cours dans le contentieux d'investissement et qui aboutit à faire penser à une conception *sui generis* de la notion de contrôle tel qu'elle apparaît dans les AII et qui s'écarterait de son terreau d'essor national de sorte à correspondre aux réalités dessinées par les opérateurs et à la compétence des tribunaux. C'est ainsi que DOUGLAS Zachary affirme à juste titre que :

An investment is a bundle of rights to tangible or intangible property. The strongest form of control that an individual or legal entity can acquire over tangible or intangible property is the right of ownership.

246. En ce sens la capacité d'exercer un contrôle sur des terrains détenue par une autre personne en vertu d'un nantissement est un contrôle *de jure*⁵⁴⁵. Néanmoins, il est des cas où le contrôle est exercé exclusivement sur la base de facteurs tels que « *technology, access to supplies, access to markets, access to capital, know how, and authoritative reputation* »⁵⁴⁶. Dans ces situations, il faut alors admettre l'existence d'un contrôle exercé *de facto*. Une conception stricto sensu du contrôle limité au contrôle *de jure* serait trop restrictive. Et lorsque l'analyse porte sur la relation entre l'investisseur et une société ou un autre type d'entité juridique, l'investisseur doit convaincre le tribunal qu'il exerce une influence sur la société, qu'il contrôle l'entité juridique. Ces facteurs peuvent donc permettre d'établir ce lien. C'est ainsi que nous comprenons la rédaction du modèle argentin qui admet la possibilité de prouver la réalité du contrôle dans certaines situations⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ V. En ce sens DOUGLAS Z., « The international law of investment claims », Cambridge University Press, 2009, p. 300 ; CIRDI, 16 février 1994, sentence, *Vacuum Salt Products Limited c. Ghana*, affaire aff. n° ARB/92/1, par. 43. V. Également CIJ, arrêt, 20 juillet 1989, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (États-Unis c. Italie)*, Rec. CIJ 1989, 15, para. 99, où la CIJ a estimé que, si ELSI était juridiquement insolvable, le plan de liquidation aurait pu être mis en œuvre par les créanciers afin que les actionnaires n'aient plus de droits de contrôle et de gestion devant être protégée le Traité d'amitié de commerce et de navigation.

⁵⁴⁶ CNUDCI, 26 janvier 2006, sentence, *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, para. 108

⁵⁴⁷ Déclaration jointe au TBI France Argentine : « Les personnes morales qui désirent se prévaloir du présent Accord pourront être amenées à fournir la preuve dudit contrôle. Sont acceptés, entre autres, au titre de preuve, les faits suivants,

I. Le statut de filiale d'une personne morale de l'une de Parties contractantes :

2. Un pourcentage de participation directe ou indirecte au capital d'une personne morale qui permette un contrôle effectif, soit notamment une participation supérieure à la moitié,

3. La possession directe ou indirecte des droits de vote permettant d'avoir une position déterminante dans les organes dirigeants de la personne morale. »

247. Dans certaines situations, propriété et contrôle sont connexes de sorte que le titulaire du droit de propriété est parallèlement et *prima facie* celui qui contrôle⁵⁴⁸. Cependant, lorsque plusieurs investisseurs détiennent conjointement un actif, il peut être impossible pour un seul investisseur d'exercer son influence ou son contrôle sans les autres⁵⁴⁹. Dès lors, dans la mesure où le contrôle et la propriété ne sont pas cumulatifs dans le cadre de l'AECG, on peut affirmer que les investissements détenus par un investisseur sont protégés même si celui-ci ne les contrôle pas, et inversement. Au-delà, le propriétaire et celui qui contrôle pourraient tenter, parce que détenant chacun un investissement — qui dans les faits renvoie à une même réalité — des réclamations parallèles. Cette solution ne s'écarte donc pas des solutions admises devant les tribunaux où règne le spectre des réclamations multiple comme dans l'exemple du contentieux argentin.

248. En définitive, le débat sur le contrôle et la propriété met davantage en avant la question de savoir si un actionnaire minoritaire est en mesure d'exercer un contrôle⁵⁵⁰. Conformément aux accords de l'UE, cette question n'est pertinente que dans le cas d'investissements détenus indirectement dès lors que l'action individuelle en tant que telle peut être un actif protégé.

b. Investissement indirect et caractérisation de la détention

249. Les investissements sont indirects lorsque les actifs en question sont détenus par une société ou tout autre type d'association volontaire dotée de la personnalité juridique⁵⁵¹ et que cette entité est à son tour détenue par l'investisseur⁵⁵². Aucune limite n'existe pour ce qui est du nombre de sociétés qui peuvent être interposées entre un investisseur et l'actif en question⁵⁵³. Quoi qu'il en soit, la propriété ou le contrôle devront être vérifiés à deux ou plusieurs niveaux : d'abord au niveau

⁵⁴⁸ DOUGLAS Z., 'The international law of investment claims', *op. cit.*, p. 300.

⁵⁴⁹ V. les aff. CIRDI, 11, mai 2005, décision sur la compétence, *Camuzzi International SA c. Argentine*, aff. n° ARB/03/2 et CIRDI, 11 mai 2015, décision sur la compétence, *Sempra Energy International c. Argentine*, aff. n° ARB/02/16. *Camuzzi* et *Sempra* étaient coactionnaires de deux sociétés argentes, dont il a été constaté qu'elles contrôlaient toutes deux ces sociétés.

⁵⁵⁰ RIPINSKY S., WILLIAMS K., 'Damages in international investment law', British Institute of International and Comparative Law, 2008, 322, p. 153.

⁵⁵¹ Qu'il s'agisse d'une société d'exploitation, d'une société d'investissement personnelle ou d'une société établie uniquement en vue de détenir l'investissement en question.

⁵⁵² L'investisseur agissant, le cas échéant, en tant qu'actionnaire, associé, etc.

⁵⁵³ Et dans la réalité des affaires et de la gestion du patrimoine modernes, il y aura souvent de nombreux niveaux de participation. Il peut même y avoir plusieurs branches qui s'éloignent de l'actif en question, par exemple sous la forme d'une déclaration de fiducie émise par une société intermédiaire 1 détenue par une autre société intermédiaire 2 au profit d'un investisseur qui n'a aucune relation directe avec la société intermédiaire 2.

de l'actif c'est-à-dire la relation entre la société *holding* et l'actif protégé en tant qu'investissement ⁵⁵⁴; ensuite, au niveau du *holding*, c'est-à-dire la relation entre l'investisseur et la société *holding*.

250. Lorsqu'un actif est détenu par le biais de plusieurs niveaux d'intermédiation, l'intermédiaire de chaque niveau respectif peut soit être propriétaire, soit contrôler l'intermédiaire au niveau suivant. Un investisseur peut donc détenir un investissement par l'entremise d'une combinaison de diverses strates de propriété et de contrôle. Un investissement peut également être détenu par le biais d'une chaîne de participations minoritaires n'octroyant aucun contrôle. Cette chaîne de propriété pourrait s'étendre sur plusieurs États. La question qui découle de cette possibilité est de savoir si l'investisseur doit être en mesure d'exercer un certain « contrôle global », en plus du contrôle qu'il exerce sur le premier niveau. Cette question a été discutée dans le cadre du consentement à l'arbitrage. Il s'agissait de déterminer s'il devrait y avoir un seuil dans la chaîne au-delà duquel le consentement de l'État à l'arbitrage n'existerait plus⁵⁵⁵. De même, on peut se demander si, à un moment donné dans une chaîne de sociétés, un investisseur perd le « contrôle » de la société d'investissement, même si une chaîne de contrôle peut être établie de bout en bout entre les différents maillons. La jurisprudence répond négativement⁵⁵⁶.

251. Les dispositions des accords avec le Japon et le Viet Nam sont particulièrement intéressantes et semblent aller dans le sens d'un contrôle global. D'une part, tout en reconnaissant la distinction entre contrôle et propriété, ils notent toutefois que les deux dérivent du domaine légal confirmant ainsi l'interprétation du professeur Zachary DOUGLAS. D'autre part, les deux éléments doivent, selon les formules employées, aboutir à conférer un « contrôle global »⁵⁵⁷.

252. Bien que l'AECG et l'API UE Singapour n'exigent pas explicitement un contrôle global, une interprétation dépassant cette exigence rendrait le terme « investissement » illimité et affecterait

⁵⁵⁴ Qui peut être une société ou même une simple action dans une société.

⁵⁵⁵ V. par ex. CIRDI, 14 janvier 2004, décision sur la compétence, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. cv. Argentine*, aff. N° ARB/01/3, paras. 52–57.

⁵⁵⁶ Cf. CIRDI, 6 juillet 2007, décision sur la compétence, *Ioannis Kardassopoulos c. Georgie*, aff. n° ARB/05/18, para. 125 : un investisseur grec détenait 50 % des actions de l'entreprise panaméenne Tramex, qui a formé une joint-venture — GTI — avec l'entreprise publique géorgienne SakNavtobi. Tramex et SakNavtobi détenaient chacune 50 % des actions de GTI. Le tribunal a considéré M. Kardassopoulos comme un propriétaire indirect de GTI. V. également T. *ad hoc*. (CNUDCI), 3 septembre 2001, sentence finale, *Lauder c. République tchèque*, par. 292.

⁵⁵⁷ Art. A.2, c) API UE Viet Nam et art. 8,2, n) APE UE Japon : « une personne morale est :

- i) “détenue” par une personne physique ou morale d'une partie à l'accord si plus de 50 pour cent de son capital social appartient en pleine propriété à une personne physique ou morale de l'autre partie à l'accord ; et
- ii) “contrôlée” par une personne physique ou morale d'une partie à l'accord si cette personne a la capacité de nommer une majorité des administrateurs ou est autrement habilitée en droit à diriger ses opérations ».

dès lors l'objectif de clairvoyance et de prévisibilité. Une volonté d'équilibre des intérêts suppose que la simple propriété ne suffise pas *a priori*. L'investisseur devrait exercer une certaine forme de contrôle — quelle que soit la nature — sur la ou les sociétés intermédiaires. En l'absence de précision, on reconduit la situation actuelle critiquée où la détermination de l'investissement au regard du critère de contrôle et de la notion d'investissement (in) direct est fluctuante et est susceptible d'englober des chaînes d'opération extrêmement vastes⁵⁵⁸.

253. Dans ce contexte, les sociétés transnationales n'auraient aucun mal à déployer des stratégies de restructuration à des fins de contournements. Il s'agirait là d'une contradiction lorsqu'on observe que l'UE tente dans le même temps d'approfondir des pratiques des clauses préventives susceptibles de sanctionner en amont l'effectivité de l'investisseur.

3. La sanction de l'effectivité de la qualité d'investisseur par le recours aux clauses anti-contournement

254. Désireux de sanctionner globalement les stratégies de dévoiement des critères de rattachement, l'UE s'inspire des pratiques arbitrales minoritaires qui, dans une approche casuistique, se sont efforcées d'appréhender les manœuvres intentées dans la prévision d'un différend prévisible. En ce sens, l'UE s'efforce en outre de réhabiliter et de renouveler les clauses de déni des avantages dont la portée avait été réduite dans la pratique arbitrale.

⁵⁵⁸ L'identification d'un contrôle étranger semble complexe à appréhender *in concreto*. C'est ainsi qu'on observe que la forme et l'étendue du contrôle requis diffèrent selon les AII. Si la majorité du capital social d'une entreprise peut apparaître à certains égards comme un critère simple et certain, il ne constitue pas en définitive un indicateur nécessairement fiable quant au contrôle dès lors que, et à titre d'exemple, des droits de vote, des procédures de prise de décision divergente ainsi que des structures sophistiquées d'exercice de la direction peuvent contribuer à complexifier et brouiller l'image de ce contrôle. Même si la jurisprudence du CIRDI favorise l'approche simple du contrôle et de la participation majoritaire (v. en ce sens CIRDI, 21 octobre 1983, sentence, *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH ea c. Cameroune et Société Camerounaise des Engrais (Klöckner c. Cameroune)*, aff. n° ARB/81/2 ; CIRDI, 31 mars 1986, sentence, *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c. Libéria*, aff. n° ARB/83/2), d'autres AII, tels que l'*EC Treaty* ou le modèle de TBI britannique utilisent tous les critères pertinents, permettant ainsi à une participation minoritaire de justifier d'un contrôle étranger. V. SCHREUER C.H, MALINTOPPI L, REINISCH A, SINCLAIR A, « Article 25 – Jurisdiction », *in*, du même auteur, *The ICSID Convention : A Commentary*, '2009, 2^d éd., pp. 244-249 (para. 564 à 578) ; BURGSTALLER M., « Nationality of Corporate Investors and International Claims against the Investor's Own State » *JWIT*, 2006, vol. 7 pp. 866-871 ; ECHANDI R., « A new generation of international investment agreements in the Americas: impact of investor state dispute settlement over investment rulemaking », Fourth Annual Conference of the Euro-Latin Study Network on Integration and Trade (ELSNIT), 2006, pp. 9-11. disponible sur <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/summary?doi=10.1.1.113.65&rank=1>.

255. L'étude des clauses générale anti-contournement du différend prévisible (a) précédera donc celle des clauses de déni des avantages (b).

a. *La prévisibilité du différend et les clauses anti-contournement*

256. Dans l'optique d'un différend prévisible, les opérateurs peuvent être tentés par des restructurations internes à des fins de *treaty shopping*. L'API UE Singapour tente d'y pallier dans l'énumération des conditions de compétence :

« Il est entendu que le tribunal se déclare incompétent si le différend a pris naissance, ou a très probablement pris naissance, au moment où le requérant a acquis la propriété ou le contrôle de l'investissement objet du différend et que le tribunal établit, en s'appuyant sur les faits de l'espèce, que le requérant a acquis la propriété ou le contrôle de cet investissement dans le but principal d'introduire le recours au titre de la présente section [...] »⁵⁵⁹

Il s'agit d'une reprise de jurisprudences récentes⁵⁶⁰ qui lie ici l'arbitre. L'emploi du présent suggère en effet que sa marge de manœuvre est verrouillée dans l'attitude à adopter.

257. On note l'expression vague et non caractérisée de « très probablement pris naissance » qui risque de subjectiviser l'interprétation en recentrant le débat sur la perception de l'investisseur⁵⁶¹, d'autant que ce critère doit se combiner avec la détermination du « moment » d'acquisition de la « propriété » ou du « contrôle ». Le risque est accru par la seconde condition complémentaire qui se réfère à un test du « but principal ». L'investisseur pourra alors valablement soutenir que d'autres intérêts — optimisation fiscale, par exemple — ont principalement motivé la restructuration de sorte que cette dernière n'a pas été opérée principalement dans le but d'introduire un recours. L'API UE/Viet Nam, dans une rédaction similaire, reproduit ces incertitudes malgré la mise en évidence soignée de la clause « anti contournement »⁵⁶².

⁵⁵⁹ Art. 3.7, 5) API UE Singapour

⁵⁶⁰ BAUMGARTNER J., *Treaty Shopping in International Investment Law*, OUP, 2016, p. 275.

⁵⁶¹ NGO QUOC C., VAN ANH L., « Le chalandonage des traités à l'épreuve des accords d'investissement de nouvelle génération », *RIDE*, 2017/3, p. 21; BAUMGARTNER J., *Treaty Shopping in International Investment Law*, OUP, 2016, p. 275.

⁵⁶² Art. 3.43 **Anticontournement** : « Il est entendu que le tribunal décline sa compétence lorsque le différend a pris naissance, ou était prévisible selon toute probabilité, au moment où le requérant a acquis la propriété ou le contrôle de l'investissement objet du différend et que le tribunal établit, en s'appuyant sur les faits de l'espèce, que le requérant a acquis la propriété ou le contrôle de l'investissement dans le but principal d'introduire le recours en vertu de la présente section. La possibilité, pour le tribunal, de décliner sa compétence dans de telles circonstances est sans préjudice d'autres exceptions qui pourraient être examinées par le tribunal en matière de compétence. »

258. Ces doutes avaient été mis en lumière à l'occasion des affaires *Phillip Morris c. Australie*⁵⁶³ et *Phillip Morris c. Uruguay*⁵⁶⁴. Dans la seconde affaire, des restructurations sont entreprises par Philip Morris International afin que le recours ne soit pas porté par ladite société mère américaine conformément au TBI États-Unis/Uruguay,⁵⁶⁵ mais plutôt par ses filiales suisses sur le fondement du TBI Suisse-Uruguay⁵⁶⁶. En dépit du fait que les restructurations aient été effectuées après l'acte introductif d'instance, le tribunal a reconnu sa compétence⁵⁶⁷. Cette solution s'éloigne de la première sentence rendue à propos de faits de restructurations similaires⁵⁶⁸.

259. Le raisonnement du Tribunal est particulièrement intéressant en ce qu'il recourt à la théorie de l'abus de droit afin de circonscrire le régime des restructurations, licites par principe⁵⁶⁹. Il est

⁵⁶³ CPA, CNUDCI, *Philip Morris Asia Limited c. Australie*, aff. N° 2012-12.

⁵⁶⁴ CIRDI, *Philip Morris Brand Sàrl (Suisse), Philip Morris Products S.A. (Suisse) et Abal Hermanos S.A. (Uruguay) c. Uruguay*, aff. N° ARB/10/7.

⁵⁶⁵ TBI USA-Uruguay (2006). Ce TBI, à l'instar d'autres accords américains, prévoyait des dispositions matérielles et procédurales restrictives. Ainsi l'art. 6.5 Sur l'expropriation exclue la question des droits de propriété intellectuelle, enjeu principal du litige et la définition de l'investisseur dans l'art. 1^{er} mets en avant un critère d'effectivité de la nationalité.

⁵⁶⁶ TBI Suisse – Uruguay, 1988, l'art. 1^{er} est particulièrement propice au *treaty shopping* dès lors que les critères principaux utilisés sont la citoyenneté et l'incorporation et que toute entité directement ou indirectement contrôlée par citoyen de l'État est considérée comme un investisseur de cet État.

⁵⁶⁷ CIRDI, 2 juillet 2013, décision sur la compétence, *Philip Morris Brand Sàrl (Suisse), Philip Morris Products S.A. (Suisse) et Abal Hermanos S.A. (Uruguay) c. Uruguay*, aff. N° ARB/10/7, *passim*. La restructuration opérée par les investisseurs n'a pas fait l'objet d'une argumentation détaillée de la part du tribunal. L'affaire est cependant intéressante en ce qu'au fond, le tribunal reconnaît la capacité réglementaire de l'État sur une question de santé publique afin de rejeter une atteinte aux dispositions sur le le TJE et l'expropriation : CIRDI, 8 juillet 2016 sentence, *Philip Morris Brand Sàrl e. a. c. Uruguay*, aff. N° ARB/10/7, paras. 270-300.

⁵⁶⁸ En raison des conditions restrictives du TBI États-Unis – Australie, une restructuration a été déployée afin que le recours puisse être intenté non pas par la société mère, mais par la filiale hongkongaise Philip Morris Asia Ltd. Pour un aperçu détaillé, v. CPA, CNUDCI, décision sur la compétence et la recevabilité, *Philip Morris Asia Limited c. Australie*, aff. N° 2012-12, paras. 95-98 et 141-164. On précisera not. que le TBI Hong-kong (Chine) — Australie de 1993 ne prévoit aucune restriction matérielle et procédurale particulière. Tout au contraire, est érigé à la qualité d'investisseur, les entités contrôlées par des ressortissants d'États tiers. *A contrario* du TBI États-Unis d'Amérique/Australie qui ne prévoit aucun mécanisme contentieux pour les différends investisseur États (chap. 11 de l'accord) et pose des restrictions en matière de compensations pour des atteintes aux droits de propriété intellectuelle (art. 11,7, 5) de l'accord).

⁵⁶⁹ CIRDI, 8 juillet 2016, sentence, *Philip Morris Brand Sàrl e. a. c. Uruguay*, aff. N° ARB/10/7, para. 540. Ce point avait notamment été soulevé dans de précédentes aff. V. not.: CIRDI, 8 février 2013, décision sur la compétence, *Tidewater Inc, Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., Twenty Grand Offshore, L.L.C., Point Marine, L.L.C., Twenty Grand Marine Service, L.L.C., Jackson Marine, L.L.C. et Zapata Gulf Marine Operators, L.L.C. c. République bolivarienne du Venezuela (Tidewater e.a. c. Venezuela)*, aff. n° ARB/10/5, par. 184 ; CIRDI, 10 juillet 2010, décisions sur la compétence, *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro*

possible de les sanctionner dès lors qu'elles révèlent un comportement abusif⁵⁷⁰. Si un investisseur, ne relevant pas *ab inito* du champ d'application de l'accord, restructure les actifs qu'il détient de sorte à en relever, et ce, dans la perspective d'un différend prévisible, l'abus de droit pourra être caractérisé⁵⁷¹. Pour les arbitres, l'analyse de la prévisibilité suppose pour caractériser l'abus un seuil élevé exigeant un examen attentif des faits⁵⁷² afin de considérer que le différend — dans sa conception juridique⁵⁷³ — était raisonnablement prévisible et qu'il était déterminant dans la restructuration⁵⁷⁴. Le tribunal réduit ici la part de subjectivité du critère en exigeant que le différend soit raisonnablement prévisible.

260. L'AECG ne cite pas explicitement la clause anti contournement. Toutefois et au regard de la jurisprudence récente qui recourt à l'abus de droit face aux stratégies de contournement, nous pouvons supposer qu'en évoquant la « conduite équivalant à un abus de procédure »⁵⁷⁵ dans la délimitation du champ du mécanisme de règlement des différends, l'AECG permettra de sanctionner un ensemble vaste d'opérations révélatrices d'un abus de droit à l'instar des opérations menées par PHILIP MORRIS.

261. En dépit de la légalité *per se* des stratégies de prévision de nationalité⁵⁷⁶, l'UE approfondit les moyens à disposition des États avec la clause de déni des avantages.

Negro, Ltd., et Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. c. République bolivarienne du Venezuela (Mobili corporation c. Venezuela), aff. n° ARB/07/27, para. 204 ; CIRDI, 21 octobre 2005, décision sur la compétence, *Aguas del Tunari, S.A. c. République de Bolivie*, aff. n° ARB/02/3, par. 330.

⁵⁷⁰ Ici, les arbitres excluent de leur interprétation le critère de la bonne foi pour ne considérer que l'abus de procédure qui suppose, contrairement au premier, un examen objectif des faits.

⁵⁷¹ Le tribunal souligne par ailleurs que si la restructuration intervient après la naissance du différend, c'est la compétence *ratione temporis* qui sanctionnera le recours : CIRDI, 8 juillet 2016 sentence, *Philip Morris Brand Sàrl e. a c. Uruguay*, aff. N° ARB/10/7, para. 539.

⁵⁷² CIRDI, 8 juillet 2016, sentence, *Philip Morris Brand Sàrl e. a c. Uruguay*, aff. N° ARB/10/7, para. 550. V. avant : CIRDI, 21 février 2014, décision sur la compétence, *Lao Holdings N.V. c. République démocratique populaire lao*, aff. n° ARB(AF)/12/6, par. 70.

⁵⁷³ CIRDI, 8 juillet 2016, sentence, *Philip Morris Brand Sàrl e. a c. Uruguay*, aff. N° ARB/10/7, para. 566.

⁵⁷⁴ CIRDI, 8 juillet 2016, sentence, *Philip Morris Brand Sàrl e. a c. Uruguay*, aff. N° ARB/10/7, paras. 582-584. En dépit des considérations fiscales, le tribunal considère que le différend prévisible était l'objet principal, au sens de déterminant, dans la restructuration.

⁵⁷⁵ Art. 8,18, 3) AECG : « Il est entendu qu'un investisseur ne peut déposer une plainte en vertu de la présente section si l'investissement a été effectué à la suite de déclarations frauduleuses, de dissimulation, de corruption ou d'une conduite équivalant à un abus de procédure. »

⁵⁷⁶ SCHREUER C., « Nationality Planning », Fordham Conference, Londres, 27 avril 2012. Mise à jour le 12 octobre 2012, p. 18.

b. La Clause de déni des avantages

262. Si elle n'est pas nouvelle⁵⁷⁷, la clause de déni des avantages constitue un mécanisme qui s'impose dans la pratique conventionnelle récente⁵⁷⁸. Son premier intérêt est de permettre d'aller au-delà du voile corporatif afin d'identifier le contrôle de l'investissement par des ressortissants d'un État tiers⁵⁷⁹, contrairement au refus opposé par une partie de la jurisprudence⁵⁸⁰.

⁵⁷⁷ BEN HAMIDA W., « La clause relative à l'exclusion des avantages (Denial of benefits clause) », *Cahiers de l'arbitrage*, 2010, n° 4, pp. 1056-1069 ; NANTEUIL (de) A., « La clause de déni des avantages (denial of benefits) », *Cahiers de l'arbitrage*, 2012, n° 4, pp. 913-919 ; BURRIEZ D., « La clause de déni des avantages et l'accès à l'arbitrage en matière d'investissement », in NANTEUIL (de) A. (dir.), *L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale*, Pedone, 2015, pp. 61-90.

⁵⁷⁸ Elle est quasi systématiquement dans les AII récents, v. : Pacific agreement on closer economic relations plus, Nuku'Alofa, 14 juin 2017, art. 18.1; Agreement between Japan and the State of Israel for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment, Tokyo, 1er février 2017, art. 21; Model BIT of Azerbaïdjan, 15 avril 2016, art. 11; The Reciprocal Promotion and protection of Investments between the Argentine Republic and the State of Qatar, Doha, 6 novembre 2016, art. 9; Agreement between the Gouvernement of Canada and the Gouvernement of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China for the Promotion and Protection of Investments, 2016, art. 18; Agreement between Canada and Mongolia for the Promotion and Protection of Investments, Ulaanbaatar, 8 septembre 2016, art. 18; Agreement between the Gouvernement of the United Arab Emirates and the government of the United Mexican States on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, Dubai, 19 janvier 2016, art. 30; Investment Agreement between the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Chile, Lima, 18 novembre 2016, art. 19; Agreement between Japan and the Islamic Republic of Iran on Reciprocal Promotion and Protection of Investment, 5 février 2016, art. 12; Agreement between Japan and the Government of the Republic of Kenya for the Promotion and Protection of Investment, Nairobi, 28 août 2016, art. 23; Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Federal Republic of Nigeria and the Government of the Republic of Singapore, Singapore, 4 novembre 2016, art. 26; Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria, Abuja, 3 décembre 2016, art. 22; Agreement between the Gouvernement of the Republic of Rwanda and the Government of the Republic of Turkey concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, Istanbul, 3 novembre 2016, art. 11; BIT Model of India, décembre 2015, art. 35; SADC (Southern African Development Community) Model Bilateral Investment Treaty, juillet 2012, art. 26.

⁵⁷⁹ CAZALA J., « Quelques précisions, mais toujours pas de certitude sur la clause de déni des avantages du Traité sur la Charte de l'énergie », *Les Cahiers de l'arbitrage – Paris Journal of International Arbitration (CAPJIA)*, 2018, 4, p. 727, note sous CIRDI, 16 mai 2018, sentence, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Espagne*, aff. n°ARB/14/1 : La clause permet de « s'assurer qu'un investisseur ne puisse pas utiliser une société fantôme, une boîte aux lettres, une coquille vide ou de manière plus neutre un "special purpose vehicle" ou entités relais dans le but de bénéficier d'un traité de protection de son investissement réalisé sur le territoire d'un État avec lequel l'État de nationalité de la société constituée a conclu un accord d'investissement ».

⁵⁸⁰ L'affaire *Tokios Tokelés c. Ukraine* (CIRDI, aff. N° ARB/02/18) est sans doute la plus marquante dans cette tendance. Face au refus du tribunal, le professeur Weill émet une opinion dissidente pour dénoncer ce qui apparaît à juste titre être un contournement manifeste du mécanisme de règlement des différends investisseur États (RDIE/ISDS) dès lors que le refus permet à un ressortissant de l'État parti d'intenter un recours contre son État en via la constitution d'une entité à l'étranger. Ce refus a conduit à la démission du professeur Weil, alors président. V. CIRDI, 23 avril 2004, décision sur la compétence, *Tokios Tokelés c. Ukraine*, aff. n° ARB/02/18, WEIL P. Opinion dissidente du 29 avril 2004, pp. 11 et s.

263. L'exception de déni des avantages, considérés au côté d'autres clauses, se présente comme un filtre aux mains de l'État pour sanctionner en dernier recours l'effectivité de la qualité d'investisseur. La pratique arbitrale avait toutefois réduit sa portée en raison des ambiguïtés rédactionnelles.

264. C'est le cas de l'article 17 du Traité sur la Charte de l'énergie qui prévoit, deux conditions pour refuser les avantages. D'une part, l'État doit prouver que l'investisseur défie n'exerce pas d'« activité commerciale substantielle » sur le territoire de l'État dont il revendique le rattachement. Ensuite des individus d'un État tiers au Traité doivent avoir la propriété ou le contrôle de l'entité. En dehors de toute précision, la notion d'« activité commerciale substantielle » a été ici interprétée sous le seul angle de la matérialité de l'activité⁵⁸¹. C'est le cas des arbitres dans l'affaire *Masdar Solar* qui se sont contentés de l'existence d'une activité indépendamment de son poids ou de sa qualité⁵⁸², lecture critiquable à maints égards⁵⁸³. Pour le contrôle et la propriété, il faut s'en remettre à la conception extensive et incertaine privilégiée par la jurisprudence.

265. Le régime de la clause questionne également. Dans sa formulation, le déni est considéré comme une faculté de l'État et non une obligation⁵⁸⁴, ce qui achoppe le débat sur la date où l'État

⁵⁸¹ V. not. Arb. Instit. SCC, sentence, 26 mars 2008, *Limited Liability Company Amto c. Ukraine*, aff. n° 080/2005, para. 69: "The ECT does not contain a definition of "substantial", nor does the Final Act of the European Energy Charter Conference that would serve as guidance for interpretation. As stated above, the purpose of Article 17 (1) is to exclude from ECT protection investors which have adopted a nationality of convenience. Accordingly, "substantial" in this context means "of substance, and not merely of form". It does not mean "large", and the materiality not the magnitude of the business activity is the decisive question. In the present case, the Tribunal is satisfied that the Claimant has substantial business activity in Latvia, on the basis of its investment related activities conducted from premises in Latvia, and involving the employment of a small but permanent staff."[souligner par nous].

⁵⁸² CIRDI, 16 mai 2018, sentence, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Espagne*, aff. n° ARB/14/1, paras. 253-254. En reprenant les conclusions dans la sentence *Amto* (SCC, 26 mars 2008, sentence, *Limited Liability Company Amto c. Ukraine*, aff. n° 080/2005, para. 69), les arbitres se contentent d'affirmer que le défendeur a échoué à démontrer l'absence d'activité commerciale substantielle au sens de l'art. 17 du Traité EC.

⁵⁸³ En comparant les termes employés dans les versions allemande, italienne et espagnole (« *nennenswert* », « *rilevanti* », « *importante* »), l'auteur met en avant la contrariété de cette interprétation avec la Convention de Vienne sur le droit des Traités et son art. 33.4. Il précise en outre que l'art. 1113, 2) de l'ALENA conforte cette lecture en parlant d'« activité commerciale importante » et de « *substantial business activities* » : CAZALA J., « Quelques précisions, mais toujours pas de certitude sur la clause de déni des avantages du Traité sur la Charte de l'énergie », *op. cit.* p. 734. Nous ajouterons à ce titre que, dans sa nouvelle mouture, la version française de l'ALENA emploie désormais l'expression « activité commerciale substantielle » : art. 14,14, 1), b) ACEUM (signé le 30 novembre 2018, non encore en vigueur).

⁵⁸⁴ CAZALA J., « Quelques précisions, mais toujours pas de certitude sur la clause de déni des avantages du Traité sur la Charte de l'énergie », *op. cit.*, p. 731. L'auteur précise à juste titre que considérer la clause comme obligatoire lui ferait perdre toute pertinence et reviendrait intégrer ses deux conditions dans la définition de l'investisseur. On notera que de c'est le choix de certains nouveaux AII qui en se passant de la clause de déni intègre ses critères dans une définition

peut effectivement exercer son droit et les effets dans le temps d'un tel exercice. L'article 17, contrairement à certains instruments⁵⁸⁵, ne précise pas quand l'État peut notifier sa volonté de refuser les avantages. Certains tribunaux ont ainsi affirmé l'impossibilité d'activer la clause après la réalisation de l'investissement⁵⁸⁶. Ceci vide d'objet la clause qui tend à censurer les opérateurs souhaitant instrumentaliser une opération déjà réalisée et au demeurant la rend raisonnablement impraticable⁵⁸⁷. Préserver l'utilité de la clause et la faculté de l'État supposerait de pouvoir l'activer après l'acte introductif d'instance, sous réserve de limites raisonnables mises en avant dans l'affaire *Pac Rim Cayman*⁵⁸⁸. Cette interprétation ne dénature pas la clause et préserve les caractéristiques d'un droit discrétionnaire de l'État⁵⁸⁹. Toutefois, le tribunal dans l'affaire *Masdar Solar* exclut une

restrictive de l'investisseur. V. par ex. art. 2.1 du TBI Colombie/Émirats arabes unis, 12 novembre 2017) et qu'elles sont particulièrement intéressantes dans une démarche de lutte contre le *traty shopping*, elles aboutie.

⁵⁸⁵ Art. 20, 2) TBI Japon/Maroc, 8 janvier 2020 [pas encore en vigueur] : « Subject to prior notification and consultation, a Contracting Party may deny the benefits of this Agreement to an investor of the other Contracting Party that is an enterprise of the other Contracting Party and to investments its investments if the enterprise is owned or controlled by an investor of a non-Contracting Party the enterprise has no substantial business activities in the Territory of the Other Contracting Party ». La clause ne peut être active par l'État qu'après notification et consultation conformément aux dispositions du traité. D'autres accords plus anciens reproduisaient cette formule : Art. 10,12, 2 ALE Amérique centrale, République dominicaine et États-Unis d'Amérique ; Art. 1113, 2) ALENA. À propos de l'ALENA, notons que cette précision a disparu dans la nouvelle version avec l'art. 14.14 ACEUM.

⁵⁸⁶ CIRDI, 8 février 2005, décision sur la compétence, *Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, aff. n° ARB/03/24, paras. 160-161.

⁵⁸⁷ NANTEUIL (de) A., *Droit international de l'investissement*, Pedone, 2^e éd., 2017, p. 210. V. Également l'argumentaire de l'Espagne dans l'affaire *Masdar Solar* où le royaume explique que le refus des avantages n'a de sens que s'il est réclaté et qu'en pratique, elle n'a pu constater les manquements du requérant qu'au moment de la procédure contentieuse : CIRDI, 16 mai 2018, sentence, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Espagne*, aff. n° ARB/14/1, para. 232. En pratique, cela supposerait que l'État vérifie pour chaque investisseur arrivant le respect de la clause. Cela n'aurait aucun sens dans un contexte économique où s'opèrent régulièrement des remaniements, restructurations d'actifs et de gestion. V. les positions étatiques exprimées dans l'affaire CIRDI, 1^{er} juin 2012, décision sur la compétence, *Pac Rim Cayman LLC c. Salvador*, ARB/09/12, paras 4.52 et 4.56.

⁵⁸⁸ CIRDI, 1^{er} juin 2012, décision sur la compétence, *Pac Rim Cayman LLC c. Salvador*, aff. n° ARB/09/12, para 4,85 (se fondant sur l'art. 41, 1) du Règlement d'arbitrage du CIRDI : « aussitôt que possible... [et] au plus tard, avant l'expiration du délai fixé pour le dépôt du contre-mémoire... » Solution reconduite dans la sentence CPA, CNUDCI, 28 septembre 2010, sentence intérimaire, *Ulysseas Inc. C. Équateur*, paras. 172 (conformément à l'art. 1, 1) di TBI Équateur/États-Unis d'Amérique de 1993.

⁵⁸⁹ CPA, CNUDCI, 31 janvier 2014, sentence, *Guaracachi America Inc. & Rurelec P.L.C. c. Bolivie*, aff. n° 2011-17, para. 376 (conformément aux TBI Bolivie/Royaume-Uni de 1998 et Bolivie/États-Unis d'Amérique de 1998) ; CIRDI, 8 février 2005, décision sur la compétence, *Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, aff. n° ARB/03/24, § 155 (conformément au Traité CE).

telle interprétation⁵⁹⁰ au nom de la prévisibilité par l'investisseur du cadre juridique d'investissement⁵⁹¹.

266. Ce risque de dénaturation de la clause est réduit par certains accords précisant exactement quand l'État doit invoquer le bénéfice de la clause. En outre, l'interprétation en faveur de l'investisseur est exclue par d'autres AII récents qui confortent la position de l'État en indiquant explicitement que ce dernier peut l'activer à tout moment⁵⁹².

267. À côté de cette problématique, un autre enjeu consiste à déterminer si, dans ces effets, la clause est ou non rétroactive. S'applique-t-elle uniquement aux différends à venir ou emporte-t-elle également des conséquences sur le différend soumis au tribunal ? La solution majoritaire, suivie dans l'affaire *Masdar Solar*⁵⁹³ réfute un effet rétroactif. Parallèlement à l'interprétation sur la date

⁵⁹⁰ CIRDI, 16 mai 2018, sentence, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Espagne*, aff. n° ARB/14/1, para. 235.

⁵⁹¹ CPA, CNUDCI, 25 juillet 2012, décision sur la compétence, *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. and Cauc Holding Company Ltd c. Mongolie*, para 426. À ce propos, Julien CAZALA explique justement le dévoiement de la prévisibilité dès lors que l'investisseur qui opère en connaissance du Traité CE n'est pas censé ignorer l'existence de la clause de déni des avantages et de la possibilité pour l'État de l'activité, cette connaissance suffit à caractériser à notre sens un « *a predictable legal framework for investments* ». V. CAZALA J., « Quelques précisions, mais toujours pas de certitude sur la clause de déni des avantages du Traité sur la Charte de l'énergie », *op. cit.* p. 738.

⁵⁹² C'est le cas de l'art.15 du TBI Brésil/Équateur du 25 septembre 2019 (pas encore en vigueur) qui au demeurant est remarquable dans l'effort de précisions des termes et dans les différentes hypothèses où l'État peut refuser les avantages : « *l. Una de las Partes Contratantes puede denegar los beneficios del presente Acuerdo si el inversionista no cumple con los requerimientos establecidos en el Artículo 4.1.*

2. Los beneficios podrán ser denegados en cualquier momento por el Estado Anfitrión de la inversión, incluso una vez que haya sido iniciado cualquier reclamo de conformidad con el mecanismo de solución de controversias previsto en este Acuerdo y siempre que se cumpla cualquiera de las siguientes condiciones:

(a) una empresa sea controlada directa o indirectamente por, o bajo un grado significativo de influencia de, personas naturales o jurídicas de un país no Parte y esa empresa no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio del Estado Anfitrión;

(b) una empresa sea controlada directa o indirectamente por, o bajo un grado significativo de influencia de, personas naturales o jurídicas de la Parte que deniega y esa empresa no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio de la otra Parte;

(c) se ha comprobado judicialmente o administrativamente de acuerdo al ordenamiento jurídico de las Partes que el inversionista ha incurrido en actos de corrupción respecto de la inversión efectuada. » ; dans le même sens v. art. 19 du TBI Hong-kong/États membres de l'ASEAN, 12 novembre 2017.

⁵⁹³ CIRDI, 16 mai 2018, sentence, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Espagne*, aff. n° ARB/14/1, para. 239 ; dans le même sens, v. not. CPA, CNUDCI, 30 novembre 2009, sentence intérimaire sur la compétence et la recevabilité, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Russie*, aff. n° AA-227, para. 458 ; CIRDI, sentence, 27 août 2008, *Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, ARB/03/24, paras. 161-162. Pour une position contraire, v. *Arb. Instit. SCC*, 26 mars 2008, sentence, *Limited Liability Company Amto c. Ukraine*, aff. n° 080/2005, para. 61 ; CIRDI, 1^{er} juin 2012, décision sur la compétence,

d'exercice du droit, il s'agit de protéger exclusivement l'investisseur dès lors qu'*in fine*, l'acte introductif d'instance annihile les effets de la clause à défaut de position exprimée antérieurement par l'État.

268. L'imprécision des textes, si elle peut générer des interprétations favorables aux États, permet également de soutenir, sur le fondement du même texte, des positions en faveur de l'investisseur⁵⁹⁴. Il semble que l'expérience et en particulier les interprétations données dans le cadre du Traité sur la Charte de l'Énergie n'ait pas guidé l'UE dans la négociation de ses récents AII.

269. Toutefois il faut noter quelques changements non des moindres. *A priori*, la clause est matériellement plus large pour l'État dès lors que le refus des avantages peut être opposé pour deux situations isolées à savoir le contrôle par un ressortissant d'État tiers et l'existence de sanctions à l'égard de l'État tiers⁵⁹⁵. L'État n'a, en outre, pas à prouver que l'entité n'exerce pas d'activité commerciale substantielle. L'origine de la détention ou du contrôle suffit. Ce qui est logique, car, si cette exigence — prévue dans la définition de l'investisseur — n'est pas remplie, l'entité ne sera pas qualifiée d'investisseuse. Mais en raison des incertitudes sur cette notion⁵⁹⁶, le fait qu'elle ne soit pas exigée ici constitue un avantage pour l'État.

270. Si l'on peut saluer l'ajout du *littera* b) qui élargit les solutions pour l'État, rien n'interdit que les arbitres exigent que le *littera* a) et b) soient lus cumulativement en l'absence de termes invitant de manière non équivoque au caractère alternatif. Par ailleurs, aucune précision n'est apportée sur aucun terme ou en ce qui concerne le régime de la clause. Les arbitres demeurent libres d'emprunter une voie ou une autre, même si à notre avis les interprétations retenues jusqu'à maintenant qui favorisent l'investisseur devraient être réfutées en considération des objectifs inhérents de l'accord et de l'objectif de cohérence affiché dans la promotion du régime européen d'investissement. Il est

Pac Rim Cayman LLC c. Salvador, aff. n° ARB/09/12, para 4.92 et CPA, CNUDCI, 28 septembre 2010, sentence intérimaire, *Ulysseas Inc. C. Équateur*, paras. 173.

⁵⁹⁴ BURRIEZ B., « La clause de déni des avantages et l'accès à l'arbitrage en matière d'investissement », *op. cit.* p. 84.

⁵⁹⁵ Art. 8.16 AECG : « Une Partie peut refuser d'accorder les avantages du présent chapitre à un investisseur de l'autre Partie qui est une entreprise de cette Partie et aux investissements de cet investisseur si :

a) d'une part, un investisseur d'un pays tiers détient ou contrôle l'entreprise ;

b) d'autre part, la Partie qui refuse d'accorder les avantages adopte ou maintient à l'égard du pays tiers une mesure qui :
i) concerne le maintien de la paix et de la sécurité internationales, et ii) interdit les transactions avec l'entreprise, ou serait enfreinte ou contournée si les avantages du présent chapitre étaient accordés à l'entreprise ou à ses investissements. »

⁵⁹⁶ Art. 8.1 AECG, v. *supra*.

à noter que seuls l'AECG et l'ALE UE Japon prévoient cette clause⁵⁹⁷. Elle est inexistante face à des partenaires où il existe une asymétrie dans les flux d'investissements tels que Singapour ou Viet Nam⁵⁹⁸.

271. Ces incursions timides et imparfaites de solutions élaborées à des fins de sanctions de la réalité et de l'effectivité de l'investissement et de l'investisseur contrastent avec l'affirmation innovante de la liberté d'investir de l'investisseur comme principe et objectif du droit de l'Union.

⁵⁹⁷ Art. 8.13 « denial of benefits » de l'Accord UE/Japon, qui reprend la formule de l'AECG et précise toutefois qu'il faut inclure les sanctions relatives aux droits de l'Homme.

⁵⁹⁸ À titre de comparaison, l'art. 9.14 l'Accord de partenariat trans pacifique (TPP/CPTPP) « *Denial of Benefits* » prévoit une clause de déni des avantages classique (origine de la possession et activité commerciale substantielle) en ajoutant le cas de l'existence de sanction à l'égard de l'État tiers.

SECTION 2. L’AFFIRMATION D’UNE LIBERTE D’INVESTIR FACTEUR D’EXTENSION DU CHAMP D’APPLICATION

272. La liberté d’investir constitue une question délicate en droit international. Dès lors qu’un consensus autour d’une conception juridique de l’investissement apparaissait impossible, il devenait logiquement difficile de s’entendre sur leur libéralisation des investissements, tant dans le principe que dans sa portée. Entendue strictement comme synonyme de libre admission de l’investissement, la liberté d’investir est un enjeu politique⁵⁹⁹ qui était majoritairement exclu des TBI⁶⁰⁰ en dépit des efforts engagés en ce sens⁶⁰¹.

273. S’inspirant du TFUE et du Marché intérieur, et d’autres accords de libre échange, les accords européens explicitent le principe de libre accès de l’investissement, et ce notamment par l’intégration de la phase de réinvestissement dans le champ des garanties. Cette extension du champ d’application temporelle n’est pas sans conséquence sur la conception traditionnelle des acteurs et du territoire de la matière⁶⁰².

274. L’étude de la conception dynamique et extensive du territoire (§3) et des acteurs (§2) du droit européen des investissements sera précédée de celle relative à l’affirmation d’une liberté d’investir au travers de l’extension des phases couvertes (§1).

§1. L’intégration de la phase de préinvestissement

275. L’admission des investissements étrangers⁶⁰³ concerne la question de savoir si, et dans quelle mesure un pays autorise les investisseurs étrangers à effectuer des investissements sur son

⁵⁹⁹ JUILARD P., « L’évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994, vol. 250, p. 27 et s.

⁶⁰⁰ SHIATA I., « Recent trends relating to entry of foreign direct investment », *ICSID rev.*, 1994, vol. 9, 1, p. 47.

⁶⁰¹ Art. II, 3) « Admission » Principes directeurs de la Banque mondiale pour le traitement de l’investissement étranger, 1992 in WORLD BANK, Legal framework for the treatment of foreign investment: Guidelines, 1992, vol. 2, p. 37, <http://documents.worldbank.org/>.

⁶⁰² Il a été vu que les modalités de définition et les conceptions retenues sur les notions d’investissement et d’investisseurs portent en eux les marques d’une volonté assumée de libéralisation de l’investissement. Ainsi, nous sommes amenés à penser que les incursions de mécanismes de contrôle de l’effectivité de l’investisseur et de la qualité d’investisseur constituent des contreparties à cette libéralisation.

⁶⁰³ Si les termes « admission », « établissement » ou « accès au marché » sont généralement employés comme synonyme dans la pratique du droit international, il existe des différences. L’admission concerne, *stricto sensu*, l’entrée de l’investisseur et son investissement. Elle supposera alors, en fonction de l’investissement et des activités visées, l’accès temporaire ou permanent au marché. L’accès temporaire au marché suffit dans certains cas pour conduire des activités de commerce de marchandises ou de services. À défaut, il s’agira de permettre par l’établissement une

territoire⁶⁰⁴. En vertu du droit international coutumier, les États jouissent d’une liberté absolue pour réglementer l’entrée des investisseurs, y compris les conditions et l’étendue de l’exercice de leurs activités⁶⁰⁵. La mondialisation a influencé les volontés de contrôle des États qui, à partir des années 2000’, ont eu tendance à réduire leur marge de manœuvre⁶⁰⁶. L’importance accordée par les investisseurs à l’accès au marché, en tant que facteur déterminant de la localisation de l’investissement, explique la volonté croissante des États de prendre des engagements internationaux en la matière. C’est dans cet esprit d’accroissement de la compétitivité des marchés nationaux que le TFUE a posé le principe de la libéralisation des activités d’investissements. Si la liberté d’investir est implicite en interne, la spécialisation des compétences externes de l’UE a été l’occasion d’approfondir la tendance générale en érigeant la liberté d’investir au rang de garantie explicite.

276. Après l’identification d’une liberté d’investir implicite en interne (A) nous démontrerons l’existence d’une liberté d’investir individuelle en externe (B).

A. La libéralisation des activités d’investissement entre les États membres et la libéralisation conséquente de l’investissement

277. En instituant un marché caractérisé par une intégration des facteurs de mobilités des activités économiques tout en préservant des compétences nationales sur des aspects essentiels liés

présence commerciale physique permanente. L’établissement traite alors de la manière dont l’activité des investisseurs se déroule pendant la durée de l’investissement ainsi que de la protection et du type de présence qui peut être autorisé. Pour plus de détails, v. GOMEZ-PALACIO I., MUCHLINSKI P., “Admission and Establishment”, *in* MUCHLINSKI P., ORTINO F., SCHREUER C. (dir.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* OUP, 2008, pp. 229–231. V. également, CNUCED, *Admission and Establishment*, Series on Issues in International Investment agreements, United Nations, 1999. Dans notre étude, nous considérons principalement l’accès au marché dans une conception large sans, forcément, retenir la distinction spécifique entre l’admission et l’établissement dès lors que l’enjeu *in fine* est la libéralisation de l’investissement.

⁶⁰⁴ PARRA A., ‘Principles Governing Foreign Investment, as Reflected in National Investment Codes’ *in* SHIHATA I.F.I (ed.), *Legal treatment of Foreign Investment: The World Bank Guidelines*, Kluwer academic publisher, 1993, p. 312.

⁶⁰⁵ SHIHATA I., ‘Recent trends relating to entry of foreign direct investment’, *ICSID Rev*, 1994, vol. 9, 1, p. 47. GOMEZ-PALACIO I., MUCHLINSKI P., ‘Admission and Establishment’, *op. cit.* pp. 240–242.

⁶⁰⁶ CNUCED, *World investment report 2005*, United Nations, 2005, p. 22. En 2004, 271 mesures ont été adoptées par 120 économies dont 87 % tendent à rendre plus favorables les conditions d’entrée et d’opérations des opérateurs étrangers. CNUCED, *WIR 2019*, CNUCED, 2020, p. 84 et s. En 2018, 55 économies ont introduit 112 mesures politiques affectant l’investissement étranger — une diminution de plus de 11 % par rapport de 2017. 31 de ces mesures concernaient de nouvelles restrictions ou réglementations relatives aux IDE, tandis que 65 portaient sur la libéralisation, la promotion et la facilitation des investissements. Les 16 autres étaient de nature neutre ou indéterminée. La proportion de mesures politiques plus restrictives ou plus réglementaires introduites est passée de 21 % en 2017 à 34 %, soit une augmentation de plus de 60 %. Ce ratio, qui est passé de 21 % à 34 % en 2017, représente une augmentation de plus de 60 %. Ce qui est le taux le plus élevé depuis 2003.

— à l’instar de la fiscalité⁶⁰⁷ — l’article 26 du TFUE⁶⁰⁸ procède *ipso facto* à une libéralisation indirecte, mais consciente de l’investissement étranger⁶⁰⁹.

278. Cette libéralisation est d’abord perceptible à travers de la libéralisation des mouvements de capitaux, principal support d’investissement⁶¹⁰. Si le droit primaire demeure la source principale au travers de l’article 63 TFUE, on observe que l’UE et ses États membres ont été extrêmement actifs dans ce domaine. Afin de promouvoir les investissements étrangers, ils se sont engagés dans un certain nombre d’instruments qui ont abouti à un cadre législatif particulièrement libéralisant. C’est le cas avec le Plan d’investissement pour l’Europe⁶¹¹ et l’Union des marchés de capitaux⁶¹².

279. La libéralisation de l’investissement s’opère également à travers l’établissement d’une société au moyen de la création et la gestion d’une entreprise principale ou dépendante dans l’État d’accueil. La réglementation de la liberté d’établissement vise à identifier et à supprimer progressivement les restrictions réglementaires nationales qui entravent l’accès au marché⁶¹³. Le TFUE, en posant à l’article 49 la liberté d’établissement des ressortissants et sociétés européennes, assure la libéralisation de l’investissement sous cet angle. La liberté d’établissement sans entraves

⁶⁰⁷Notamment sur la concurrence normative qui est *de facto* instaurée entre les Etats membres et qui pousse ainsi les investisseurs à rechercher l’ordre juridique nationale à même de maximiser les profits de l’investissement.

⁶⁰⁸ Art. 26, 2) TFUE : «Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités. »

⁶⁰⁹ Sur les rapports de nécessité entre d’une part, les libertés d’établissement et de capitaux et d’autre, la libéralisation, ou du moins la réalisation de l’investissement, v. JULLIARD P., «Freedom of establishment, freedom of capital movements, and freedom of investment », *ICSID rev. — FILJ*, 2000, vol. 15, 2, *passim*.

⁶¹⁰ HINDELANG S., *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: the scope of protection in EU Law*, op.cit.

⁶¹¹ COMMISSION EUROPEENNE, Communication COM(2014) 903 final du 26 novembre 2014, Un plan d’investissement pour l’Europe ; Parlement européen, Conseil de l’UE, Proposition de règlement COM(2015) 10 final du 14 janvier 2015 sur le Fonds européen pour les investissements stratégiques et modifiant les règlements (UE) n° 1291/2013 et (UE) n° 1316/2013.

⁶¹² COMMISSION EUROPEENNE, Communication COM/2015/0468 final du 30 septembre 2015, Un plan d’action pour la mise en place d’une union des marchés des capitaux.

⁶¹³ On pense notamment aux limitations de la participation étrangère au capital, aux restrictions quantitatives, aux autorisations administratives aux les restrictions sur la forme juridique de l’établissement : v. CNUCED, *Admission and Establishment*, 1999, pp. 1-4. En particulier, la portée de la réglementation de l’établissement va des dispositions relatives à la transparence, qui obligent l’État d’accueil à se contenter d’un régime transparent pour les investissements étrangers, permettant ainsi aux investisseurs de connaître les lois nationales pertinentes, aux dispositions offrant aux investisseurs étrangers un accès complet et effectif au marché par exemple avec des clauses de la NPF et de TN. V. SALACUSE J., ‘Towards a Global Treaty on Foreign Investment: the Search for a Grand Bargain’ in HORN N. dir), *Arbitrating foreign Investment Disputes, Procedural and substantive legal aspects*, Kluwer Law International, 2004, p. 73; SHAN W., *The legal framework of EU-China investment relations*, Hart Publishing, 2005, pp. 116–117. V. *infra*.

et non discriminatoire est par ailleurs accentuée par l'existence d'un principe de reconnaissance mutuelle qui facilite dès lors la circulation et l'établissement des investissements. Outils de transparence, la reconnaissance mutuelle facilite l'accès au marché et plus particulièrement l'admission et l'établissement en procédant à une assimilation nationale à l'instar par exemple de la clause de traitement national.

280. L'interprétation dynamique opérée par la Cour de justice des libertés de circulation aboutie a posé les jalons d'une prise en charge individuelle de la liberté d'investir. Tel fut le cas avec le recours à la notion d'entrave aux libertés fondamentales. La plasticité de la notion telle qu'employée par la Cour de justice⁶¹⁴ permet en effet d'embrasser et de sanctionner des situations diverses. Qu'elle soit directe, ou indirecte, potentielle ou actuelle⁶¹⁵, discriminante ou neutre⁶¹⁶, l'action de la Cour a eu pour objectif d'endiguer toute forme de barrières nationales⁶¹⁷ ou de disparités de législations rendant moins attractif ou gênant⁶¹⁸ dans une certaine mesure les échanges intraeuropéens. Ainsi largement considéré et dès lors qu'elle peut se réaliser en dehors de toute discrimination, il est possible d'admettre que l'accès au marché constitue le critère essentiel de l'entrave et du marché intérieur⁶¹⁹. Les manifestations les plus explicites en matière d'investissement

⁶¹⁴ Afin d'entrevoir l'étendu de cette plasticité et les contours de l'entrave en du marché intérieur, v. not. AZOULAI L., *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant, 2011, 274 p. et spéc. la contribution AZOULAI, L., « La formule de l'entrave » pp. 1-21.

⁶¹⁵ CJCE, 13 juillet 1966, *Consten et Grundig c. Commission de la CEE*, aff. jointes C-56 et 58/65 « il importe notamment de savoir si l'accord est susceptible de mettre en cause, soit de manière directe ou indirecte, soit actuellement ou potentiellement, la liberté du commerce entre États membres dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre États » ; la formule sera reconduite avec, nettement, plus de conviction dans le célèbre arrêt CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. C-8/74, pt. 5.

⁶¹⁶ Partant de sa jurisprudence sur les mesures d'effets équivalents à des restrictions quantitatives (CJCE, 20 février 1979. - *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, aff. C-120/78), la Cour de Justice a sanctionné dans d'autres domaines les entraves non formellement discriminatoires. V. en ce sens par exemple en matière d'établissement CJCE, 30 novembre 1995, R. *Gebhard*, aff. C-55/94 ; CJCE, 5 octobre 2004, *Caixa Bank*, aff. C-442/02. Pour plus de détails, v. DUBOUT E., « Entrave et discrimination », in AZOULAI L., *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant, 2011, p. 137-168.

⁶¹⁷ CJCE, 13 juillet 1966, *Consten et Grundig c. Commission de la CEE*, aff. jointes C-56 et 58/65.

⁶¹⁸ CJCE, 20 février 1979. - *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, aff. 120/78, pt. 14 ; AUDIT M., « Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois », *JDI (Clunet)*, 2006. p. 1342 et s. CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97 ; CJUE, 25 octobre 2017, *Polbud*, aff. C-106/16.

⁶¹⁹ Ainsi entendu, l'entrave permet de considérer les libertés circulation et la libre concurrence comme participant à assurer effectivement l'accès au marché. IDOT L., « Entrave et restriction de concurrence » in AZOULAI L. (dir.) *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant, 2011, p. 169 et PRIETO C., « Entrave et accès au marché » *op. cit.*, p. 73-95 pour un aperçu de l'évolution de la notion d'entrave dans les arrêts *Dassonville* (CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. C-8/74), *Cassis de Dijon* (CJCE, 20 février 1979. *Cassis de Dijon*, aff. C-120/78) et *Keck et Mithouard* (CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jointes C-267/91 et C-268/91, not. pt. 17.) et l'extension de cette jurisprudence dans le cadre de la libre prestation de service (CJCE, 13 décembre 2007, *United Pan c. Belgique*, aff. C—250/06 ; CJCE, 31 janvier 2008, *Centro Europa 7*, aff. C-380/05, spec. pts. 88 et 95), liberté d'établissement (CJCE, 5 décembre 2006,

s'observent avec la prohibition des régimes nationaux d'autorisation préalable⁶²⁰ — licites en droit international — et la pratique des *golden shares*⁶²¹.

281. Cette interprétation des libertés de circulation et leurs effets directs achèvent l'idée de l'existence en droit de l'Union d'une liberté individuelle d'investir. La découverte d'un principe général de liberté irriguant le droit de l'UE participe à cette idée. S'il est peu invoqué en tant que tel dans la jurisprudence européenne⁶²², ses nombreuses récurrences⁶²³, en dehors des dispositions du marché intérieur, ont permis à la Cour de considérer que les libertés de circulation, en premier lieu la liberté d'établissement, constituent des « expression [s] spécifique [s] d'un principe général » de liberté⁶²⁴. Présent dans d'autres domaines, c'est plus spécifiquement dans le domaine économique que ce principe a su pleinement se déployer. Le droit fondamental d'exercice d'une activité économique⁶²⁵, appréhendée de manière autonome⁶²⁶ et érigée au rang de principe général

Cipolla, aff. C-94/04 ; CJCE, 17 juillet 2008, *Corporación Dermoestética*, aff. C-500/06) et de circulation des capitaux (CJCE, 19 mai 2009, *Apothekerkammer Saarlandes*, aff. C)171/07 et CJCE, 19 mai 2009, *Commission c. Italie*, aff. C-531/06).

⁶²⁰ CJCE, 14 mars 2000, *Église de scientologie*, aff. C-54/99, pts. 14 et s. « ... une disposition nationale qui subordonne un investissement direct étranger à une autorisation préalable constitue une restriction aux mouvements de capitaux... ». L'incompatibilité existe même en l'absence de sanction effective. V. égal. CJCE, 4 juin 2002, *Commission c. République portugaise*, aff. C-367/98 ; ; CJCE, 13 mai 2003, *Commission c. Espagne*, aff. C-463/00 ; CJCE, 13 mai 2003, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-98/01. Le principe de sécurité juridique et l'effectivité de la libre circulation suggèrent en outre aux yeux de la Cour des régimes ouvert et transparent. V. matière d'imposition des fonds d'investissement des non-résidents CJUE, 9 octobre 2014, *Rita Van Caster et Patrick Van Caster c. Finanzamt Essen-Süd*, aff. C-326/12 : MARON D., « L'imposition forfaitaire des fonds d'investissement non transparents est contraire à la libre circulation des capitaux », Journal d'actualité des droits européens, novembre 2014, disponible sur <https://revue-jade.eu/>.

⁶²¹ CJCE, 2 juin 2005, *Commission c. Italie*, aff. C—174/04 ; CJCE, 4 juin 2002, *Commission c. Belgique*, aff. C—503/99 ; CJCE, 4 juin 2002, *Commission c. France (Elf Aquitaine)*, aff. C—483/98.

⁶²² Pour un contre-exemple, v. CJCE, 30 avril 1996, *P. c. S.*, aff. C—13/94.

⁶²³ v. notamment art. 2 TUE où la liberté est visée dans les valeurs de l'action de l'UE. Le chapitre II de la Charte des droits fondamentaux est d'ailleurs significativement intitulé « Libertés ». Dans le prolongement du Traité CE, le Traité FUE y consacre de multiples dispositions (art. 28 à 37 et 45 à 66).

⁶²⁴ CJCE, 12 juillet. 1984, *Ordre des avocats au barreau de Paris c. Klopp*, aff. 107/83. Les libertés de circulations « constituent des [libertés] fondamentales dans le système de la Communauté » (CJCE, 31 mars 1993, *Kraus*, aff. C—19/92, Rec. I. 1663). Elles « servent à atteindre un des objectifs essentiels de la Communauté, notamment celui de la réalisation du marché intérieur » (Trib. UE, 2 mars 2010, *Arcelor SA c. Parlement et Conseil*, aff. T-16/04, non encore publié).

⁶²⁵ CJCE, 27 septembre 1979, *Eridiana*, aff. 230/78, pts. 20-22. En parallèle, v. TPICE, 3 février 2005, *Chiquita Brands e. a c. Commission*, aff. T-19/01, pts. 220-221

⁶²⁶ cf., avant, avec le droit de propriété, Répertoire D. n° 68 ex. autonomisation TPICE, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health c. Conseil*, aff. T-13/99

du droit de l'Union⁶²⁷ en est une manifestation tout comme la liberté d'entreprise⁶²⁸. Indépendamment des expressions retenues, cette dernière procède de l'existence d'une liberté générale d'agir qui, indépendamment des quatre libertés de circulation, permet de se saisir de diverses situations touchant tant l'accès que les conditions de concurrence sur le marché⁶²⁹. L'inscription, dans la Charte des droits fondamentaux, dont la valeur juridique et l'effectivité sont garanties doit, au demeurant, être perçue comme la codification et la confirmation d'un principe de liberté économique qui inclut *de facto* la liberté d'investir.

282. Dans son action extérieure, l'UE reconduit cette démarche de libéralisation des activités d'investissement et approfondit de manière plus explicite la liberté d'investir.

B. L'approfondissement de la liberté d'investir dans les accords externes de l'Union

283. En dépit des critiques et de la volonté de contrôle étatique, la croyance que l'investissement constituerait un facteur de développement de l'État d'accueil demeure intacte. Au-delà de politiques incitatives de promotion qui sont encouragées⁶³⁰, il est possible de noter l'accroissement d'instruments consacrant explicitement l'admission de l'investissement étranger sous des formules diverses.

284. « Leader du marché [qui] profite de son ouverture au reste du monde, y compris dans le domaine des investissements »⁶³¹, l'UE approfondie cette tendance, qui n'est toutefois pas nouvelle en externe. En l'absence de compétence exclusive expresse dans les traités originels⁶³² et conformément à l'avis 2/92⁶³³ l'action européenne s'est matérialisée dans le domaine de

⁶²⁷ V. Entre autres, CJCE, 10 janvier 1992, *Kühn* aff., C-177/90, pt. 16 ; CJCE, arrêt, 5 octobre 1994, *Bananes I*, aff. C-280/93, pt. 78 ; CJCE, 17 juillet 1997, *SAM Schiffahrt et Stapf c. Bundesrepublik Deutschland* aff. jointe C-248 et 249/95, pt. 72.

⁶²⁸ CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest c. Hauptzollamt Itzehoe et Hauptzollamt Paderborn*, aff. jointes C-143/88 et C-92/89, pts. 72-75 ; CJCE, 9 septembre 2004, *Espagne et Finlande c. Parlement et Conseil*, aff. jointes C-184 et C-223/02.

⁶²⁹ CJCE, 21 mai 1987, *Rau c. BALM*, aff. jointes C-133 à 136/85

⁶³⁰ CNUCED, *Dispositions relatives à la promotion de l'investissement dans les accords internationaux d'investissement*, Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement (coll.), Nations-Unies, 2008, 83 p.

⁶³¹ COMMISSION EUROPEENNE, Communication du 7 juillet 2010, « Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux, COM (2010) 343 final, p. 4

⁶³² WENHUA SHAN, 'Towards a Common European Community Policy on Investment Issues' (2001) 2 (3) *JWT* 603-625.

⁶³³ CJCE, Avis C-2/92, OCDE, Traitement national de l'investissement [1995] pt. 32.

l'investissement par un partage des compétences⁶³⁴. Les États, détenant une compétence exclusive, se sont focalisés dans les TBI sur la protection tandis que l'action de l'Union s'est limitée, dans le cadre d'ALE classique, à l'accès au marché. Le traité de Lisbonne a permis une prise en charge individuelle et explicite de la liberté d'investissement⁶³⁵ dans le cadre d'une nouvelle compétence.

285. Avant d'analyser cette individualisation de la liberté d'investir dans les ALE de nouvelle génération européens (2) un rappel de la prise en charge indirecte dans les anciens ALE s'impose (1).

1. La libéralisation des activités d'investissements dans les accords commerciaux européens

286. En externe, la libéralisation s'opère, avant Lisbonne, en suivant le modèle que celui décrit en interne. Le TFUE qui pose le principe d'une libéralisation *erga omnes* et sans condition de réciprocité des mouvements de capitaux⁶³⁶ entre États membres et États tiers⁶³⁷ est l'outil principal⁶³⁸. En outre, la plupart des ALE de l'UE comportent des dispositions libéralisant les mouvements de capitaux, apportant ainsi une valeur ajoutée aux dispositions du TFUE, même si des différences entre type d'accords et entre États existent, reflétant ainsi le niveau de libéralisation acceptable pour chaque État concerné⁶³⁹. Notons que le traité sur la charte de l'énergie, plus

⁶³⁴ WENHUA SHAN and SHENG ZHANG, 'The Treaty of Lisbon: Half Way Toward a Common Investment Policy' *op. cit.*, p. 1050.

⁶³⁵ GILLES-YEUM A., « La liberté d'investissement », in ROBERT-CUENDET S. (dir), *Droit des investissements internationaux - Perspectives croisées*, Bruylant, 2017, *passim* et spec. 40 et s.

⁶³⁶ V. supra pour le champ d'application de la libre circulation qui est entendu largement de sorte à couvrir un important panel d'investissement. V. En ce sens par exemple le résumé de la Commission qui indique que « l'investissement direct sous la forme de participation au capital d'une entreprise par détention d'actions ou l'acquisition de valeurs mobilières sur le marché des capitaux représentent des mouvements de capitaux aux fins de l'article 56 du traité » : COMMISSION, Communication 2005/C 293/02 du 25 novembre 2005, *Investissements intra-UE dans le secteur des services financiers*, p. 2. V. Également COMMISSION EUROPEENNE, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur l'examen à mi-parcours du plan d'action concernant l'union des marchés des capitaux, COM 2017, 292 final.

⁶³⁷ Même si l'UE a maintenu certaines restrictions et que d'autres peuvent être imposés dans des circonstances exceptionnelles prévues aux articles 64 à 66 du TFUE V. supra et Rafael Leal-Arcas, (JWIT de 2010)/ Sideek pp 231–232.

⁶³⁸ L'UE a libéralisé unilatéralement les mouvements de capitaux avec les pays tiers et a ouvert son territoire aux investisseurs de pays tiers, sans soumettre ce traitement préférentiel à la réciprocité⁶³⁸.

⁶³⁹ Certains accords reprennent *mutatis mutandis*, les dispositions du TFUE (arts. 40 à 45 Accord EEE, 2 mai 1992). Ce sont des accords anticipant un alignement sur les règles du marché intérieur. On peut ainsi citer l'accord d'association avec la Turquie (Accord d'Ankara) et les accords de stabilisation et d'association (ASA) avec les pays des Balkans (ex. Croatie [2001] JO L26/3) qui prévoit la suppression progressive de toutes les restrictions, en vue de leur future

important accord sectoriel sur les investissements conclus par l'UE et ses États, garantit le libre transfert des capitaux liés aux investissements sous réserve de limitations spécifiques⁶⁴⁰.

287. En ce qui concerne l'établissement, de nombreux accords ont permis de garantir dans une certaine mesure l'accès au marché européen des investisseurs de pays tiers et inversement. Dans les accords externes, multilatéraux ou bilatéraux, le degré de libéralisation et de garantie d'accès au marché par établissement varie selon les accords. Tout d'abord, la portée des dispositions pertinentes dépend de la définition du terme « établissement » qui n'est pas uniforme,⁶⁴¹ ce qui implique des différences entre les accords dans le degré de libéralisation de l'établissement.

288. Pour ce qui est accords multilatéraux, il faut noter tout d'abord le cas de la « Troisième décision révisée de l'OCDE » qui s'intéresse, en matière d'établissement, au « traitement national à accorder aux investissements sous contrôle étranger ». Contraignant, cet instrument⁶⁴² concerne les procédures de notification et d'examen des mesures relatives au traitement national⁶⁴³. Liant les

adhésion à l'UE. En outre, tous les accords euro-méditerranéens (ex. Égypte [2004] JO L345/115, Palestine [1997] JO L187/3, Maroc [2000] JO L70/2), les accords de partenariat et de coopération (ex. APC Arménie [1999] JO L239/1, Russie [1997] JO L327, Ukraine [1998] JO L49) ainsi que les accords d'association avec le Mexique, le Chili, la Corée, l'Afrique du Sud et les États du CARIFORUM (CONSEIL CONJOINT UE-MEXIQUE, 2001/153/CE : Décision n° 2/2001 du 27 février 2001 portant mise en œuvre des articles 6, 9, 12, paragraphe 2, point b), et 50 de l'accord de partenariat économique, de coordination politique et de coopération [2001], JO L 70, 12.3.2001, p. 7–50 (ci-après « accord sur les services UE-Mexique » de 2001) ; v. not. l'art. 32 [L'accord global Mexique-UE, signé le 8 décembre 1997 et en vigueur depuis le 1er octobre 2000 a été remplacé par un nouvel accord de principe signé le 21 avril 2018 et contenant un chapitre sur l'investissement ainsi qu'un autre sur les marchés publics] ; Accord établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République du Chili JO L352 ; Accord sur le commerce, le développement et la coopération entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République d'Afrique du Sud, d'autre part [1999] JO L311/2 ; Accord de partenariat économique entre les États du CARIFORUM, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part [2008] JO L289/3) contiennent des dispositions sur les mouvements de capitaux qui ne sont toutefois uniformes. Par exemple, l'accord avec le Maroc mentionne une libéralisation complète « le moment venu » (article 34), tandis que les accords avec Israël (article 31), le Mexique (article 28) et le Chili (article 165) prévoient une libéralisation complète, sous réserve de restrictions similaires à celles prévues par le TFUE. V. BEZBORODOV S., « *Freedom of Establishment in the EC Economic Partnership Agreements: in Search of its Direct Effect on Direct Taxation* », *op.cit.* n 187, pp. 692-3, 699-700 ; FARES S., « *Current Payments and Capital Movements in the Eu-Mediterranean Association Agreements* », n°186, pp. 24-6.

⁶⁴⁰ Art. 14 Traité CE.

⁶⁴¹ Le MPoI par exemple définit l'établissement comme « any type of business or professional establishment through (i) the constitution, acquisition or maintenance of a juridical person; or (ii) the creation or maintenance of a branch or representative office, within the territory of a Party for the purpose of performing an economic activity ». Cette définition couvre l'établissement primaire (constitution ou acquisition d'une personne morale), l'établissement secondaire (création d'une succursale), mais, contrairement au TFUE, elle ne s'étend pas à l'exercice d'activités en tant que travailleur(euse) indépendant(e). Cela est toutefois conforme à la pratique et à la notion d'investissement direct.

⁶⁴² OCDE, troisième décision révisée concernant le traitement national.

⁶⁴³ En décembre 1991, lorsque la « troisième décision » a été adoptée par le Conseil de l'OCDE, le représentant de la Commission a déclaré que la Communauté avait l'intention d'adhérer à la décision, sur la base juridique des articles 57 et 113 de l'ancien traité CE. V. WENHUA SHAN, *The Legal Framework of EU-China Investment Relations: A Critical Appraisal*, Hart Publishing, 2005, pp. 72–73.

États membres entre eux et envers les États tiers, la troisième décision, par les obligations de transparence qu'il pose, met en place un cadre minimum de libéralisation de l'établissement⁶⁴⁴. À ceci, s'ajoute en ce qui concerne les activités liées aux investissements le cadre libéralisant des accords de l'OMC. L'AGCS garantit de manières substantielles l'établissement des investissements dans le commerce de service⁶⁴⁵ en prohibant un certain nombre de limitations. Ces limitations comprennent les mesures qui affecteraient l'accès au marché des investissements étrangers⁶⁴⁶.

289. Emboitant le pas à cette libéralisation implicite et indirecte de l'investissement, d'autres accords ont affirmé une libéralisation explicite de l'investissement de manière explicite de sorte à poser les bases d'une politique européenne des investissements dont le fondement serait l'affirmation sans détour d'une liberté d'investir.

2. L'individualisation d'une liberté d'investir dans les accords d'investissement européens

290. La volonté de l'UE de libéraliser explicitement l'investissement avait déjà été formulée dans le projet mort-né d'Accord multilatéral sur l'investissement. Le de texte consolidé de l'AMI⁶⁴⁷ comprenait des dispositions sur l'accès au marché des investisseurs. Le préambule indiquait expressément l'objectif d'«établir pour l'investissement international un large cadre multilatéral comportant des normes élevées de libéralisation des régimes d'investissement» à côté des normes classiques de protection et de règlement des différends⁶⁴⁸. L'article III «Traitement des investisseurs et des investissements» étendait en ce sens les clauses de non-discrimination aux

⁶⁴⁴ La CJCE, dans son avis 2/92, a indiqué que la Communauté avait la compétence de participer à la troisième décision, mais qu'elle devait le faire conjointement avec les États membres, en ce qui concerne les questions couvertes par celle-ci qui font déjà l'objet d'une législation interne contenant des dispositions telles que le traitement à accorder aux entreprises sous contrôle étranger V. CJCE, avis 2/92 par. 33–35. V. égal. WENHUA SHAN, *The Legal Framework of EU-China Investment Relations: A Critical Appraisal*, *op. cit.* p. 73. Dans cet avis, la CJCE a également estimé que la section révisée sur le traitement national de la déclaration de 1976 sur l'investissement international et les entreprises multinationales, dont la troisième décision fait partie, ne traitait pas du droit des États membres de réglementer l'entrée des investissements étrangers CJCE, Avis C-2/92, OCDE, Traitement national de l'investissement [1995] pt. 22.

⁶⁴⁵ Effectivement, le quatrième mode de fourniture de services prévus à l'article I, paragraphe 2, de l'accord général sur le commerce des services — la «présence commerciale» est largement considérée comme se référant principalement aux conditions d'entrée de l'investissement en ce qui concerne, notamment, la présence d'une filiale ou d'une succursale.

⁶⁴⁶ GOMEZ-PALACIO I., MUCHLINSKI P., 'Admission and Establishment', *op. cit.* note 6, p. 246. Les dispositions sont complétées par un principe de non-discrimination. Dans la mesure où la CJCE avait indiqué que seule la fourniture transfrontalière relevait de la compétence exclusive de la CE à l'époque (v. Avis 1/94 OMC), un partage de compétence avec les États membres sur la fourniture de services via le mode «présence commerciale» et, par conséquent, d'accès au marché des investissements conformément à ce mode s'imposait.

⁶⁴⁷ Aux négociations duquel la CE et les États membres ont participé.

⁶⁴⁸ OCDE, L'accord multilatéral sur l'investissement (projet de texte consolidé) DAF/MAI (98) 7/REV1, 22 avril 1998.

opérations de préinvestissement⁶⁴⁹. Toutefois, le régime ultra libéral mis en œuvre pour cette libéralisation a eu raison de l'AMI,⁶⁵⁰ mais l'UE s'attachera à poursuivre ce projet dans un autre cadre en dépit de la résistance de certains États et de la société civile.

291. Le Traité sur la Charte de l'Énergie, TBI à dimension multilatéral⁶⁵¹, est le premier traité en vertu duquel la CE, accompagnée des États, a pris des engagements spécifiques en matière de protection des investissements⁶⁵². Les obligations de pré-établissement sont prévues dans des formulations de *soft-law*⁶⁵³ de poser les jalons d'une libéralisation progressive des règles d'établissement⁶⁵⁴.

292. Sur le plan bilatéral, de nombreux AII de l'UE contiennent des dispositions sur l'établissement⁶⁵⁵. Ils s'inspirent du TFUE, de l'AGCS ou d'une combinaison de ces instruments

⁶⁴⁹ Art. III, 1) : « Chaque partie contractante accorde aux investisseurs d'une autre partie contractante et à leurs investissements un traitement non moins favorable que le traitement qu'elle accorde [dans des circonstances similaires] à ses propres investisseurs et à leurs investissements en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, l'exploitation, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance et la vente ou toute autre aliénation d'investissements. » La disposition est reconduite à l'identique dans le paragraphe 2 pour le TNPF.

⁶⁵⁰ LALUMIERE C., LANDAU J-P, *Rapport sur l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI)*, Rapport intérimaire à la Cour des comptes française, septembre 1998, 34 p. ; JUILLARD P., « À propos du décès de l'A.M.I. », *AFDI*, 1998, vol. 44, pp. 595-612. DE BRIE C. « Comment l'AMI fut mis en pièces », *Le monde diplomatique*, 1998, décembre, p. 21.

⁶⁵¹ WENHUA SHAN, *The Legal Framework of EU-China Investment Relations: A Critical Appraisal*, op. cit.

⁶⁵² HOFFMEISTER F. et ÜNÜVAR G., « From bits and Pieces Towards European Investment Agreements » in BUNGENBERG M., REINISCH A. et TIETJE C. (dirs.), *EU and Investment Agreements: Open Questions and Remaining Challenges*, Nomos, 2013, p.57, 59.

⁶⁵³ Avec l'utilisation de termes tels qu'« encourage » ou « s'efforce » telles pour décrire les obligations du traité s'appliquant à la phase de pré-établissement Art. 10, 1), 2) et 3) Traité CE.

⁶⁵⁴ WÄLDE T., 'The Energy Charter Treaty' in REDGWELL C. (dir), *Energy Law in Europe*, Oxford, 2001, pp. 171 et s. [2d ed. 2007]; HAGHIGHI S., *Energy Security, The External Legal Relations of the European Union With Major Oil – and Gas – Supplying Countries*, Hart Publishing, 2007, pp. 198–203.. On a un temps fait valoir, sans succès, que les obligations de pré-établissement étaient en théorie couverte par les dispositions relatives au règlement des différends entre investisseurs et États : WÄLDE T.W., « International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty-Legal, Negotiating and Policy Implications for International Investors within Western and Commonwealth of Independent States/Eastern European Countries » (1995) 29 (5) *J.W.T.* 23. Il est proposé afin de garantir un traitement non discriminatoire également dans la phase de préétablissement : Secrétariat de la Charte de l'Energie, *The Energy Charter Treaty and Related Documents, A Legal Framework for International Energy Cooperation* (2004) 14 <www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf >. Toutefois, cette proposition n'a jamais aboutie : SHAN W., ZHANG S., « The treaty of Lisbon: half way toward a common investment policy », op. cit., *supra* note 51, p. 605.

⁶⁵⁵ On notera que bien que l'admission de l'investissement étranger n'ait généralement pas fait l'objet de l'attention des TBI entre État membre et pays tiers, certains États membres ont pris des engagements internationaux relatifs à l'établissement d'investissements étrangers. Par exemple, ces dispositions sont incluses dans les codes de l'OCDE sur les mouvements de capitaux et les opérations invisibles qui sont contraignants pour la majorité des États membres de l'UE. Les réformes de 1986 et 1992 des codes de l'OCDE ont ajouté l'établissement dans les services et d'autres secteurs comme autre domaine où le principe de non-discrimination s'applique, facilitant ainsi l'établissement des investisseurs des membres de l'OCDE sur le territoire d'un autre membre de l'OCDE et donc sur le territoire des États membres de l'UE.

comme modèles réglementaires, même si la libéralisation est variable et s'entend comme progressive. Au-delà des accords de coopérations qui, en tant qu'accord-cadre, n'expriment que la volonté politique en faveur d'une promotion et d'une libération progressive des investissements, d'autres sont plus significatifs. C'est le cas des accords de partenariat économique et notamment avec le CARIFORUM. Le titre II pose l'objectif de «libéralisation progressive réciproque et asymétrique» de l'investissement⁶⁵⁶. Il pose en outre des engagements d'accès au marché autour de la présence commerciale⁶⁵⁷.

293. Mais ce sont principalement les ALE, en raison de leur dimension matérielle et institutionnelle qui s'est imposée dans la libéralisation des investissements au travers des activités commerciales s'y rapportant. C'est le cas de l'ALE conclue avec le Mexique en 2000. Si la promotion est particulièrement mise en avant et détaillée⁶⁵⁸, l'accord invite les parties à prendre des engagements précis favorisant la libéralisation. Il leur rappelle en outre les «engagements internationaux en ce qui concerne les investissements» et leur libéralisation⁶⁵⁹. Une clause de révision invite également les parties à approfondir la libéralisation⁶⁶⁰. L'ALE UE/Chili de 2002 approfondit cette tendance. Il est le premier accord avec un pays non européen dans lequel est prévu un traitement national pré-établissement et post-établissement⁶⁶¹.

⁶⁵⁶ Art. 60.

⁶⁵⁷ *Ibid.*, art. 66, 67, 68 et annexe IV. On note également qu'une libéralisation étendue, à quelques exceptions près, est caractéristique des accords de stabilisation et d'association.

⁶⁵⁸ Art. 33 (décision du conseil) «Promotion des investissements entre les parties

La Communauté et ses États membres dans le cadre de leurs compétences respectives, et le Mexique s'efforcent de promouvoir un environnement attractif et stable pour des investissements réciproques. Il s'agira en particulier de :

a) mécanismes d'information, d'identification et de divulgation des législations et des opportunités en matière d'investissements ;

b) la mise en place d'un cadre légal favorable à l'investissement par les deux parties, notamment par la conclusion, s'il y a lieu, par les États membres de la Communauté et le Mexique d'accords bilatéraux pour promouvoir et protéger les investissements et prévenir la double imposition ;

c) la définition de procédures administratives uniformes et simplifiées ; et

d) la mise en place de mécanismes pour investissements conjoints, en particulier avec les petites et moyennes entreprises des deux parties. »

⁶⁵⁹ Art. 34 de l'accord. Notamment avec «les Codes de libéralisation de l'OCDE et l'Instrument du traitement national de l'OCDE »

⁶⁶⁰ Art. 35 «En vue de la libéralisation progressive des investissements, la Communauté et ses États membres, et le Mexique affirment leur engagement à revoir le cadre légal des investissements, le climat de l'investissement et les flux d'investissements entre leurs territoires en accord avec les engagements pris dans les accords internationaux en matière d'investissements au plus tard trois ans après la date d'entrée en vigueur de la présente décision. ». Les négociations en vue de la modernisation de l'accord sont en cours

⁶⁶¹ Article 132 de l'accord établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République du Chili, d'autre part, signé le 18 novembre 2002 (entrée en vigueur partielle le 1er février 2003). V. HOFFMEISTER F. et ÜNÜVAR G., «From bits and Pieces Towards European Investment Agreements », *op. cit.* p. 61.

294. Cette approche va être formalisée dans le mémorandum d'accord sur les investissements⁶⁶². La libéralisation va dès lors apparaître comme une caractéristique essentielle d'une de la politique d'investissement. Le mémorandum d'accord sur les investissements combinait des dispositions sur l'établissement dans le secteur des services ainsi que dans d'autres secteurs économiques⁶⁶³ afin de mieux garantir les intérêts de l'UE en tant que pôle de compétitivité⁶⁶⁴. Pour ce faire il indiquait que le chapitre sur l'établissement doit s'appuyer sur le TFUE et l'AGCS afin de construire la politique européenne. Conformément à l'article XVII de l'AGCS, le mémorandum indiquait ainsi que le traitement national pour les investisseurs s'étend du pré-établissement à la période post-établissement.

295. Avant l'adoption du *MPoI*, dans sa communication « Une Europe compétitive dans une économie mondialisée », la Commission appelait à un programme complet et ambitieux d'accords de libre-échange qui « visent à obtenir la plus large libéralisation possible des échanges, y compris dans le domaine des services et des investissements⁶⁶⁵. Elle indiquait notamment que ces ALE en

s'appuyant les règles de l'OMC et sur d'autres règles internationales [...] peuvent favoriser, s'ils sont utilisés avec précaution, une ouverture et une intégration plus rapides et plus larges, en abordant des questions qui ne sont pas encore mûres pour une discussion multilatérale et en préparant le terrain pour un niveau ultérieur de libéralisation multilatérale. De nombreuses questions essentielles, dont l'investissement [...] qui se trouve aujourd'hui en dehors du champ couvert par l'OMC, peuvent être abordées dans des ALE.⁶⁶⁶

296. L'ALE UE/Corée du Sud de 2010 qui intervient après le *MPoI* intègre les recommandations de la Commission en matière de libéralisation des investissements. Les dispositions relatives aux services et aux investissements sont fusionnées dans une approche unique

⁶⁶²Même si le *MPoI* n'était qu'un modèle de négociation qui n'a jamais été publié, il représentait la première approche formalisée et systématique de l'UE en matière d'élaboration de traités internationaux d'investissement. V. *supra* et SHAN W., ZHANG S., « *The treaty of Lisbon: half way toward a common investment policy* », *op. cit.*, p. 1051. V. également MAYDELL N., « The European Community's Minimum Platform of Investment or the Trojan Horse of Investment Competence » in REINISCH A. et KNAHR C. (dir.), *International Investment Law in Context*, Eleven International Publishing, 2007, p. 73-92.

⁶⁶³ Le texte du *MPoI* est disponible sur <www.iisd.org/pdf/itn_ecom>

⁶⁶⁴ SHAN W., ZHANG S., « *The treaty of Lisbon: half way toward a common investment policy* », *op. cit.*.

⁶⁶⁵ COMMISSION EUROPEENNE, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Une Europe compétitive dans une économie mondialisée : Une contribution à la stratégie européenne pour la croissance et l'emploi, SEC (2006), COM/2006/0567 final.

⁶⁶⁶ COMMISSION EUROPEENNE Communication, Europe competitive, *op. cit.* p. 10

et intégrée avec un traitement national applicable à l'établissement et une libéralisation progressive⁶⁶⁷.

297. Les récents instruments, qui abordent spécifiquement la question de l'investissement, s'insèrent dans cette trame. Toutefois, l'étendue de la libéralisation dans le cadre de l'accord UE/ Viet Nam et UE/ Singapour semblent être plus limitée que celle mise en œuvre dans le cadre de l'AECG qui marquent une percée en matière de libéralisation. Dans les deux premiers instruments, cette libéralisation est principalement fondée sur l'extension des clauses relatives de non-discrimination, à la phase de préinvestissement. En revanche, l'AECG prévoit une libéralisation étendue, en appliquant les clauses de non-discriminations à l'établissement, l'acquisition et l'expansion des investissements. S'il interdit, à l'instar d'autres, certaines mesures spécifiques qui restreignent l'accès au marché, l'AECG est bien plus explicite et exhaustif en la matière. Ainsi dans une section «établissement des investissements», l'article 8.4 «accès au marché» et 8,5 «prescriptions de résultat» détaillent sur trois pages l'ensemble des mesures prohibées. En l'occurrence, l'article 8.4 — qui se distingue au demeurant de la pratique canadienne — pose une clause spécifique d'accès au marché de sorte à être considéré comme établissant des engagements absolus en matière d'accès au marché avec un régime plus libéral. Le dernier Accord de libre-échange UE/Japon (Japan EU Free Trade Agreement – JEF TA), qui exclut la question de la protection des investissements, reproduit toutefois les garanties d'accès au marché de l'AECG de sorte à renforcer le caractère absolu des garanties d'admission de l'investissement.

298. Au demeurant, ces récents accords explicitent l'existence d'une véritable liberté individuelle d'investir qui tend à s'imposer comme la norme essentielle du « modèle » de l'UE. Cette approche implique des différences dans l'appréciation des acteurs de l'investissement.

§2. L'extension corollaire des acteurs de l'investissement

299. L'intégration de la phase de préinvestissement a des conséquences à titre principal sur l'identification des acteurs du droit des investissements si on considère les instruments traditionnels tels que les TBI. Tout, l'investisseur n'est plus seulement celui qui a opéré un investissement, mais également celui qui, par diverses opérations préparatoires, s'apprête à réaliser un investissement à

⁶⁶⁷ L'un des objectifs énoncés est d'« arrêter [r] [...] les dispositions nécessaires à la libéralisation progressive réciproque du commerce des services et de l'établissement des investissements » (art. 7,1, 1)) ». En ce qui concerne l'accès au marché, l'accord exige par exemple que le traitement national soit accordé aux « établissements et investisseurs » de l'autre partie. V. Art. 7.11. MATHIS J., LAURENZA E., « Services and Investment in the EU-South Korea Free Trade Area: Implications of a New Approach for GATS V Agreements and for Bilateral Investment Treaties », *JWTT*, 2012, 13, p.157.

l'étranger. Ensuite, au-delà de l'incertitude dans l'identification de cet investisseur en devenir, qui au demeurant rajoute à l'incertitude des TBI, il faut également ajouter que désormais, l'Etat d'origine, dans les contraintes qu'il est susceptible d'imposer à ce futur investisseur est un éventuel débiteur au côté de l'Etat d'accueil. Enfin les particularités institutionnelles de l'UE impliquent que le débiteur puisse être soit l'UE soit les Etats membres.

300. L'étude de l'investisseur futur (A) implique donc l'étude de la diversité des débiteurs (B).

A. L'admission de l'investissement et la notion d'investisseur futur

301. Si traditionnellement, dans les TBI des États membres notamment, le bénéficiaire des garanties est exclusivement l'investisseur ayant effectivement exécuté un investissement sur le territoire de l'État d'accueil, la libéralisation de l'investissement implique de considérer également celui qui cherche ou qui est en train d'effectuer un investissement. La protection de ce futur investisseur est assurément l'enjeu des libertés du TFUE qui garantissent à tout opérateur économique situé sur le marché intérieur la faculté de déployer des activités dans d'autres États membres⁶⁶⁸.

302. En outre, dès lors que la conception large de l'entrave permet de se saisir des mesures qui « dissuadent » d'exercer les libertés économiques et dès lors que la notion de situation purement interne⁶⁶⁹ a tendance à s'effriter, l'investisseur étranger, au-delà d'être un investisseur effectif ou même futur et certain, peut potentiellement être un investisseur éventuel. C'est bien le niveau de libéralisation de l'investissement qui implique ce dépassement, et les négociateurs européens ne s'y trompent pas lorsqu'ils précisent dans le cadre de l'AECG ou de l'accord UE/Japon — qui posent les garanties les plus poussées en la matière — que l'investisseur est celui « qui cherche à effectuer, effectue ou a effectué un investissement sur le territoire de l'autre Partie »⁶⁷⁰ ou encore celui « qui souhaite établir, est en train d'établir ou a établi une entreprise... sur le territoire de l'autre partie »⁶⁷¹. Le choix des termes en l'absence de précisions, notamment de seuil pour caractériser celui « qui cherche » ou « souhaite » est significatif.

303. Dès lors, on peut déduire de qui a été dit, que les États, y compris les Etats d'origine, ne devraient pas prendre des mesures susceptibles de dissuader ou d'entraver l'exercice (éventuel) de la liberté d'investir pour reprendre la formulation de la Cour de justice de l'Union européenne.

⁶⁶⁸ VADCAR C., « Un cadre communautaire pour l'investissement ? », *op. cit.*

⁶⁶⁹ Excluant par principe l'applicabilité du droit de l'UE.

⁶⁷⁰ Art. 8.1 CETA.

⁶⁷¹ Art. 8,2, h) JEFTA.

B. La multiplication des débiteurs de la liberté d'investisseur

304. Classiquement, le droit des investissements se limitait aux seuls rapports entre l'investisseur et l'État hôte. Le droit européen va plus loin. Non seulement l'État débiteur reçoit une conception extensive (1), mais dans certaines situations il peut s'agir de l'Union (2) ou exceptionnellement de personnes privées (3).

1. La conception extensive de l'État

305. Les libertés de circulation s'adressent en premier lieu aux États. Il en est de même dans les accords de l'Union et les TBI. Les juridictions saisies déterminent, au cas par cas si un comportement constitue une action d'un État. Même si la notion d'« État » diffère selon le contexte de droit de l'Union ou de droit international auquel l'acte se rapporte⁶⁷². Les juridictions — CJUE ou Tribunaux arbitraux — perçoivent toujours cette notion comme dichotomique : un comportement qui ne peut être attribué à l'État est privé et donc exclu du champ réglementaire⁶⁷³.

306. L'intégration européenne implique une conception dynamique de l'État dépassant nécessairement la dichotomie, parfois très française, entre droit public et droit privé. Il est indifférent que l'État agisse par biais de mesure de droit privé⁶⁷⁴. Le juge de l'Union censure ainsi tout « contournement » de la notion d'« État membre » par des comportements privés. Tout acte ressortant du droit privé, non seulement ceux avec lesquelles l'État exerce des fonctions publiques

⁶⁷² V. l'analyse d'Abdou Diop, qui constate qu'au-delà de la diversité des critères de l'État (organique, institutionnel, factuel) qui rendent compte d'une relative variabilité, il existe une certaine unicité dans sa conception en droit international et en droit européen stricto sensu. La notion d'État est un outil fonctionnel « au service des nécessités systémiques de l'ordre juridique international et européen ». L'État peut ainsi apparaître tantôt comme un outil d'intégration, tantôt comme un outil de protection de la souveraineté. Ce qui explique que l'État, tel un accordéon, peut s'étendre ou se rétracter sans pour autant se déformer. Pour une analyse détaillée de la conception de l'État en Droit européen et droit international, v. DIOP A.K. ; *La notion d'État en droit international et en droit européen : De l'impossible approche conceptuelle à la nécessaire approche fonctionnelle*, Thèse de doctorat, Droit, Université de Bordeaux, Université Laval, 2017.

⁶⁷³ Affaire C-188/89 (Opinion de AG Van Gerven) *A. Foster e. ac. British Gas plc*, para. 10.

⁶⁷⁴ La notion dans le contexte des libertés fondamentales ou du contentieux des investissements comprend, dans l'absolue, les trois branches « classiques » du pouvoir. La notion s'applique à toutes les subdivisions organisationnelles et territoriales : à l'État-nation lui-même, aux autorités régionales, aux organismes du secteur public ou semi-public et aux personnes privées exerçant des prérogatives de puissance publique.

telles que les emprunts sur le marché des capitaux à des fins budgétaires, mais aussi ceux qui comportent une activité économique à but lucratif, sont soumis aux libertés fondamentales⁶⁷⁵.

307. Une autre différence non négligeable avec le contentieux international est tirée de l'impératif d'effectivité de l'accès au marché. Ici, il suppose qu'un comportement d'entités privées autonomes organiquement et fonctionnellement de l'État puisse, sous certaines conditions⁶⁷⁶, lui être attribué. Un État membre a non seulement le devoir de s'abstenir de tout comportement restrictif, mais il a également l'obligation positive d'empêcher tout comportement privé restreignant la liberté d'investir. À cet égard, le raisonnement du juge luxembourgeois élaboré dans le cadre de la libre circulation des marchandises à propos de la *Guerre des fraises* s'applique *mutatis mutandis* aux autres libertés⁶⁷⁷.

308. Au-delà de l'État, l'Union européenne est également débiteur des garanties offertes à l'investisseur.

2. L'Union européenne, débiteur potentiel

309. Au-delà des États, les destinataires des obligations incluent en outre l'Union européenne. Dans le cadre des accords externes, c'est la nature mixte des accords qui suppose que les notions d'État parti, défendeur, ou encore État d'accueil soient duales⁶⁷⁸. Dans le cadre européen, l'État membre de l'UE ainsi que l'UE⁶⁷⁹ peut voir leur responsabilité engagée individuellement ou collectivement⁶⁸⁰.

⁶⁷⁵ Confirmé par la Cour en : Affaires jointes C-282/04 et C-283/04 (Avis de AG Maduro) Commissions contre Royaume des Pays-Bas (Re Golden Shares VI), points 20 et suivants.

⁶⁷⁶ CJCE, 9 décembre 1997, Commission des Communautés européennes contre République française aff. C-265/95, point 56.

⁶⁷⁷ HINDELANG S., *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: the scope of protection in EU Law*, *op.cit.* CJCE, 9 décembre 1997, Commission des Communautés européennes contre République française aff. C-265/95, point 32. Voir également CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, aff. C-112/00, point 59.

⁶⁷⁸ NEFRAMI E., Les accords mixtes de la Communauté européenne : aspects communautaires et internationaux, Bruylant, 2007, 711 p.

⁶⁷⁹ Art. 8.1 CETA : le « **défendeur** désigne soit le Canada, soit, dans le cas de l'Union européenne, l'État membre de l'Union européenne ou l'Union européenne conformément à l'article 8.21 ».

⁶⁸⁰ Art. 1,2, n) TBI UE/Viet Nam « "partie UE" : l'Union ou ses États membres, ou l'Union et ses États membres, dans leurs domaines respectifs de compétence tels qu'ils découlent du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ; ».

310. Cette dualité, induite par la participation de l'Union, se retrouve dans le contexte du marché intérieur en ce sens que l'Union et ses institutions sont destinataires des principales obligations. Si cette hypothèse est largement admise, elle peut être tirée, entre autres, des articles 64 § 2 et 66 du TFUE, qui accordent des pouvoirs aux institutions européennes pour certaines occasions spécifiques où elles peuvent restreindre les mouvements de capitaux. En tout état de cause, les institutions engagent éventuellement leur responsabilité en cas de restrictions⁶⁸¹.

311. En conséquence, le droit dérivé doit être conforme aux libertés fondamentales. Toutefois, la Cour s'est montrée très réticente à examiner strictement le droit dérivé dans le contexte des libertés fondamentales⁶⁸². Nonobstant, cette réserve, les actions de l'Union et de ses institutions relevant du droit privé doivent également être conforme aux différentes libertés.

312. Les personnes privées, dans certaines situations peuvent exceptionnellement être soumises au droit européen de sorte qu'il produirait au-delà d'un effet direct vertical, un effet direct horizontal.

3. Les personnes privées et la question de l'effet direct horizontal du droit européen

313. Si l'exclusion des personnes privées de la qualité de défendeur dans les AII conclus par l'UE ne soulève aucune difficulté particulière⁶⁸³, la question d'un éventuel effet direct horizontal du droit européen questionne davantage dans le contexte intra européen. Il s'agit là d'une controverse générale qui, prenant ses sources dans le droit de la concurrence, aboutit à se demander si les actions autonomes des personnes privées sont susceptibles d'être évaluées au regard du droit européen et en particulier au regard des libertés fondamentales.

314. Les réponses académiques fournies varient considérablement⁶⁸⁴. Il faut dire, à la décharge de la doctrine que la jurisprudence de la Cour n'est pas plus cohérente. Il semble que la CJCE fasse

⁶⁸¹ On peut également s'en tenir à l'art.263 TFUE qui précisent les recours ouverts devant la Cour de justice, pour plaider en faveur de la force contraignante des dispositions du traité à l'égard des institutions européennes. En ce sens, v. HINDELANG S., *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: the scope of protection in EU Law*, *op.cit.*

⁶⁸² La Communauté jouit d'une marge de manœuvre beaucoup plus grande que les États membres lorsqu'il s'agit d'harmoniser les législations nationales et d'établir une norme européenne. Cf. CJCE, 13 mai 1997, *République fédérale d'Allemagne contre Parlement européen et Conseil*, aff. C-233/94, paragraphes 16 et suivants (concernant la directive relative aux systèmes de garantie des dépôts).

⁶⁸³ Art. 3.1, e) ALEUES: "respondent" means either Singapore; or in the case of the EU Party, either the Union or the Member State of the Union as notified pursuant to Article 3.5 (Notice of Intent)'.

⁶⁸⁴ Certains commentateurs rejettent complètement ce concept d'effet direct horizontal ; d'autres veulent le limiter à des situations particulières tandis que certains épousent l'idée sans aucune réserve.

la différence entre les libertés orientées vers l'objet et celles orientées vers la personne et qu'elle soit plus disposée à accepter l'effet direct horizontal dans ce dernier cas⁶⁸⁵. C'est dans ce cadre qu'elle a admis l'effet direct horizontal vis-à-vis des « pouvoirs intermédiaires ». Il s'agirait ainsi de personnes privées qui, en raison de leurs pouvoirs réglementaires, agissent à la manière d'un État et sont donc placées entre les personnes privées « ordinaires » et l'État et peuvent de la sorte être soumises aux obligations fondamentales.

315. Cette notion de pouvoir intermédiaire est ainsi en mesure d'expliquer les fluctuations jurisprudentielles et plus particulièrement le fait que pour des libertés liées à l'objet, certains ont admis l'effet direct horizontal comme *ultima ratio* dans l'hypothèse où l'action autonome des parties semble être de type étatique dans un sens juridique ou factuel. Cette hypothèse se rencontre notamment — mais pas exclusivement — dans des situations relevant également du droit de la concurrence⁶⁸⁶. Il est ainsi soutenu que dans les cas où les acteurs privés restreignent unilatéralement l'autonomie d'autres acteurs privés sans que ces derniers aient la possibilité d'y échapper, l'application des libertés fondamentales à cette restriction de type étatique garantirait l'allocation optimale des ressources dans le marché intérieur⁶⁸⁷. C'est *in fine* encore le bon

⁶⁸⁵ Les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises seraient en faveur de l'effet direct horizontal : V. CJCE, 22 janvier 1981, *Dansk Supermarked A/S c. A/S Imerco*, aff. 58/80, pt. 17. À l'égard des mêmes dispositions, la Cour a été plus sceptique, en rappelant dans un premier temps le champ d'application respectif du droit de la concurrence et des libertés fondamentales pour ensuite dire que la libre circulation des marchandises ne vise que les mesures « publiques et non des comportements d'entreprises » : CJCE, 5 avril 1984, *Procédure pénale contre Jan van de Haar et Kaveka de Meern BV*, aff. jointes 177 et 178/82, pts. 11 et s. ; CJCE, 1 octobre 1987, *ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus c. ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, aff. C-311/85, pt. 30. La libre prestation des services a également été interprétée comme produisant des effets directs horizontaux dans la jurisprudence antérieure : CJCE, 12 décembre 1974, *B.N.O. Walrave et L.J.N. Koch c. Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie et Federación Española Ciclismo*, aff. C-36/74, pts. 20 et s. ; CJCE, 14 juillet 1976, *Gaetano Donà c. Mario Mantero*, aff. C-13/76, pts. 17 et s.. Cette jurisprudence, construite autour de la libre circulation des travailleurs et de la libre prestation des services à l'égard d'associations sportives a été significativement mise en lumière dans le cadre de l'arrêt *Bosman* : CJCE, 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL c. Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA c. Jean-Marc Bosman e. a et Union des associations européennes de football (UEFA) c. Jean-Marc Bosman*, aff. C-415/93, pts 82 et s. et 95 et s. ; V. encore CJCE, 6 juin 2000, *Roman Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, aff. C-281/98, pts 30 et s.

⁶⁸⁶ S'il est vrai qu'en principe et comme l'a affirmé la Cour, les règles européennes de concurrence sont conçues de sorte à éliminer les restrictions privées à la libre circulation, et que les libertés fondamentales visent principalement à restreindre l'action de l'État, l'existence de ces deux systèmes ne peut et n'a pas conduit en soi à la conclusion d'une exclusion mutuelle.

⁶⁸⁷ V. en ce sens HINDELANG S., *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: the scope of protection in EU Law*, op.cit. p. 112.

fonctionnement du marché intérieur qui soutient cette interprétation⁶⁸⁸. La reconnaissance de la possibilité pour les personnes privées d'être responsables, par leur comportement, d'atteintes aux dispositions du marché intérieur a été confirmée dans l'affaire *Roman Angonese*⁶⁸⁹.

316. Pour des investisseurs mis en concurrence sur un espace de libertés, l'effet direct horizontal, en multipliant le spectre des possibilités de recours, constitue littéralement un *ultima ratio regum* sans équivalent dans le contentieux des investissements.

§3. La conception dynamique du territoire européen de l'investissement

317. L'élément d'extranéité, qu'il soit rattaché à la définition, *lato sensu*, de l'investissement⁶⁹⁰, au champ d'application de l'instrument pertinent⁶⁹¹ ou aux deux⁶⁹², est un critère récurrent dans l'ensemble des AII⁶⁹³. L'extension du champ réglementaire ainsi que la particularité institutionnelle de l'Union induisent un renouvellement de la problématique. Ce renouvellement s'explique par une conception polymorphique du territoire européen (A) et à des situations où le critère de franchissement de la frontière se trouve dépassé (B).

⁶⁸⁸ En outre, l'application des libertés fondamentales à des situations aussi étroitement définies évite le risque de priver les règles de concurrence de leur champ d'application : CJCE, 10 janvier 1985, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc et autres c. SARL « Au blé vert » e. a.*, aff. C-229/83. Une telle interprétation n'est pas contraire à l'idée sous-jacente de l'article 106§1 du TFUE, qui traite des entreprises de droit privé : Art. 106§1 : « Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités... ». Alors que les actions de ces entreprises — même si elles sont régies par le droit privé — sont attribuées à l'État parce qu'elles sont soumises à l'influence de l'État, l'effet direct horizontal serait fondé sur la notion d'abus de position dominante d'un acteur privé du marché sur les autres acteurs du même genre. Dans l'article 106§1, l'exercice d'une telle position dominante par l'entreprise n'est pas une condition préalable. Par conséquent, la notion d'effet direct horizontal ne prive pas l'article 106§1 du TFUE de son champ d'application unique. V. HINDELANG S., *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: the scope of protection in EU Law*, *op.cit.*

⁶⁸⁹ La Cour de justice Cour précise qu'à l'instar des acteurs institutionnels, les personnes privées soumises aux libertés peuvent avoir recours à des motifs légitimes de justification CJCE, 6 juin 2000, *Roman Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, aff. C-281/98, pts 42 et s. Ces motifs légitimes ne peuvent ressortir des libertés de circulations, mais également de la Charte des droits fondamentaux ainsi que du principe général de liberté. Il s'agira alors de rechercher un équilibre dans l'exercice de ses droits au travers d'un contrôle de proportionnalité. V. en ce sens CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich c. Österreich Rundfunk*, aff. C-283/11.

⁶⁹⁰ Art. 1,1), a) TBI Argentine/États-Unis d'Amérique (1992)

⁶⁹¹ Art. 2 TBI Suisse/Tunisie, 16 octobre 2012 (e.v. 8 juillet 2014).

⁶⁹² Art. 1,1) et 10 TBI France/Iran, 12 mai 2003 (e.v. 12 novembre 2004), le critère est en outre rappelé dans la définition de l'investisseur (art. 1, 2) de l'accord).

⁶⁹³ NANTEUIL (de) A., *Droit international de l'investissement*, Pedone, 2017, p. 176. V. MUCHLINSKI P., ORTINO F., SCHREUER C., *The Oxford Handbook of International Investment Law*, *op. cit.*

A. Un territoire européen polymorphe

318. Toute norme de droit positive, de surcroît de source internationale, tend à appréhender des situations spatialement identifiées⁶⁹⁴. Cette matérialité territoriale⁶⁹⁵ est explicitement exigée dans les accords externes de l'UE qui visent le « territoire » de l'Union et de l'État tiers⁶⁹⁶. Sur l'identification de ce territoire, les accords s'en tiennent au principe de l'autodétermination tel qu'il est admis en droit international des traités⁶⁹⁷. La détermination du territoire de l'Union est une question complexe⁶⁹⁸.

319. Au-delà du caractère fonctionnel et polysémique de la notion de territoire, la complexité en droit de l'Union est accrue par un système de renvoi dans le droit primaire⁶⁹⁹. Conformément à un principe d'autonomie constitutionnel⁷⁰⁰, la détermination du territoire de l'UE doit s'opérer par référence « en première ligne »⁷⁰¹ aux dispositions de chaque État membre. Le TFUE opère diverses précisions permettant de s'adapter aux particularismes territoriaux des États. Au-delà de l'article 345 TFUE relatif aux statuts des régions ultras périphériques, l'article 355 TFUE opère des inclusions⁷⁰² ou exclusions⁷⁰³. La situation de Gibraltar, où seules la libre prestation de services et la libre circulation des personnes s'appliquent à l'exception des autres règles du marché intérieur⁷⁰⁴,

⁶⁹⁴ FALLON M., « Les frontières spatiales du droit privé européen selon le droit de l'Union européenne », in POILLOT E., RUEDA I. (dir.), *Les frontières du droit privé européen, The Boundaries of European Private Law*, Bruylant, 2012, p. 65

⁶⁹⁵ L'expression est employée par M. GROUX Jean qui identifie plusieurs niveaux de matérialité territoriale, directe, indirecte et partielle. V. en ce sens Groux J., « “Territorialité” et droit communautaire », *RTD eur.*, 5, 1987. 25.

⁶⁹⁶ V. par ex., Art. 1.3 « Champ d'application géographique » 8.2, 1) AECG ; art. 4.22 API UE/Viet Nam.

⁶⁹⁷ Art. 29 CVDT « À moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, un traité lie chacune des parties à l'égard de l'ensemble de son territoire ». V. par ex. CIJ, avis, 9 juillet 2004, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, CIJ Rec. 2004, p. 136

⁶⁹⁸ C'est ainsi qu'il faut comprendre le renvoi au TFUE et au TUE pour la détermination de ce territoire : Art. 4.22 TBI UE/Viet Nam.

⁶⁹⁹ De l'art. 52 TUE, il faut se référer à l'art. 355 puis 345 TFUE.

⁷⁰⁰ Aart. 4, 2) TUE qui oblige ainsi l'art. 52 TUE à renvoyer à la dénomination constitutionnelle de chaque État pour définir son champ d'application.

⁷⁰¹ CJCE, 10 octobre 1978, *H. Hansen jun. e. a.*, aff. C-148/77, pt. 9.

⁷⁰² L'art. 355 TFUE apporte ainsi une précision quant à la division de Chypre.

⁷⁰³ Sont ainsi exclues par ex. l'ensemble des PTOM liés au Royaume-Uni et non intégrés dans le régime d'association de l'art. 345. Sont également exclues entre autres les îles Féroé ou encore l'île de Man.

117. 29. Îles Féroé. — Il faut évoquer également l'exclusion des îles Féroé.

⁷⁰⁴ Conformément à l'art. 355, 3) TFUE et à l'acte d'adhésion du Royaume-Uni du 22 janvier 1977. Pour une mise en œuvre, v. CJCE, 21 juillet 2005, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-349/03 ; CJUE, 13 juin 2017, *The Gibraltar Betting and Gaming Association Ltd*, aff. C-591/15 ; CJUE, 23 janvier 2018, *Albert Bubagjar e.a. c. Minister for Justice impossible de trouver la ref.* De ces précisions, il faut comprendre que dans le cadre intra-européen seul les investissements opérés au travers de la libre prestation de services sont appréhendés par le droit de l'Union. Dans le cadre extra-européen, la question qui demeure est celle de savoir dans quelle mesure un investisseur étranger peut s'établir sur le territoire de Gibraltar en s'appuyant sur les dispositions de l'accord. Précisions, enfin, que le *Brexit* aura des conséquences sur ce territoire qui constitue un sujet de controverse entre l'Espagne et le Royaume-Uni.

est symptomatique. À la définition du champ d'application du droit primaire, le droit dérivé est susceptible d'apporter des précisions qui aboutissent à opérer une distinction entre le territoire institutionnel, général, et d'autres territoires fonctionnels⁷⁰⁵. Dans le cadre des AII de l'UE, le territoire doit être entendu strictement comme, renvoyant au seul territoire institutionnel, des articles 52 TUE et 345 et 355 TFUE⁷⁰⁶.

320. Pour ce qui est de sa consistance, le territoire européen correspond à l'ensemble des compétences territoriales des États membres telles que définies par le droit international public. Dès lors, le territoire européen, il est également variable au gré des événements politiques tels que les mutations territoriales internes ou les adhésions et retraits de l'UE.

321. À ce polymorphisme, il faut ajouter les hypothèses ou le critère du franchissement de la frontière est dépassé en tant que condition d'application du droit européen.

B. La conception extensive du critère de franchissement de la frontière

322. En tant que droit « matériellement explicitement territorial », le droit européen des investissements étrangers précise généralement l'élément territorial qui conditionne son application⁷⁰⁷. Le franchissement de la frontière reste bien évidemment le critère territorial principal en ce qu'il est exigé, à l'instar des autres régimes internationaux, que l'investissement soit effectué sur le territoire de l'autre État partie⁷⁰⁸. L'exigence est rappelée à plusieurs reprises dans l'ensemble des accords d'investissements de l'UE, il se retrouve en outre dans l'architecture des dispositions du marché intérieur⁷⁰⁹.

⁷⁰⁵ Par ex. le territoire douanier : CONSEIL, PARLEMENT EUROPEEN, Règlement du 9 octobre 2013 établissant le code des douanes de l'Union, 952/2013/UE, v. art. 4 du règlement. Ou encore le territoire fiscal : CONSEIL, Directive du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires (sixième directive TVA), 77/388. Art. 3.

⁷⁰⁶ D'ailleurs, l'AECG inclut le territoire douanier uniquement « en ce qui concerne dispositions relatives au traitement tarifaire des marchandises » : Art. 1,3, b) AECG.

⁷⁰⁷ V. en ce sens GROUX J, « Territorialité et droit communautaire », RTD eur., 1997, p. 25 ; LEBON L. « Territoire(s) de l'Union européenne » D. pt. 169 et s. ; LEBON L. *La territorialité et l'Union européenne*, Bruylant, 2015 ou renvoi à l'article de MARTI G Territoire(s) et Union européenne, *Civitas Europa*, 2015/2, n°35 ; p. 25 à 39.

⁷⁰⁸ NANTEUIL (de) A., Droit international de l'investissement, op. cit., p. 176.

⁷⁰⁹ Cf. art. 28 et 30 TFUE dont les formulations mettent en évidence le critère de la frontière en stipulant clairement que la libre circulation des marchandises interdit pour les produits « originaires des États membres » les droits de douane et taxes d'effet équivalent « entre les États membres » à « l'importation et à l'exportation ».

323. Toutefois, la dynamique libérale et l'introduction d'un critère de l'affectation de « l'accès au marché ⁷¹⁰ » infèrent en outre une « conception large » et « réaliste » ⁷¹¹ des restrictions, ou des entraves. Il ressort au demeurant qu'au-delà des entraves à l'entrée sur le marché, sont également prohibées les atteintes à la sortie des investisseurs futurs. C'est en ce sens que la libre circulation des capitaux proscrit les mesures qui empêchent ou dissuadent des résidents d'investir dans d'autres États membres ⁷¹². En matière d'établissement, ce principe reçoit une consécration dans le cadre des transferts frontaliers de siège. L'arrêt *Polbud* censure la législation prohibe le désétablissement quand bien même il apparaîtrait fictif ⁷¹³. En contraignant ainsi l'État d'origine de l'investissement, le droit européen dissout le critère traditionnel du franchissement de la frontière du droit international.

324. C'est encore une fois la libre circulation des marchandises qui constituent le laboratoire jurisprudentiel en la matière avec le recours à la notion de « frontière régionale » et l'atteinte à « l'unicité » du territoire européen ⁷¹⁴. Partant de là, si les « situations purement internes » sont en principes exclus du droit du marché intérieur — et du droit international au demeurant — il est des situations où le juge restreint la portée de cette exclusion dans une certaine mesure et à raison des effets sur le marché intérieur ⁷¹⁵. La Cour de justice a rappelé cette possibilité pour l'ensemble des libertés notamment dans l'affaire *Ullens de Schooten* ⁷¹⁶.

⁷¹⁰ En matière de capitaux, v. CJUE, 21 octobre 2010, *Idryma Typou*, aff. C-81/09, pt. 56 ; CJUE, 10 novembre 2011, *Commission c. Portugal*, aff. C-212/09, pt. 65.

⁷¹¹ PICOD F., Investissement et libre circulation des capitaux au sein de l'Union européenne, *RAE – LEA*, 2014, 4, p. 673.

⁷¹² C'est le cas lorsqu'une facilité fiscale est réservée aux opérateurs économiques d'un État dont les débiteurs d'un contrat financier résident dans le même État. Dans cette situation, les placements dans un autre État membre sont entravés : CJCE, 4 mars 2004, *Commission c. France*, aff. C-334/02, pt 54 à propos du prélèvement libératoire en matière de contrats financiers ou d'assurance. V. égal. Pour ce qui est des conditions de redressement contraignant pour les avoirs détenus dans un autre État membre, CJCE, 11 juin 2009, *X et Passembeim-van Schoot*, aff. Jointes C-155/08 et 157/08, pt. 39.

⁷¹³ CJUE, 25 octobre 2017, *Polbud*, aff. C-106/16. Voir également : CJCE, 27 septembre 1988, *Daily Mail*, aff. C.81/87 ; CJCE, 9 novembre 2002, *Überseering*, aff. C-208/00 ; CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01 ; CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06 ; CJUE, 12 juillet 2012, *V.ALE Épitési kft*, aff. C-378/10.

⁷¹⁴ CJCE 16 juillet 1992, *Administration des douanes et droits indirects c. Léopold Legros e. a*, aff. C-163/90, pts. 16 et s. V. aussi, CJCE 9 août 1994, *René Lancry SA e. a*, aff. jointes C-363/93, C-407/93, C-408/93, C-409/93, C-410/93 et C-411/93, Rec. 3957, pt. 27. En référence à l'octroi de mer, la CJUE a indiqué que la définition du marché intérieur comme « un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée [...] ne fait pas de distinction entre frontières interétatiques et intra-étatiques » : CJCE, 9 septembre 2004, *Carbonati Apuani Srl c. Comune di Carrara*, aff. C-72/03, not. pt. 23

⁷¹⁵ Pour Mme Lydia Lebon, c'est par exemple la référence à l'atteinte du commerce « entre États membres » qui permet de développer cette théorie des effets. V. en ce sens, Lebon L. « Territoire(s) de l'Union européenne », D. pts. 171 et s. ; LEBON L. *La territorialité et l'Union européenne*, op. cit.

⁷¹⁶ CJUE, 15 novembre 2016, *Ullens de Schooten*, aff. C-268/15, pts 47 et s. : « À cet égard, il y a lieu de rappeler que les dispositions du traité FUE en matière de liberté d'établissement, de libre prestation des services et de libre

325. Sur le plan extraeuropéen, le cadre procédural investisseur-Etat (étranger) impose des limites toutefois, rien n'exclut que la responsabilité de l'Etat d'origine puisse être soulevée dans le cadre interétatique dans l'hypothèse où par des mesures nationales, il dissuaderait l'accès au marché étranger à des investisseurs futurs.

326. Précisons que le droit européen n'apporte aucune solution précise à certaines opérations qui interrogent la territorialité de l'opération. Dans la plupart des cas soumis aux tribunaux arbitraux, il ne sera pas difficile d'établir un lien avec le territoire⁷¹⁷ de l'Etat hôte⁷¹⁸. Cependant, il est certains cas impliquant des instruments financiers ou des paiements où le lien territorial de l'investissement peut être contesté⁷¹⁹. Dans toutes les affaires où la territorialité de l'opération était contestée, par l'Etat défendeur, les tribunaux ont donné raison aux investisseurs⁷²⁰ en octroyant au

circulation des capitaux ne trouvent pas à s'appliquer à une situation dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul Etat membre (voir, en ce sens, arrêts du 20 mars 2014, *Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona*, C-139/12, EU:C:2014:174, point 42 et jurisprudence citée, ainsi que du 30 juin 2016, *Admiral Casinos & Entertainment*, C-464/15, EU:C:2016:500, point 21 ainsi que jurisprudence citée). [...] Certes, la Cour a considéré comme étant recevables des demandes de décision préjudicielle portant sur l'interprétation des dispositions des traités relatives aux libertés fondamentales bien que tous les éléments des litiges au principal fussent cantonnés à l'intérieur d'un seul Etat membre, au motif qu'il ne pouvait être exclu que des ressortissants établis dans d'autres Etats membres aient été ou soient intéressés à faire usage de ces libertés pour exercer des activités sur le territoire de l'Etat membre ayant édicté la réglementation nationale en cause et, partant, que cette réglementation, indistinctement applicable aux ressortissants nationaux et aux ressortissants d'autres Etats membres, soit susceptible de produire des effets qui ne sont pas cantonnés à cet Etat membre... ». V. Le commentaire de cette affaire : SIMON D., *Europe*, 2017. En matière d'établissement les affaires CJCE, 1er juin 2010, *Blanco Pérez et Chao Gómez*, aff. Jointes C-570 et 571/07, pt. 40 ; CJCE, 18 juillet 2013, *Citroën Belux*, aff. C-265/12, pt. 33 ; CJCE, 5 décembre 2013, *Venturini e.a.*, aff. jointes C-159 à 161/12, pts. 25-26.

⁷¹⁷ Dans le cadre de l'AECG, la notion de territoire est précisée dans une note de bas de page à l'art. 8.2 « Champ d'application » : « Il est entendu que les obligations prévues au présent chapitre s'appliquent aux zones économiques exclusives et aux plateaux continentaux au sens de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, faite à Montego Bay le 10 décembre 1982 : a) du Canada, tels qu'ils sont visés à l'article 1.3 a) (Champ d'application géographique) ; b) auxquels le traité sur l'Union européenne et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne sont applicables, tels qu'ils sont visés à l'article 1,3 b) (Champ d'application géographique). »

⁷¹⁸ KNAHR C, The Territorial Nexus between an investment and the host state, in BUNGENBERG M., GRIEBEL J., HOBE S. ea. (dirs.) *International investment law*, Nomos, 2015, pp. 590–597.

⁷¹⁹ CIRDI, 11 juillet 1997, décision sur la compétence, *Fedax N.V. c. Venezuela*, aff. n° ARB/96/3, para. 41.

⁷²⁰ Dans l'affaire *Inmaris c. Ukraine*, l'Etat défendeur a soutenu qu'un contrat d'affrètement conclu en droit anglais n'était pas conclu sur son territoire : CIRDI, 8 mars 2010, décision sur la compétence, *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH ea. c. Ukraine*, affaire CIRDI no ARB/08/8, paras. 133 et s. Une défense similaire a été soulevée dans l'affaire *Abaclat et ea. c. Argentine*. L'espèce concernait des obligations souveraines argentines émises en vertu du droit italien et comportant des clauses d'*electio fori* — en dehors de l'Argentine — et vendues sur les marchés internationaux par le biais de preneurs fermes et autres intermédiaires. CIRDI, 4 août 2011, Décision sur la compétence, *Abaclat ea. c. Argentine*, aff. n° ARB/07/5, paras. 372 et s. Dans les deux cas, les tribunaux n'ont pas suivi les arguments des défendeurs et se sont ralliés au raisonnement de la sentence *Fedax*. « While it is true that in some kinds of investments ... such as the acquisition of interests in immovable property, companies and the like, a transfer of funds or value will be made into the territory of the host country, this does not necessarily happen in a number of other types

critère de territorialité une dimension extensive. Sur ce point, la pratique arbitrale rejoint la jurisprudence de la Cour de justice.

of investments, particularly those of a financial nature. It is a standard feature of many international financial transactions that the funds involved are not physically transferred to the territory of the beneficiary, but put at its disposal elsewhere. [...] The important question is whether the funds made available are utilized by the beneficiary of the credit, [...] so as to finance its various governmental needs. » CIRDI, décision sur la compétence, 11 juillet 1997, *Fedax N.V. c. Venezuela*, aff. n° ARB/96/3, para. 41.

CONCLUSION DU CHAPITRE

327. L'étude du champ d'application *ratione personae* et *ratione loci* du droit européen des investissements révèle incontestablement la caractéristique libérale de la matière induite par un droit du marché intérieur qui innerve l'ensemble du système normatif européen. Dès lors, s'il apparaît tout aussi incontestable que le droit européen des investissements en construction n'évolue pas en vase clos et s'inspire des critiques et de la pratique internationale pour introduire des éléments d'encadrement et de reprise en main étatique dans la définition de l'investissement couvert, la portée de tels mécanismes est relativisée par l'ampleur des apports libéraux.

328. Il est impossible de ne pas noter dans la définition de l'investisseur étranger les incursions récurrentes de dispositions visant à assurer de l'effectivité de la qualité d'investisseur étranger. C'est ainsi qu'on peut noter par exemple, dans le rattachement d'un investisseur-personne morale à un État d'origine l'exigence d'une activité commerciale substantielle dans cet État. De même qu'est exigé un certain lien entre l'investisseur étranger et l'investissement étranger afin de sanctionner certaines opérations susceptibles de procéder de manœuvre de contournement ou plus généralement de *treaty shopping*. À ce propos, on soulignera en outre l'existence de clause anti-contournement dont l'objet est de donner la capacité à l'État de sanctionner la réalité et la légitimité d'un investisseur étranger.

329. Toutefois, la récurrence de ces mécanismes qui traduit, à l'instar des propositions de communitarisations des mécanismes de contrôle de l'admission des investissements, une contrepartie de l'approche libéralisante doit être immédiatement relativisée par l'absence de cohérence entre les différents accords. Si des divergences rédactionnelles s'observent, il faut également noter que tous les accords européens ne prévoient pas de manière uniforme les mêmes mécanismes correcteurs. Cette incohérence questionne alors la capacité des accords européens à opérer une véritable mutation dans le régime international de l'investissement et ce d'autant qu'à ces lacunes s'ajoutent de nombreuses imprécisions rédactionnelles susceptibles de générer des incertitudes dans l'interprétation des différentes clauses. En définitive, la marge de manœuvre des arbitres et des investisseurs face aux États persiste.

330. L'absence de rigueur dans la prévision de ces mécanismes correcteurs met en exergue le fait que si le droit européen des investissements prend acte de certaines interrogations, le principe fondamental et directeur de la réglementation européenne est la libéralisation de l'investissement. Elle s'observe en premier lieu dans l'intégration dans les accords externes de la phase de préinvestissement de manière à garantir aux opérateurs étrangers une liberté d'investir à l'instar de

la liberté d'investissement garantie par les dispositions du droit du marché intérieur. Cette libéralisation de principe est par ailleurs nourrie par une conception extensive du champ d'application *ratione loci* et plus précisément du critère de territorialité, mais également par une diversité de débiteurs — État membre/partie, institutions européennes et personnes privées — auxquels l'investisseur étranger est en mesure d'opposer sa liberté d'investir.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

331. À l'issue de l'étude du champ d'application du droit européen des investissements étrangers, il ressort de cela que le droit de l'Union tend, au travers de la définition de l'investissement couvert, à approfondir les solutions libérales perceptibles dans les Traités bilatéraux d'investissement.

332. Dans la définition matérielle de l'investissement, on observe, notamment dans le cadre externe, une volonté d'encadrement de la notion conformément à certaines solutions conventionnelles et jurisprudentielles. Cette volonté passe en l'occurrence par un souci du détail dans l'identification des opérations qualifiables d'investissement — à l'instar des accords nord-américains —, mais également par un rappel d'une solution arbitrale isolée avec le rappel des critères objectifs du *Test Salini*. Toutefois le choix d'une définition ouverte de l'investissement et les imprécisions sur l'appréciation des critères objectifs tendent à confirmer que la volonté demeure, à l'instar de la majorité des TBI, de proposer une définition susceptible de par sa flexibilité de s'adapter aux différentes techniques et opérations d'investissements. Cette approche résonne alors avec l'approche économique de l'investissement en interne. À l'instant d'autres instruments de libéralisation, tels que les accords de l'OMC, l'investissement est considéré sous l'angle des activités économiques libéralisées. De la sorte, et eu égard à la conception extensive du champ matériel du marché intérieur, le droit de l'UE est à même de réglementer un ensemble vaste d'opérations.

333. Cette conception extensive de l'investissement est confirmée par la définition du champ d'application territorial et personnel. En l'occurrence, si des solutions tendant à permettre un contrôle de l'effectivité de la qualité d'investisseur étranger sont reproduites, notamment dans une perspective de lutte contre la pratique du Treaty shopping, ces solutions sont relativisées par l'extension de la notion d'investisseur étranger. Cette extension se fait notamment au travers d'une intégration de la phase de préinvestissement de manière à couvrir les investisseurs futurs.

334. Cette libéralisation, si elle s'insère dans une certaine pratique internationale, constitue véritablement la marque du droit européen qui l'approfondit sur la base des réalisations du marché intérieur. Il est possible de se demander si de par cet approfondissement, l'UE ne contribue pas à l'effacement de la distinction entre accords de protection des investissements traditionnels et les accords de libéralisation des investissements que sont les accords de libre-échange qui avait été initié dans le projet avorté de l'AMI⁷²¹. Cet approfondissement s'observe également dans la mise

⁷²¹ Effectivement, il y a par là une sorte de volonté de l'UE de réintroduire ce qui n'avait pas pu être fait dans un cadre multilatéral (avec l'AMI et l'OMC), en raison de l'opposition des États. Cette démarche de l'UE s'est faite en

œuvre des garanties rattachées à la non-discrimination, qui dans une conception dynamique, contribue à rendre plus effective le régime de la libéralisation des investissements.

interne par le développement d'une jurisprudence, qui, au nom de l'effectivité de la libéralisation induit par le marché, a offert des garanties de protection de l'investissement. En externe, ce mouvement s'est fait progressivement dans ses ALE de sorte à arriver aux actuels Accords de nouvelle génération qui établissent au côté des garanties de protections, des engagements forts en matière de libéralisation.

PARTIE 2.

LE REGIME DE LA LIBERALISATION ET LES GARANTIES D'ADMISSION

Au regard de la définition des investissements proposée dans les instruments européens, il apparaît clairement qu'en dépit d'une volonté d'encadrement, la libéralisation dans l'identification des investissements admissibles constitue le principe fondamental de la réglementation européenne. Ce mouvement innerve inéluctablement la définition du régime de l'accès au marché⁷²² où deux phénomènes parallèles s'observent. Dans un premier temps, les instruments européens recourent à une lecture extensive d'outils traditionnels du droit commerce international ou du droit des investissements — *stricto sensu* — afin d'approfondir la libéralisation des investissements. Dans un second temps, le droit de l'UE met en place des mécanismes permettant à l'Etat de limiter la libéralisation de l'investissement. Toutefois, cette capacité de limitation apparaît précaire et subsidiaire au regard de l'objectif d'affirmation du principe de libre admission de l'investissement.

Dans les principaux instruments internationaux, la non-discrimination constitue un principe fondamental structurant l'ensemble des garanties conventionnelles. Sa plasticité et sa relativité en font le moyen indispensable d'examen de l'effectivité de l'accès au marché des opérateurs étrangers⁷²³. Dans le cadre de l'OMC, la non-discrimination, prise sous son double aspect, est alors considérée comme nécessaire pour garantir l'accès au marché et un commerce libre et loyal⁷²⁴. C'est donc naturellement que les instruments européens emploient une conception dynamique de la non-discrimination telle qu'elle est traditionnellement perçue (Chap. 1). Toutefois, la libéralisation effective des investissements suppose, pour sa pleine acception, l'affermissement de mécanisme assurant à l'État une maîtrise afin de préserver ses fonctions et ses intérêts essentiels face à l'ouverture de principe. Dans cette optique, l'UE, profitant d'un certain consensus, reprend les outils disponibles, employés dans d'autres instruments internationaux tout en innovant afin de faire coexister libéralisation de l'investissement et protection des capacités étatiques. Reste que la coexistence ne peut être qu'imparfaite dès lors que la réglementation des investissements s'insère dans des outils dont la nature est essentiellement économique (Chap. 2).

⁷²² *Lato sensu* comme incluant l'admission et l'établissement des investissements : GOMEZ-PALACIO I., MUCHLINSKI P., 'Admission and Establishment', *op. cit.* pp. 228–230.

⁷²³ La non-discrimination trouve ses sources et se déploie principalement en droit international, principalement dans le cadre d'instruments de libéralisation des échanges commerciaux : cf. Art. III et s. du Traité d'amitié et de commerce conclu entre le Roi-très chrétien de France et de Navarre et les Treize États-Unis de l'Amérique Septentrional, Paris, 6 février 1778, disponible sur <https://archive.org/>

⁷²⁴ DAVEY W.J., « Non-discrimination in the World Trade Organisation: the rules and exceptions », *RCADI*, 2012, vol. 354, pp. 183-440.

CHAPITRE 1. LA CONCEPTION DYNAMIQUE DE LA NON-DISCRIMINATION

335. Même s'il ne se manifeste pas, *stricto sensu*, de la même manière, le principe de non-discrimination occupe une place centrale dans l'ensemble des AII et *a fortiori* dans les instruments européens. Dans le cadre du droit intraeuropéen, le principe de non-discrimination, dans une démarche fonctionnaliste, est mis au service de l'objectif du marché intérieur dont l'effectivité suppose la pleine égalité dans les conditions d'admission aux marchés nationaux. La libéralisation et l'intégration des marchés nationaux en un marché intérieur phagocytaire impliquent en effet une prise en considération dialogique d'un principe d'égalité globalisant. Cette caractéristique explique que le principe de non-discrimination est à même d'appréhender une diversité d'atteintes, dont la racine discriminatoire tend à limiter le principe d'une pleine libéralisation des investissements étrangers. Dans le cadre extraeuropéen, la formulation du principe de non-discrimination dans les AII de l'UE emprunte les formes traditionnelles — ainsi des critères du traitement de la nation la plus favorisée, et du traitement national — usité dans l'ensemble, des AII. Toutefois, il semble que son insertion dans le cadre d'AII de nouvelles générations — alliant une pleine libéralisation et une protection effective des investissements — ainsi que la volonté d'encadrement des garanties substantielles qu'on observe ici et là impliquent une tentative de redéfinition de la portée du principe afin d'éviter un détournement des garanties et mécanismes conventionnels. Cette tentative révèle toutefois une certaine ambiguïté, inhérente à l'absence de cohérence dans la démarche — qui démontre in fine que le principe demeure la libéralisation de l'investissement.

336. Après avoir examiné le principe de non-discrimination en tant qu'outils de libéralisation des investissements étrangers en interne (Sect. 1), il s'agira de s'attarder sur la formulation traditionnelle de la non-discrimination et de voir qu'elle ne contredit pas le principe libéralisant du droit européen en externe (Sect. 2).

SECTION 1. UN PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION GLOBALISANT EN DROIT INTERNE

337. Si la non-discrimination est parfois entendue comme un principe autonome, il faut considérer, à l'instar de la Cour de justice, que le principe d'égalité de traitement et le principe de non-discrimination ne sont que «deux désignations d'un même principe général du droit communautaire, lequel interdit, d'une part, de traiter différemment des situations similaires et, d'autre part, de traiter de la même manière des situations différentes, sauf si des raisons objectives justifient un tel traitement»⁷²⁵. Le principe d'égalité et le principe de non-discrimination seront donc considérés comme des synonymes dans le cadre de cette analyse⁷²⁶.

338. Le principe d'égalité est probablement l'un des principes juridiques les plus complexes et les plus intrigants, non seulement en raison de l'attrait puissant et émotionnel qu'il exerce sur nombre d'entre nous, mais plus encore en raison de la grande variété de ses sources juridiques dans différents ordres juridiques, de ses nombreuses apparences et de la diversité des fonctions qui en résulte. D'une certaine manière, il est trompeur de parler du « principe » d'égalité : il s'agit d'un instrument juridique à multiples facettes qui sert un certain nombre d'objectifs dans des contextes réglementaires différents.

339. Il apparaît au demeurant que c'est bien le contexte réglementaire européen qui implique la récurrence et l'importance d'un principe d'égalité conçue en premier lieu comme un outil de libéralisation et d'intégration des marchés (§1). C'est en définitive le rôle octroyé à ce principe et son rapport à la libéralisation du marché qui suppose une interprétation dynamique (§2).

§1. L'immanence du principe de non-discrimination dans la construction du marché intérieur

340. Les nombreuses occurrences du principe d'égalité ou de non-discrimination dans les dispositions du droit européen confirment son statut de principe général du droit de l'Union européenne qui transcende toutes les matières du droit de l'UE. Toutefois, en raison du fonctionnalisme qui caractérise le développement de ce principe dans la jurisprudence de la Cour,

⁷²⁵ CJCE, 27 janvier 2005, *Europe Chemi-Con (Deutschland) GmbH c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C—422/02 P, pt. 33 ; v. également les pts 36 à 38 des conclusions présentées par l'Avocat général JACOBS F.G., le 29 avril 2004.

⁷²⁶ V. en ce sens MUIR E., 'Pursuing equality in the EU', in ARNULL A., CHALMERS D. (dir.), *The Oxford handbook of European law*, OUP, 2015, pp. 919–942; TRIDIMAS T., *General principles of EU law*, 2nd éd., 2007, OUP, p. 64.

sa portée exacte est difficile à déterminer. Effectivement, ce dernier reçoit une définition et une portée différentes en fonction des domaines dans lesquels il est déployé. Il importe alors d'éclaircir la portée de ce principe dans le cadre de la libéralisation du marché intérieur afin d'en percevoir les expressions en matière de libéralisation de l'investissement.

341. Au demeurant, si la nature de principe général du droit de l'UE du principe de non-discrimination n'est pas discutée (A) son sens et sa portée méritent d'être précisément définis dans le cadre spécifique du marché intérieur (B).

A. L'égalité en tant que principe général du droit de l'Union européenne

342. Le premier constat qui s'impose est l'existence d'une pléthore de références au principe dans le droit primaire. Ces références transcendent le simple rappel de l'égalité entre États membres d'une organisation internationale⁷²⁷ pour acquérir le statut de valeur de l'organisation en cause, valeur partagée par les États membres⁷²⁸.

343. En outre, le traité sur le fonctionnement de l'UE contient une disposition générale, l'article 10, qui précise que « dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union cherche à combattre toute discrimination... »⁷²⁹. Cette clause générale est par ailleurs complétée par de nombreuses dispositions spécifiques qui rappellent le principe en précisant certaines formes de discrimination. Sans qu'il soit nécessaire de revenir sur chaque disposition, on peut s'attarder, en raison de leur importance, sur l'article 18 du TFUE et son interdiction générale de « toute discrimination fondée sur la nationalité » qui a entretenu tous les développements jurisprudentiels relatifs à la citoyenneté européenne⁷³⁰ et sur l'article 19 du TFUE, qui habilite le

⁷²⁷ Art. 4 §2 TUE : « L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale [...] »

⁷²⁸ Art. 2 TUE : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes. »

⁷²⁹ « ... fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle »

⁷³⁰ Pour une discussion de la jurisprudence concernant cette disposition, voir EPINEY E., « The Scope of Article 12 EC: some remarks on the influence of European citizenship » *Eur. Law J.*, 2007, 13, pp. 611–622. L'art. 18 TFUE est en tête de la partie intitulée « Non-discrimination et citoyenneté de l'Union » dans lequel on retrouve notamment les arts. 20 à 24 TFUE qui participent au processus de garantie de l'effectivité du droit à l'égalité de traitement des personnes en tant que citoyens de l'Union. V. particulièrement, EVANS A.C., « Union citizenship and the constitutionalization of equality in EU law » in LA TORRE M. (dir.) *European citizenship: An institutional challenge. Kluwer Law International*, Kluwer Law International, 1998, pp. 267–292. Une étape importante de ce processus a été franchie avec l'affaire CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala c. Freistaat Bayern*, aff. C-85/96, pts. 60-65. Voir également

Conseil à prendre, bien que dans des conditions assez restrictives⁷³¹, « les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle »⁷³².

344. Le principe est ensuite décliné dans les divers secteurs relevant des compétences de l'Union, telles que la politique agricole⁷³³, les transports, la concurrence, et surtout, en matière d'élimination des inégalités⁷³⁴ qui est devenue un objectif à la fois global et transversal de l'UE par le biais de l'article 8 du TFUE. Ainsi il s'exprime fréquemment dans des domaines qui relèvent du marché intérieur. Bien évidemment, des références à l'interdiction des discriminations se retrouvent dans de nombreuses dispositions concernant, directement, le marché intérieur⁷³⁵.

345. Toutes ces dispositions démontrent non seulement que les traités fondateurs de l'UE sont essentiellement imprégnés de non-discrimination, mais aussi que le principe d'égalité a un certain nombre d'apparences et de fonctions différentes dans le droit de l'UE. Ces deux facteurs contribuent à expliquer la jurisprudence de longue date de la Cour de justice selon laquelle les règles

d'autres aff. précitées telles que CJCE, 20 septembre 2001, *Grzeleczyk*, aff. C-184/99 ; CJCE, 2 octobre 2003, *Garvia Avello c. État belge*, aff. C-148/02 ; et CJCE, 15 mars 2005, *The Queen, à la demande de Dany Bidar c. London Borough of Ealing et Secretary of State for Education and Skills (Bidar c. Ealing)*, aff. C-209/03.

⁷³¹ Le Conseil doit statuer à l'unanimité, son action doit être sans préjudice des autres dispositions des traités et, surtout, elle doit rester « dans les limites des compétences que ceux-ci confèrent à l'Union ».

⁷³² Entre-temps, le Conseil a adopté plusieurs directives, décisions et recommandations basées sur cet article, telles que la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JO L 303/16) ; la directive 2004/113 du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services (JO L 373/37) ; Décision 2000/750/CE du Conseil du 27 novembre 2000 établissant un programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination (2001-2006) (JO L 303/23) ; Décision 2001/51/CE du Conseil du 20 décembre 2000 établissant un programme concernant la stratégie communautaire en matière d'égalité entre les femmes et les hommes (2001-2005) (JO L 17/22) ; Recommandation du Conseil relative à des mesures efficaces d'intégration des Roms dans les États membres (JO 2013 C 378/01). En outre, en 2008, la Commission a proposé une directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, COM (2008) 426. Cette proposition est toujours bloquée au Conseil. Pour plus d'informations, voir ZACCARONI G. "Differentiating Equality? The Different Advancements in the Protected Grounds in the Case Law of the European Court of Justice". in : ROSSI L., CASOLARI F. (dir.) *The Principle of Equality in EU Law*. Springer, 2017, Cham, pp. 167-195.

⁷³³ Art. 40 § 2 al. 2 TFUE. V. TRIDIMAS T., *General principles of EU law*, op. cit., pp. 78-84 ; VANDENBERGHE J., 'The single common market organization regulation' in MCMAHON J., CARDWELL M. (dir.), *Research handbook on EU agriculture law*, 2015, Edward Elgar Publishing, pp. 62-85.

⁷³⁴ V. égal. art. 157 TFUE et BURRI S., PRECHAL S., *L'égalité des genres dans le droit de l'UE*, Commission européenne, 2014 (Mise à jour de 2013 du rapport commandé par la Commission en 2008).

⁷³⁵ Art. 36 ; 37, 1) ; 45, 2) (qui a servi de base au règlement (UE) n° 492/2011 : PARLEMENT, CONSEIL, règlement (UE) n° 492/2011, *relatif à la libre circulation des travailleurs au sein de l'Union*) ; 49 ; 57, 3) ; 61 ; 63, 1) ; 65, 3) ; 110 et 114, 6) du TFUE. Pour plus d'informations, v. WOUTERS J., 'Constitutional limits of differentiation: the principle of equality', in WITTE (de) B. e.a (dir.), *The many faces of differentiation in EU law*, Intersentia 2001, pp. 301-345.

de non-discrimination du traité ne constituent « qu'une énonciation spécifique du principe général d'égalité qui est l'un des principes fondamentaux du droit communautaire »⁷³⁶.

346. Fruit de l'expérience jurisprudentielle⁷³⁷, la consécration textuelle de l'existence de principes généraux du droit de l'UE (PGDUE)⁷³⁸ qui s'adressent tant aux États membres qu'aux institutions de l'Union est l'objet du TUE et des articles 6, paragraphe 1 — qui oblige l'UE à respecter la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Charte) — et 6, paragraphe 3, selon lequel « [l]es droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tel qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ». La Charte, non seulement fait référence à l'égalité comme l'une des « valeurs indivisibles et universelles » sur lesquelles l'Union est fondée⁷³⁹, mais confirme, également l'égalité de tous devant la loi⁷⁴⁰ et la non-discrimination pour divers motifs⁷⁴¹.

⁷³⁶ Voir CJCE, 19 octobre 1977, *Ruckdeschel c. Hauptzollamt Hamburg-St. Annenaffaires*, aff. jointes C-117/76 et 16/77, pt. 7 ; plus récemment, v. entre autres CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold c. Helm*, aff. C-144/04 ; CJCE, 27 octobre 2009, *Land Oberösterreich c. ČEZ as*, aff. C-115/08, pt. 91, dans laquelle la Cour a déclaré que « convient-il de reconnaître que le principe d'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité dans le domaine d'application du droit communautaire, bien que n'étant expressément énoncé qu'à l'article 12 CE, constitue un principe général ayant également vocation à s'appliquer dans le cadre du traité CEEA [traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique] ».

⁷³⁷ Motivé par le risque de déni de justice, le recours aux principes généraux est plus particulièrement induit par l'actuel art. 19 du TUE qui rappelle que la Cour de justice a pour mission de veiller au « respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités ». L'usage remonte à l'arrêt *Alegra* de la Cour de Justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA). CJCE, 12 juillet 1957, *Alegra e. a. c. Assemblée Commune de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, aff. jointes 7/56, 3/57 à 7/57, pt. 55. Ce dernier concernait un litige entre le Haut-Commissariat et un membre de son personnel. Le traité CECA lui-même ne prévoyait aucun moyen de résoudre ce litige. La Cour s'est donc appuyée sur les systèmes juridiques des six États membres de la CECA pour s'orienter. Jusqu'à présent, la Cour a reconnu comme principes généraux, entre autres, le droit à une procédure régulière, l'égalité de traitement, la non-discrimination fondée sur l'âge et le sexe, la proportionnalité, la confiance légitime, la sécurité juridique et la transparence. Parmi ces principes, les plus pertinents pour ce travail sont l'égalité de traitement, la non-discrimination fondée sur l'âge et le sexe et la proportionnalité.

⁷³⁸ Pour une étude détaillée des PGDUE, v. TRIDIMAS T., *The General Principles of EC Law*, *op. cit.*

⁷³⁹ Deuxième considérant du préambule de la Charte.

⁷⁴⁰ Art. 20 Charte.

⁷⁴¹ Art. 21 de la Charte. On peut noter que, bien que de nombreux motifs de discrimination énumérés dans cet article figurent également dans l'art. 19 du TFUE, il en existe de nouveaux et intéressants, tels que la couleur et les origines sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, les opinions politiques et toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la propriété et la naissance. L'art. 23 est consacré à l'égalité entre les hommes et les femmes dans tous les domaines. Le chapitre de la Charte consacré à l'égalité contient également trois autres dispositions qui, en elles-mêmes, ne mentionnent pas l'égalité, mais y sont liées : elles concernent les droits de l'enfant (art. 24), les droits des personnes âgées (art. 25) et l'intégration des personnes handicapées (art. 26).

347. La Cour a en outre précisé que les principes généraux du droit de l'UE avaient également une valeur constitutionnelle⁷⁴².

B. Le fonctionnalisme latent du principe de non-discrimination

348. Les multiples confirmations du principe d'égalité dans les dispositions du traité susmentionnées mettent en évidence les différentes fonctions de ce principe dans le droit européen. Pour évaluer l'impact du principe sur la libéralisation et le traitement des investissements étrangers, il faudra tenir compte de ces différentes fonctions.

349. Dans les domaines de la libre circulation et du marché intérieur, le TFUE utilise le principe en premier lieu comme une garantie minimale d'ouverture du marché et de concurrence non faussée. C'est ce que madame Gillian MORE décrit en mettant en évidence le rôle d'unificateur du marché du principe d'égalité — « *market-unifying role* »⁷⁴³, pendant que la professeure Gráinne de BURCA y perçoit le rôle « *instrumental* » aux fins de l'intégration du marché (« *market-integrating* »)⁷⁴⁴ et la clé de voûte de l'intégration pour le professeur Takis TRIDIMAS⁷⁴⁵.

350. La non-discrimination des produits, services, personnes, et au-delà, la non-discrimination des investissements provenant d'autres États membres est le premier axiome sur lequel reposent les dispositions du traité relatives à la libre circulation. C'est une condition *sine qua non* à la libéralisation des activités économiques et à l'intégration des marchés. Dans le même sens, le principe d'égalité sert de protection contre les distorsions de concurrence au sein du marché unique. En effet, une discrimination fondée sur l'origine des produits, la nationalité ou l'établissement de personnes comme d'entreprises entraîne clairement des distorsions de concurrence entre ces

⁷⁴² CJCE, 15 octobre 2009, *Audiolux SA e. a. c. Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) e. a et Bertelsmann AG e. a.*, aff. C-101/08. Les PGDUE ont un statut similaire, mais non supérieur aux dispositions des traités fondateurs : v. CJCE, 1^{er} avril 1964, *Marcello Sgarlata e. a c. Commission*, aff. C-40-64.

⁷⁴³ MORE G., 'The principle of equal treatment: from market unifier to fundamental right?' in CRAIG P., BURCA (de) G. (dir.), *The evolution of EU law*, OUP, 1999, pp. 517–552; v. égal. WADDINGTON L., 'The expanding role of the equality principle in European Union law', in *Policy Paper Series on Constitutional Reform in the EU 2003/04*, European University Institute, Robert Schuman Centre of Advanced Studies, 2003.

⁷⁴⁴ BURCA (de) G., 'The role of equality in European Community law', in DASHWOOD A., O'LEARY S. (dir.), *The principle of equal treatment in EC law*, Sweet & Maxwell, 1997, [pp. 13–34] et spec. pp. 23-27.

⁷⁴⁵ TRIDIMAS T., *General principles of EU law*, op. cit., p. 76.

produits, personnes et entreprises et leurs concurrents dans l'État d'accueil⁷⁴⁶ de sorte à nuire à l'effectivité de la libéralisation de l'investissement et à sa gestion quotidienne⁷⁴⁷.

351. Reprenant les propos de l'Avocat général JÁN MAZÁK pour qui « la Cour a véritablement ajouté de la substance au droit communautaire, qui, dans le cas contraire — en tant qu'ordre juridique fondé sur un traité-cadre —, ne serait resté qu'une simple ossature de règles ne constituant pas à proprement parler un "ordre" juridique »⁷⁴⁸, il nous apparaît que la non-discrimination a pour fonction de donner de la substance à l'ossature libérale prônée par les traités et les libertés de circulation.

352. Deuxièmement, le principe d'égalité fonctionne comme une limitation constitutionnelle à l'exercice des pouvoirs reconnus à l'ensemble des sujets et acteurs du droit européen des investissements. Il sert ainsi de norme de contrôle de la légalité et de défense de principe aux opérateurs économiques contre l'abus ou l'arbitraire éventuel résultant de la rédaction, mise en œuvre ou application du droit de l'Union⁷⁴⁹.

353. Troisièmement, dans le domaine socio-économique et socioculturel, le principe de non-discrimination transgresse le fonctionnalisme et acquiert le statut de droit fondamental. Ainsi, la Cour de justice a reconnu que le droit de ne pas être discriminé en raison du sexe est l'un des droits fondamentaux de l'homme dont elle a le devoir d'assurer le respect⁷⁵⁰. De même, la jurisprudence de la Cour sur le droit à la non-discrimination des étudiants⁷⁵¹ et, plus généralement, des

⁷⁴⁶ Voir en ce sens l'accent mis par la Cour sur le maintien de « conditions normales de concurrence » dans son interprétation de l'article 37 (ex article 31 CE) du TFUE : voir notamment l'affaire *Hansen* : CJCE, 13 mars 1979, *Hansen c. Hauptzollamt Flensburg*, aff. C-91/78, pt. 19 ; CJCE, 7 juin 1983, *Commission c. Italie*, aff. C-78/82, pt. 19 ; CJCE, 14 décembre 1995, *Banchero*, aff. C-387/93, pt. 27. V. également CRAIG P., BURCA (de) G., *EU law : text, cases, and materials*, OUP, 6ème ed., pp. 1078, 1154-1155.

⁷⁴⁷ Une fonction complémentaire à ce premier aspect peut être revendiquée par les États pour la défense de leurs intérêts spécifiques.

⁷⁴⁸ CJCE, 16 octobre 2007, *Félix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA*, aff. C-411/05, Conclusions de l'Avocat général MAZÁK J., présentées le 15 février 2007, pt. 85 des conclusions.

⁷⁴⁹ V. par ex. CJUE, 1^{er} mars 2011, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats e. a.*, aff. C-236/09 en ce qui concerne l'illégalité d'un acte de l'Union (directive) au regard des PGDUE. Les États membres sont soumis aux PGDUE, *a fortiori* lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'UE (CJCE, 13 juillet 1989, *Wachauf c. Allemagne*, aff. C-5/88 ; CJCE, 14 juillet 1994, *Graff c. Hauptzollamt Köln-Rheinau*, aff. C-351/92 ; CJCE, 30 juillet 1996, *Bosphororus*, aff. C-84/95 ;), mais également lorsqu'ils prennent des mesures qui relèvent des compétences du Droit de l'Union (CJCE, 18 juin 1991, *ERT e. a.*, aff. C-260/89 ; CJCE, 26 juin 1997, *Familiapress c. Bauer Verlag*, aff. C-368/95).

⁷⁵⁰ V. CJCE, 15 juin 1978, *Defrenne c. Sabena (Defrenne n° 3)*, aff. C-149/77, pts. 26-27 ; CJCE, 20 mars 1984, *Razjouk et Beydoun c. Commission*, aff. jointes C-75 et C-117/82, pt. 16 ; CJCE, 30 avril 1996, *P. c. S. et Cornwall County Council*, aff. C-13/94, pt 19.

⁷⁵¹ V. en particulier les cas suivants, qui ont fait date : CJCE, 13 février 1985, *Françoise Granier c. Ville de Liège*, aff. C-293/83 ; CJCE, 21 juin 1988, *Sylvie Lair c. Université de Hanovre*, aff. C-39/86 ; CJCE, 30 mai 1989, *Commission c. Conseil (« Erasmus »)*, aff. C-242/87 ; CJCE, 26 février 1992, *Raulin c. Minister van Onderwijs en Wetenschappen*, aff. C-357/89.

ressortissants de l'UE, dans une situation visée par le droit communautaire⁷⁵², indique un processus par lequel un principe est élevé au rang de droit fondamental. La jurisprudence de la Cour sur la citoyenneté de l'UE présente une tendance similaire⁷⁵³.

354. Mais la fondamentalisation de la non-discrimination ne signifie toutefois pas que le principe, et au-delà les principes généraux du droit de l'UE, s'émancipe dans l'absolu du fonctionnalisme européen. *In fine*, les droits fondamentaux ainsi reconnus — dont le principe de non-discrimination — ne peuvent être utilisés que dans le cadre des droits et libertés reconnus par les traités fondateurs au rang desquels se trouvent les libertés économiques et la liberté d'investir. Cette contrainte est mise en exergue par le préambule de la Charte des droits fondamentaux qui réaffirme la valeur de l'Union ainsi que ses principes et objectifs fondamentaux. Est ainsi rappelé que l'Union « cherche à promouvoir un développement équilibré et durable et assure la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux, ainsi que la liberté d'établissement ». La stratégie n'est pas d'établir de nouveaux droits, mais de rendre plus visibles les droits existants du droit de l'Union. C'est « à cette fin [qu'] il est nécessaire, en les rendant plus visibles dans une Charte, de renforcer la protection des droits fondamentaux à la lumière de l'évolution de la société, du progrès social... »⁷⁵⁴

355. De manière générale, lorsque la Charte fait référence à la non-discrimination, ou principe d'égalité, il ne peut se concevoir que mis au service de la libéralisation et de l'intégration des marchés entreprises par les libertés économiques.

356. Ce sont ces multiples fonctions orientées en définitive vers la libéralisation des marchés qui expliquent les diverses manifestations de la non-discrimination favorables à l'investisseur étranger.

⁷⁵² Pour un ex. de grande portée, v. CJCE, 2 février 1989, *Cowan c. Trésor Public*, aff. C-186/87.

⁷⁵³ EVANS A.C., « Union citizenship and the constitutionalization of equality in EU law », in LA TORRE M. (dir.) *European citizenship. An institutional challenge*, Kluwer Law International, 1998, pp. 267–292 ; CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala c. Freistaat Bayern*, aff. C-85/96, pts. 60-65. V. également CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99 ; CJCE, 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello*, aff. C-148/02 ; CJCE, 15 mars 2005, *Bidar c. Ealing*, aff. C-209/03. V. aussi LLIPOULOU A., *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut du citoyen européen de l'Union européenne*, Bruylant, 2008 ; NEUVONEN P.J., *Equal citizenship and its limits in EU law: we the burden?*, Hart Publishing, 2016 ; McDONNELL A., 'Equality for Citizens in the EU: Where Did All the Flowers Go?', in ROSSI L., CASOLARI F. (dir.), *The Principle of Equality in EU Law*, Springer, 2017, pp. 199-228.

⁷⁵⁴ Cons. 3 et 4 de la Charte.

§2. Les diverses manifestations de la non-discrimination à l'égard de l'investissement étranger

357. L'analyse des fonctions du principe général de non-discrimination nous permet de mieux saisir le rapport qui existe entre l'égalité et la liberté, liberté conçue comme immanente à la création du marché intérieur. La complexité du couple égalité/liberté⁷⁵⁵ est réduite, dans une optique de libéralisation des marchés, à une prééminence de la liberté. Toutefois l'égalité est appréhendée comme un outil intrinsèque et nécessaire à sa réalisation. Ainsi conçues, lorsque les libertés de circulation prohibent les restrictions (ou entraves), lesdites restrictions se réalisent principalement dans une restriction discriminatoire. La conception de la discrimination oriente également sa substance⁷⁵⁶. Intrinsèque à la liberté et mise à son service, la discrimination est interprétée formellement au regard des seuls critères juridiques distingués par les libertés de circulation pour leur réalisation (A). Cependant, la généralisation et la fondamentalisation de l'égalité au travers d'un principe général, parallèlement à une volonté toujours plus accrue de réalisation effective et d'approfondissement du marché intérieur, ont conduit à un dépassement de ce rapport initial. Si dans un premier temps, il s'est agi de dépasser le seul critère formel pour traquer les discriminations de faits ou matérielles, l'interprétation dynamique des libertés de circulation s'est concrétisée dans une émancipation de la liberté et une libéralisation se réalisant au-delà de l'égalité (B).

⁷⁵⁵ L'ambiguïté du rapport qu'entretiennent la liberté à l'égalité ou l'égalité à la liberté et la question de la prééminence de l'une sur l'autre constitue une question philosophique complexe. Trop souvent, le législateur fait fi de cette complexité lorsqu'il s'empare de ces notions et tente de rendre compte de leur rapport mutuel dans une démarche de définition de la société. C'est alors, par le recours à des lits de Procruste qu'il escamote la complexité du dialogue dans la définition de chaque concept. En définitive, l'enjeu est la définition du cadre idéologique orientant la société, notamment au regard de l'individu et de la solidarité. Pour un aperçu de la complexité du rapport, v. entre autres, ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social*, Livre II, Chap. XI ; TOCQUEVILLE (DE) A., *De la démocratie en Amérique*, Flammarion, 2010, p. 200 : « l'égalité produit, en effet, deux tendances : l'une mène directement les hommes à l'indépendance [...], l'autre les conduit par un chemin plus long, plus secret, mais plus sûr, vers la servitude ». L'Union européenne en raison de la densité de son projet d'intégration renouvelle cette problématique. v. en ce sens : AZOULAI L., « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », in RAINELLI M., BOY L., CHEVALLIER J., QUIOT G. (dir.) *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Éditions Frison-Roche, 2003, spéc. pp. 300 et s.

⁷⁵⁶ V. en ce sens DEBOUT E., « Entrave et discrimination », in AZOULAI L. (dir.) *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant, 2011, p. 138 et s.

A. La réalisation de la libéralisation dans la prohibition des discriminations formelles

358. « Principe structurel » du marché intérieur⁷⁵⁷, la non-discrimination s'est enrichie en droit européen au travers de la mise en œuvre des libertés de circulation et par l'interprétation du juge européen qui en fait dès l'origine un critère central dans la construction du marché intérieur⁷⁵⁸.

359. Critère structurant de l'intégration européenne et du marché intérieur, il n'est pas surprenant de remarquer que la Cour de justice ait développé les concepts essentiels pour son analyse au cours des dix premières années de son fonctionnement, principalement dans le cadre du traité CECA⁷⁵⁹. La formule a par la suite été affinée. Depuis l'affaire *Ruckdeschel* de 1977, la jurisprudence utilise comme formule standard le principe de l'égalité de traitement que exige « que les situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée »⁷⁶⁰. Apprécié formellement, le critère permettant d'appréhender les situations ne pouvait résulter que des dispositions relatives aux libertés fondamentales.

360. Dans le contexte spécifique de « fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possible que celles d'un véritable marché intérieur »⁷⁶¹, le critère de discrimination ne pouvait se réaliser que dans un critère national. C'est ce qui ressort de l'article 18 TFUE qui interdit explicitement les discriminations entre les ressortissants, citoyens de l'Union. Ce critère est en outre confirmé par le libellé des dispositions en matière d'établissement et de service qui se réfèrent à la citoyenneté des opérateurs⁷⁶².

⁷⁵⁷ SHOCKWEILER F., « La portée du principe de non-discrimination dans l'article 7 du traité CEE », *Rivista di diritto europeo*, 1991, 30/31, not. p. 15.

⁷⁵⁸ CJCE, 19 octobre 1977, *Ruckdeschel c. Hauptzollamt Hamburg-St. Annen*, aff. jointes C-117/76 et 16/77, pt. 7.

⁷⁵⁹ CJCE, 17 décembre 1959, *Société des Fonderies de Pont-à-Mousson c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, aff. C-14/59, p. 475 ; CJCE, 13 juillet 1962, *Klöckner-Werke AG et Hoesch AG c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, aff. jointes C-17 et C-20/61, pp. 651-653.

⁷⁶⁰ CJCE, 19 octobre 1977, *Ruckdeschel c. Hauptzollamt Hamburg-St. Annen*, aff. jointes C-117/76 et 16/77, pt. 7. Pour une confirmation récente, v. CJCE, 13 mars 2012, *Melli Bank c. Conseil*, aff. C-380/09 P.

⁷⁶¹ CJCE, 5 mai 1982, *Schul*, aff. C-15/81, pt. 33.

⁷⁶² L'art. 45 §2 du TFUE relatif à la libre circulation des travailleurs et qui n'est pas sans importance en matière d'investissement prévoit également l'interdiction des discriminations à raison de la nationalité. V. aussi l'art. 56 pour ce qui des services et l'art. 49 TFUE qui prohibe « les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre ». La prohibition des discriminations fondées sur la nationalité comme enjeu principal dans la réduction des restrictions au bon fonctionnement du marché intérieur a été mise en avant par la jurisprudence. V. par ex. CJCE, 1^{er} février 1996, *Perfili*, aff. C-177/94, pt. 11 : « cet objectif est assuré, notamment, par l'interdiction de toute forme de discrimination exercée en raison de la nationalité, prévue par l'article 6 [12 nouv.] du traité ». V. égal. CJCE, 29 février 1996, *Skavani et Chrysanthakopoulos*, pt. 21 et CJCE, 11 décembre 2003, *AMOK*, aff. C-289/02, pt. 26. Dans ces deux affaires, la Cour de justice identifie, au travers des dispositions relatives

361. Si la jurisprudence a précisé dans un premier temps que l'interdiction des discriminations à raison de la nationalité ne pouvait se référer, en pratique, aux libertés identifiées par leur objet — ainsi de la libre circulation des marchandises ou des capitaux⁷⁶³ — il faut relativiser cette exclusion. L'origine des actifs — et donc le détenteur — peut être révélatrice d'une discrimination prohibée de sorte que sans pour autant faire référence à l'article 18 TFUE invocable uniquement, par les personnes, un critère national persiste dans le cadre de la libre circulation des capitaux⁷⁶⁴.

362. La Cour de justice a ainsi admis de longue date que l'interdiction des « restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers » de l'article 63 TFUE appréhende également le « traitement inégal des opérateurs sur les marchés financiers en raison de leur nationalité »⁷⁶⁵ afin d'intégrer sous cet angle les mesures de limitation et d'autorisation des participations dans les sociétés⁷⁶⁶. C'est dans ce sens que, dans l'affaire *Konle*, a été jugée illicite la mesure nationale qui « exempte les seuls ressortissants autrichiens d'avoir à obtenir une autorisation pour acquérir un terrain [...] créé, à l'encontre des ressortissants des autres États membres, une restriction discriminatoire aux mouvements de capitaux entre les États membres »⁷⁶⁷. Si dans ces situations, le critère national est explicite dans la discrimination, il faut

à la liberté d'établissement et de service, une « une mise en œuvre » et « une concrétisation » de l'art. 18 TFUE [ex. art. 12 TCE] relatif aux discriminations entre citoyens. Ce qui confirme la confusion entre discrimination et restriction (terme employé par le libellé de ces deux libertés).

⁷⁶³ CJCE, 23 octobre 1986, *M. Driancourt c. M. Cognet*, aff. C-355/85, pt. 9-12 : « [...] Il n'y a, dans une telle hypothèse, aucune distinction entre opérateurs économiques selon leur nationalité ou encore selon leur lieu d'établissement. Il ne saurait donc s'agir d'une discrimination exercée en raison de la nationalité, même déguisée ou indirecte [...] l'article 30 du Traité CEE ne s'oppose pas à une telle différence de traitement. Cet article a en effet pour objet d'éliminer les entraves à l'importation de marchandises et non d'assurer que les marchandises d'origine nationale bénéficient, dans tous les cas, du même traitement que les marchandises d'origine importées ou réimportées [...] S'agissant du principe général de non-discrimination, il y a lieu d'observer qu'un traitement défavorable des produits de fabrication nationale, par rapport aux produits importés [...] opérés par un État membre dans un secteur non soumis à une réglementation communautaire ou à une harmonisation des législations nationales, ne relève pas du champ d'application du droit communautaire. »

⁷⁶⁴ V. en ce sens DEBOUT E., « Entrave et discrimination », *op. cit.*, p. 144-146 qui renvoie notamment à l'arrêt *Dassonville* (CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. C-8/74, pt. 7) où la mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative, censé être débarrassé du critère de discrimination nationale, est cependant « assimilée à une discrimination selon l'origine des produits ». La réintroduction explicite du critère de discrimination selon l'origine a été opérée dans l'arrêt *Keck et Mithouard* (CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jointes C-267/91 et C-268/91, pt. 16-17) permettant de la caractériser d'entrave : v. not. CJCE, 13 janvier 2000, *Schützverband gegen unlauteren Wettbewerb c. TK-Heimdienst Sass GmbH*, aff. C-254/98, pt. 28.

⁷⁶⁵ CJCE, 4 juin 2002, *Commission c. Portugal*, aff. C-367/98, pts. 44 et s.

⁷⁶⁶ CJCE, 13 mai 2003, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-98/01, pts 43 et s.

⁷⁶⁷ CJCE, 1^{er} juin 1999, *Konle*, C-302/97, pt. 23.

également y ranger l'espèce traitée dans la jurisprudence *Église de Scientologie* où c'est l'origine des capitaux qui implique un régime d'autorisation pour les investissements en capitaux⁷⁶⁸.

363. Ces dernières jurisprudences mettent en avant l'interprétation dynamique de l'entrave par la Cour de justice dans sa volonté d'appréhender largement toute forme de restriction aux libertés de circulation. Cette volonté se traduit par conséquent par un dépassement de la conception traditionnelle de la discrimination comme critère initial et principal de l'entrave afin d'accompagner la libéralisation de l'investissement sous tous ses aspects.

B. La réalisation de la libéralisation au-delà des discriminations formelles

364. Instruments d'une libéralisation en quête perpétuelle d'approfondissement, les concepts d'égalité ou de non-discrimination subissent le dynamisme de l'intégration du marché intérieur prônée par la Cour de Justice. Dans une démarche militante, la Cour de justice s'est ainsi inspirée des interprétations protectrices des juridictions de protection des droits fondamentaux, pour développer une conception extensive de la non-discrimination dans le contexte économique de libéralisation des investissements du marché intérieur⁷⁶⁹.

365. Ainsi, souhaitant aller au-delà de l'égalité de droit des opérateurs économiques pour imposer, une égalité de fait, la Cour dans l'affaire dite *des réfrigérateurs italiens* de 1963, développe, fortement inspirée par le juge constitutionnel allemand⁷⁷⁰, le concept de discrimination matérielle en estimant que « le traitement différent de situations non comparables ne conduit pas automatiquement à la conclusion qu'il y a discrimination », qu'« une apparence de discrimination dans la forme peut donc correspondre en fait à une absence de discrimination dans le fond » et que la discrimination dans le fond consisterait à « traiter différemment des situations similaires ou à

⁷⁶⁸ CJCE, 14 mars 2000, *Église de Scientologie* ; aff. C54/99, pt. 14 et s. ; v. égal. CJCE, 20 mai 2008, *Orange European Smallcap Fund*, aff. C-194/06, pt. 56 : « en excluant de la compensation relative à l'imposition à la source des dividendes perçus à l'étranger ceux provenant de certains États membres, une législation telle que celle en cause au principal rend l'investissement dans ces États membres moins attractif que l'investissement dans les États membres dont les prélèvements fiscaux sur les dividendes donnent lieu à cette compensation. Une telle législation est dès lors susceptible de dissuader un organisme de placement collectif de procéder à des investissements [...] de sorte qu'elle constitue une restriction à la libre circulation des capitaux prohibée, en principe, par l'article 56 CE. »

⁷⁶⁹ V. égal. DEBOUT E., « Entrave et discrimination », *op. cit.*

⁷⁷⁰ V. le concept d'égalité bidimensionnelle de la jurisprudence allemande mise en œuvre notamment par les tribunaux allemands dans une décision *TCK*, 24 avril 1963, (Bverfg, vol. 16, p. 6), trois mois, donc avant que la Cour de justice dessine sa conception renouvelée de la discrimination. V. not. Les références citées par DEBOUT E., « Entrave et discrimination », *op. cit.*, p. 147), spéc. JOUANJAN O., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Economica, 1992, pp. 130-132.

traiter identiquement des situations différentes»⁷⁷¹. En d'autres termes, une discrimination matérielle interdite sera en vigueur si une règle ou une pratique traite indûment des situations différentes de la même manière. Dans l'arrêt *Sermide*, les lignes de jurisprudence susmentionnées ont été synthétisées : « des situations comparables ne doivent pas être traitées différemment et des situations différentes ne doivent pas être traitées de la même manière, sauf si un tel traitement est objectivement justifié »⁷⁷².

366. Cette conception négative du principe de non-discrimination permettrait dans l'absolu à l'investisseur de revendiquer un droit à être discriminé⁷⁷³ de sorte à favoriser une interprétation extensive de l'entrave s'émancipant de la discrimination *stricto sensu*.

367. Lorsque le TFUE fournit le critère sur la base duquel la présence ou l'absence de discrimination doivent être jugées — ainsi en est-il dans le cadre des libertés fondamentales avec la nationalité et dans certaines situations l'origine, la question peut être résolue sans trop de difficultés. Même si, dans ce cas, il peut y avoir une discrimination cachée ou indirecte fondée sur l'un de ces facteurs résultants de l'usage particulier d'autre critère apparemment neutre⁷⁷⁴. Cette approche indirecte de la discrimination, élaborée par la Cour suprême des États-Unis au travers de la notion de « *disparate impact* »⁷⁷⁵, permet en l'occurrence de censurer l'usage de critère *a priori* neutre, tel que la résidence⁷⁷⁶, dans une démarche discriminante latente.

⁷⁷¹ CJCE, 17 juillet 1963, *Italie c. Commission*, aff. 13/63, pts. 177-178.

⁷⁷² CJCE, 13 décembre 1984, *Sermide SpA c. Cassa Conguaglio Zuccheri e. a.*, aff. C-106/83, pt. 28. Cette expression standard a été utilisée dans une quantité innombrable d'affaires : v. par ex., CJCE, 11 juillet 2006, *Franz Egenberger*, aff. C-313/04, pt. 33 ; CJCE, 16 décembre 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e. a.*, aff. C-127/07 pt. 23.

⁷⁷³ Pour des exemples pratiques, v. CJCE, 26 mars 1987, *Coopérative agricole d'approvisionnement des Avirons*, aff. C-58/86, pt. 15 ; CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Alvello*, aff. C-148/02, pt. 34.

⁷⁷⁴ Selon une jurisprudence constante de la Cour, qui remonte à l'affaire *Sotgiu* (CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, aff. C-152/73, pt.11), « les règles d'égalité de traitement, tant du traité que [du droit dérivé], prohibent non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat ». V. égal. CJCE, 25 octobre 2007, *Geurts et Vogten*, aff. C-464/05 pt. 20 ; pour une discussion plus approfondie, v. TOBLER C, *Indirect discrimination. A case study into the development of the legal concept of indirect discrimination under EC law*, Intersentia, 2005.

⁷⁷⁵ *Griggs v. Duke Power Co*, 8 mars 1971, 401 US 424, v. spec. p. 401 U. S. 428 et s. La discrimination indirecte sera constatée lorsqu'un impact négatif disproportionné (test des 80 %) sur une catégorie précise de la population est susceptible d'être mis en évidence dans l'application d'une mesure *a priori* neutre.

⁷⁷⁶ Pour un recours à la notion de discrimination indirecte et de l'impact disproportionné au regard d'un critère territorial, v. CJCE, 23 mai 1996, *O'Flynn*, aff. C-237/94, pts. 20-21. Depuis, il est admis que la résidence puisse être l'objet d'une discrimination de fait : CJCE, 4 juin 2002, *Commission c. Portugal*, aff. C-367/98, pt. 43 et s. CJCE, 13 mai 2003, *Commission c. Royaume-Uni*, C-98/01, pt. 42 et s. Cette jurisprudence a notamment permis de censurer de nombreuses mesures fiscales ou l'usage de la résidence impliquait une discrimination entre investisseurs : v. PICOD F., *RAE*, 2014, 44, p. 674 et s.

368. Le recours à la notion de discrimination indirecte ne s'arrête pas aux cas des seules discriminations déguisées. Tombent sous le coup de cette interprétation, des mesures, qui prises de bonne foi, créent tout de même dans leurs effets un désavantage sur une catégorie précise d'investisseurs⁷⁷⁷, en l'occurrence les investisseurs étrangers en général ou ressortissants d'un État en particulier. Ainsi en est-il dans le domaine fiscal où divers traitements différenciés fondés sur le lieu d'établissement, donc de collecte des capitaux, ont pu être invalidés par le juge communautaire⁷⁷⁸. Si certaines mesures reflètent effectivement un comportement abusif et discriminatoire, toute mesure fiscale est susceptible de connaître la censure européenne s'il apparaît qu'elle est de nature «à dissuader, voire empêcher» en rendant plus contraignants, les investissements entre États membres.

369. Les libertés de circulation ayant pour objet la mise en place d'un marché intérieur assimilable à un véritable marché domestique, cette conception de la discrimination permet au juge de sanctionner toute mesure qui dans son objet ou ses effets tend à recréer l'effet de la frontière en rendant plus complexe la circulation des investissements au sein du marché⁷⁷⁹.

370. Cette conceptualisation a fourni à la Cour de justice un outil puissant et souple pour maximiser les objectifs du marché intérieur et la libéralisation des investissements. Dans cette entreprise libérale, l'égalité critère essentielle de la liberté a constitué la rampe de lancement d'une émancipation progressive de la liberté. Autonome, la liberté, à la fois objet et moyen, est suffisante pour appréhender toute mesure susceptible de gêner ou d'entraver la libéralisation de l'investissement, ainsi en est-il par exemple de toute mesure susceptible de prescrire la réalisation d'une condition particulière.

371. Au demeurant, la conception extensive de la non-discrimination mise en œuvre par la Cour de justice interroge la cohérence de la réglementation européenne de l'investissement dès lors que, dans son action extérieure, l'UE tente de redéfinir un concept de non-discrimination aux contours imprécis en droit international tout en l'insérant dans le postulat libéralisant des accords européens.

⁷⁷⁷ V. en ce sens les propos de l'AG Maduro dans l'affaire CJUE, 17 juillet 2008, *S. Coleman c. Attridge Law et Steve Law*, aff. C-303/06, pt. 19 des conclusions.

⁷⁷⁸ On y rencontre notamment le cas de restrictions opérées par les États afin d'empêcher les investisseurs d'investir dans des sociétés ayant leur siège dans un autre État membre. V. CJUE, 1 juillet 2010, *Dijkman et Dijkman-Laveleije*, aff. C-233/09, pt. 31 ; CJUE, 15 septembre 2011, *Accor*, aff. C-310/09, pts. 65 et s. bien souvent, la discrimination se matérialise dans l'exclusion d'un avantage, d'une exonération : CJCE, 4 juin 2000, *Verkooijen*, aff. C-35/98, pt. 36 ; CJUE, 30 juin 2011, *Meillicke e. a.*, aff. C-262/09, pts. 26-34.; CJCE, 12 décembre 2006, *Test Claimants in the FII Group litigation*, pts. 63-65 ; CJUE, 10 février 2011, *Haribo Lakritzten Hans Riegel*, pt. 80. La censure de la mesure vaut indépendamment du fait que la restriction intervienne avant ou après l'investissement : CJUE, 15 septembre 2011, *Halley*, aff. C-132/10, pt. 24. Pour plus d'informations, v. PICOD F., *RAE*, 2014, *op. cit.*

⁷⁷⁹ cf. BARNARD C. ; HEPPLER B., « Substantive Equality », *Camb. Law J.*, 2000, vol. 59, pp. 564 et s.

SECTION 2. LA FORMULATION TRADITIONNELLE DE LA NON-DISCRIMINATION DANS LES ACCORDS EXTERNES

372. La particularité du principe de non-discrimination en droit international réside dans sa dualité. La non-discrimination se déploie classiquement autour du principe du traitement national — l'interdiction des discriminations entre nationaux et ressortissants étrangers — et du principe du traitement de la nation la plus favorisée — l'interdiction des discriminations entre ressortissants étrangers. Incontournables dans le cadre des accords économiques et commerciaux et en particulier des AII, les accords européens d'investissements reprennent, de manière inégale, ces deux facettes de la non-discrimination.

373. La clause de la nation la plus favorisée a été l'objet de nombreuses controverses. Celles-ci tenaient à sa conception extensive qui avait une incidence sur la portée du consentement des parties au regard des obligations de fonds et de procédures. À cet égard, les AII européens se démarquent par une volonté d'encadrement de la portée de la clause (§1). Érigée au fil du temps comme une norme essentielle dans le droit international du commerce et de l'investissement, elle s'est imposée en pierre angulaire du principe de non-discrimination en droit international et en droit des investissements⁷⁸⁰. Bien que moins sollicitée dans le contentieux d'investissement que d'autres clauses⁷⁸¹, la clause de traitement national a tout de même su occuper un certain nombre de

⁷⁸⁰ Les origines du principe remontent à des accords d'échanges commerciaux du Moyen-Âge (v. CNUDCI (1999) National treatment. UNCTAD/ITE/IIT/11, vol. IV, p. 7-8; VERLOREN VAN THEMATAAT P., *The changing structure of international economic law*. Martinus Nijhoff, (1981), pp. 19-21.), bien qu'il ait pris de l'importance au XIX^e siècle (BJORKLUND A.K., « The national treatment obligation », in: YANNACA-SMALL K. (ed.) *Arbitration under international investment agreements: a guide to the key issues*. OUP, Oxford, (2010), pp. 413-414 et 443 et s. ; SCHWARZENBERGER G., « The principles and standards of international economic law », *RCADI*, 1966, vol 117. Brill Nijhoff, Leiden, p. 67. REINISCH A. « National treatment ». In: BUNGENBERG M., GRIEBEL J., HOBE S., REINISCH A. (eds), *International investment law: a handbook*. C.H. BECK-Hart-Nomos, Baden-Baden, 2015, pp. 848-849. L'obligation a également été largement incluse dans les traités d'amitié, de commerce et de navigation — ancêtres des traités modernes de commerce et d'investissement : V. par ex. art. V du traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les États-Unis et le Costa Rica de 1851 ; V égal. CNUDCI (1999) National treatment. UNCTAD/ITE/IIT/11, vol. IV, pp. 8 et pp. 15-24

Le principe a particulièrement été mis en lumière dans le système commercial multilatéral en tant que pierre angulaire du GATT et d'autres accords de l'OMC. Des clauses de traitement national ont été incluses non seulement dans les accords réglementant le commerce international (Art. XVII « Traitement national » AGCS qui complète les garanties d'accès au marché), mais aussi dans les conventions sur la propriété intellectuelle, même en dehors de l'égide de l'OMC. Voir, par ex., l'art. 2 de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (1883, 828 UNTS 306) et l'article 5, paragraphe 3, de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (1886, 828 UNTS 222).

⁷⁸¹ Cf. KURTZ J., « National treatment, foreign investment and regulatory autonomy: the research for protectionism or something more? » in: KAHN P., WÄLDE T. (eds) *New aspects of international investment law*. Martinus Nijhoff, Leiden, (2007), p. 330.

tribunaux arbitraux et une partie de la doctrine spécialisée⁷⁸². En dépit des incertitudes qu'elle suscite, les AII européens reconduisent la conception classique et extensive du principe (§2). L'approfondissement de la non-discrimination dans une perspective de libéralisation des investissements se traduit enfin par le recours à un certain nombre d'instruments opérationnels – non familial des TBI, mais inhérents aux accords de libres-échanges – dont l'objet est d'assurer l'effectivité de l'égalité et de la neutralité des conditions d'accès au marché (§3).

§1. La conception extensive du traitement national

374. Cette interdiction des discriminations sur le critère de la nationalité est conçue comme une obligation « relative »⁷⁸³ ou « comparative »⁷⁸⁴, *a contrario* des autres obligations de traitement, mais à l'instar de sa sœur jumelle du principe de non-discrimination, la clause de la nation la plus favorisée.

⁷⁸² REINISCH A., “National treatment”, *op. cit.* ; BAETENS F. “Discrimination on the basis of nationality: determining likeness in human rights and investment law”, in: SCHILL S. (ed.) *International investment law and comparative public law*. OUP, Oxford, 2010, pp. 279–315; BJORKLUND A.K., “National treatment”, in: REINISCH A. (ed.) *Standards of investment protection*. OUP, Oxford, 2008, pp. 29–58; BJORKLUND A.K., « The national treatment obligation », *op. cit.*; DI MASCO N., PAUWELYN J. “Nondiscrimination in trade and investment treaties: worlds apart or two sides of the same coin?”, *Am J Int Law*, 2008, 102, p. 48–89; GRIERSON-WEILER T., LAIRD I. “Standards of treatment”, in: MUCHLINSKI P., ORTINO F., SCHREUER C. (eds) *The Oxford handbook of international investment law*, OUP, Oxford, 2008, pp. 259–304; HEISKANEN V., “Arbitrary and unreasonable measures”, in: REINISCH A. (ed) *Standards of investment protection*. OUP, Oxford, 2008, pp. 87–110 ; KURTZ J. “National treatment, foreign investment and regulatory autonomy: the research for protectionism or something more?”, in: KAHN P., WÄLDE T. (eds) *New aspects of international investment law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, pp. 311–352; KURTZ J., “The merits and limits of comparativism: national treatment in international investment law and the WTO”, in SCHILL S (ed) *International investment law and comparative public law*, OUP, Oxford, 2010, pp. 243–278; KURTZ J., “The use and abuse of WTO law in investor-state arbitration: competition and discontents”, *Eur J Int Law*, 2009, 20 (3), 749-771; MCLACHLAN C., SHORE L., WEINIGER M., *International investment arbitration: substantive principles*, 2nd ed, OUP, Oxford, 2017, pp. 336-343; NEWCOMBE A., PARADELL L., *The law and practice of investment treaties*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, pp. 147-191; ORTINO F., “Non-discriminatory treatment in investment disputes”, in DUPUY P.-M., FRANCIONI F., PETERSMANN E.-U. (eds) *Human rights in international investment law and arbitration*, OUP, Oxford, 2009, pp. 344–366; SABAH B., “National treatment – is discriminatory intent relevant?”, in WEILER T. (ed) *Investment treaty arbitration and international law*, vol. 1. JurisNet, New York, 2008, pp. 269-297 ; TABET S. « Application de l'obligation de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale en matière d'investissement. Nouveaux problèmes à la lumière de la jurisprudence de l'OMC », in KAHN P., WÄLDE T. (eds) *New aspects of international investment law. op. cit.*, pp. 353–390; TABET S., “Beyond the smoking gun – is a discriminatory objective necessary to find a breach of national treatment?”, in WEILER T. (ed) *Investment treaty arbitration and international law*, vol. 1. JurisNet, New York, 2008, *op. cit.*, pp. 299–313; WALLACE D. JR., BAILEY D.B., “The inevitability of national treatment of foreign direct investment with increasingly few and narrow exceptions”, *Cornell Int Law J*, 1998, 31, p. 615-630; WEILER T., “Methanex Corp. v. USA – turning the page on NAFTA chapter eleven”, *J World Invest Trade*, 2005, 6, pp. 903–921; WEILER T., “Saving Oscar Chinn: non-discrimination in international investment law”, in WEILER T. (ed) *International investment law and arbitration: leading cases from the ICSID, NAFTA, bilateral treaties and customary international law*. Cameron May, London, 2005, pp. 557–595.

⁷⁸³ BJORKLUND A.K., « The national treatment obligation », *op. cit.*, p. 411; Newcombe A., Paradel L., *The law and practice of investment treaties*. Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 148; CNUDCI (1999) National treatment. UNCTAD/ITE/IIT/11, vol. IV, p. 7.

⁷⁸⁴ GRIERSON-WEILER T., LAIRD I. “Standards of treatment”, *op. cit.*, p. 621.

Son application ne peut être autonome en ce que son efficacité au regard des investisseurs et investissements étrangers dépend du niveau de traitement accordé aux nationaux.

375. Malgré sa longue histoire, les contours de cette norme traditionnelle de protection des investisseurs et des investissements varient encore d'un traité à l'autre, bien que le cœur de l'obligation reste inchangé. Les différentes dispositions des accords européens, si elles révèlent tout de même certaines disparités entre accords et un effort d'adaptation à la forme de l'UE, ne diffèrent pas sensiblement de celles figurant dans d'autres accords internationaux sur l'investissement. Par conséquent, l'interprétation et l'application renverront au cadre établi par la jurisprudence internationale. Le libellé des accords de l'Union européenne ne contredit ni ne précise au demeurant, la nature relative de la clause qui implique d'identifier dans un premier temps le comparateur national pertinent (A) pour ensuite déterminer si l'investisseur ou l'investissement étranger ont subi un traitement moins favorable (B)⁷⁸⁵.

A. L'identification d'un comparateur national ou la question des circonstances similaires

376. L'analyse des « circonstances similaires », qui implique l'identification d'un comparateur national, est décisive dans l'examen d'une demande liée à l'obligation de traitement national⁷⁸⁶. En particulier, l'absence de « circonstances similaires » sera presque toujours synonyme de résultat négatif d'une demande de TN⁷⁸⁷.

⁷⁸⁵ Il n'existe pas d'approche universellement acceptée pour traiter une demande de traitement national. Toutefois, ces demandes ont traditionnellement été abordées par des tribunaux arbitraux dans le cadre d'une analyse en trois étapes. Il s'agit dans un premier temps d'identifier le comparateur national, puis, souvent de manière conjointe, de déterminer si le traitement dont fait l'objet l'investisseur étranger est moins favorable. Cette analyse peut enfin se terminer sur l'examen des raisons pouvant justifier le traitement défavorable. Si ces trois étapes reviennent quasi systématiquement, elles ne sont pas nécessairement évaluées dans l'ordre présenté. Effectivement, dans certains cas, les questions analytiques portant sur le traitement en cause et l'enquête sur les circonstances similaires ne peuvent pas être dissociées : BJORKLUND A.K., « The national treatment obligation », *op. cit.*, p. 419; v. égal. L'opinion dissidente du doyen Cass dans l'affaire UPS (United Parcel Service of America Inc. c. Gouvernement du Canada, CNUDCI, déclaration distincte du doyen Ronald A. Cass, 24 mai 2007, par. 49-50. La question des justifications peut également avoir un impact sur la détermination des circonstances similaires ; si un État a des raisons impérieuses d'adopter des réglementations différentes, il est même possible que les entités ne soient pas considérées comme « similaires » *ab initio*.

⁷⁸⁶ BJORKLUND A.K., « The national treatment obligation », *op. cit.*, p. 419.

⁷⁸⁷ Par exemple, dans l'affaire UPS, la majorité a rejeté la demande de TN du demandeur sur la base de la distinction entre les importations par voie postale et par messagerie et sur les caractéristiques différentes de chacune qui justifiaient un traitement douanier différent (United Parcel Service of America Inc. c. Gouvernement du Canada, CNUDCI, 24 mai 2007, sentence, par. 99). Voir également CNUDCI, 15 novembre 2004, sentence finale, *GAMI Investments Inc. c. le gouvernement des États-Unis du Mexique*, [ci-après dénommée « sentence finale GAMI »], par. 114. Il faut toutefois noter que les conséquences d'un défaut de circonstances similaires sur la demande de traitement national dépendent également de la nature du traitement et de la discrimination en cause.

377. L'importance de cette analyse est constamment réaffirmée par les tribunaux, et ce, même lorsque l'AII en cause ne précise pas explicitement que l'évaluation de la discrimination dans le contexte du traitement national doit comporter l'identification d'un comparateur national et une évaluation des circonstances similaires⁷⁸⁸. Les récents accords d'investissement de l'UE, à l'instar de la majorité des AII, mentionnent formellement les situations similaires comme critère d'examen du traitement national⁷⁸⁹.

378. Le contentieux ne permet pas de mettre en exergue une certaine uniformité dans l'examen des « situations similaires ». Les tribunaux ont, *a contrario*, mis en avant la nécessité d'assurer un certain degré de flexibilité dans une évaluation qui doit pouvoir être adaptée aux circonstances spécifiques de l'investisseur, de l'investissement ou du traitement⁷⁹⁰ en question⁷⁹¹. La formulation adoptée par les accords européens, qui n'explicitent nullement, dans la lignée des autres AII, les caractéristiques des « situations similaires », semble confirmer la flexibilité de rigueur dans l'interprétation du critère.

379. Les tribunaux tiennent souvent compte du fait que l'investisseur étranger est dans une relation de concurrence ou opère dans le même secteur d'activité que l'investisseur national. Les sentences *S.D. Myers*⁷⁹² et *Pope & Talbot*⁷⁹³ ont affirmé la pertinence du secteur « commercial » ou « économique », ce qui a également été l'approche des tribunaux ultérieurs⁷⁹⁴.

380. Le fait que l'investisseur étranger soit dans une relation de concurrence ou opère dans le même secteur d'activité que l'investisseur national n'est cependant pas déterminant, comme le montre le tribunal dans l'affaire *Champion Trading Company c. Égypte*⁷⁹⁵, estimant que bien que toutes

⁷⁸⁸ V. par ex. CNUDCI, 13 novembre 2000, sentence partielle, *S.D. Myers, Inc. c. Gouvernement du Canada*, [ci-après *S.D. Myers Partial Award*], par. 172, 244 et 252-255 et la sentence du FAD (n. 11), par. 150 et suivants. Voir également BJORKLUND A.K., « The national treatment obligation », *op. cit.*, p. 420-421.

⁷⁸⁹ Art. 8.6 §1 et s. AECG ; art. 2.3 §1 API UE-Viet Nam ; art. 2.3 §1 API UE-Singapour ; art. 8.8 §1 et §2 APE UE Japon. On notera que le critère n'était pas formulé dans l'art. 10 § 3 *EC Treaty*.

⁷⁹⁰ La comparaison appropriée dans le contexte d'une demande de NT sera souvent celle entre des traitements de même nature plutôt qu'entre des investissements ou des investisseurs de même nature. V. BJORKLUND A.K., « The national treatment obligation », *op. cit.*, p. 422.

⁷⁹¹ V. CIRDI (CNUDCI), 10 avril 2001, sentence sur le fond phase II, *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, p. 181, para. 75 et sentence partielle *S.D. Myers Award* (n. 23), para. 244.

⁷⁹² Sentence partielle, *S.D. Myers Award* (n. 23), paragraphe 251.

⁷⁹³ CIRDI (CNUDCI), 10 avril 2001, sentence sur le fond phase II, *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, (n. 11), para. 78.

⁷⁹⁴ V. par ex. *ADM* (n. 11), paras. 198 et 201.

⁷⁹⁵ T. CIRDI, 27 octobre 2006, sentence, *Champion Trading Company Ameritrade International Inc. c. République arabe d'Égypte*, aff. n°ARB/02/9. Dans cette affaire portée devant le tribunal égypto-américain, le demandeur, une société cotonnière, a fait valoir qu'elle était victime de discrimination parce qu'elle n'était pas incluse dans les indemnités versées à certains producteurs de coton égyptiens en compensation de la perte qu'ils avaient subie en vendant leur coton à des centres de collecte appartenant au gouvernement plutôt qu'en le vendant sur le marché privé. En particulier, comme le demandeur n'avait pas vendu de coton à des centres de collecte publics, il n'était pas éligible

les sociétés en cause opéraient dans le même secteur d'activité, elles ne pouvaient pas être considérées comme se trouvant dans des circonstances analogues en raison de leur participation, ou plutôt de leur non-participation, à un régime d'indemnisation particulier⁷⁹⁶.

381. Une autre série d'affaires a, dans la même lignée, rejeté l'existence d'une relation de concurrence comme critère nécessaire. Dans l'affaire *Occidental c. Équateur I*⁷⁹⁷, par exemple, le Tribunal a estimé que l'investisseur étranger (opérant dans le secteur pétrolier) se trouvait dans des circonstances similaires à celles d'autres investisseurs nationaux, y compris des investisseurs nationaux opérant dans d'autres secteurs de l'économie (tels que les exportateurs de fleurs, de produits miniers et de produits de la mer), et a conclu à une discrimination à l'encontre de l'investisseur étranger parce qu'il ne pouvait pas demander le remboursement de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA)⁷⁹⁸. Le Tribunal dans l'affaire *Methanex* est allé dans le même sens peu de temps après⁷⁹⁹.

382. Le libellé employé par les accords européens qui ne s'embarrasse d'aucune précision relative au critère de la similarité ne révèle en l'occurrence aucune volonté de distanciation avec la pratique antérieure de la clause du traitement national. Les arbitres auront ainsi toute latitude pour déterminer, au gré des circonstances, si les investisseurs se trouvent dans une situation similaire. À défaut de démontrer la similarité des circonstances, l'investisseur ne pourra soutenir aucune revendication. Toutefois, l'analyse des situations similaires ne peut totalement faire fi du traitement accordé⁸⁰⁰. En particulier, la demande de TN échouera probablement si l'investisseur étranger est

pour percevoir les sommes versées au titre des règlements transactionnels aux producteurs de coton égyptiens qui l'avaient fait, car il ne se trouvait pas dans des circonstances similaires à celles de ces derniers.

⁷⁹⁶T. CIRDI, 27 octobre 2006, sentence, *Champion Trading Company Ameritrade International Inc. c. République arabe d'Égypte*, aff. n°ARB/02/9, para. 154. « Although both kinds of companies operate in the same industry and are subject to same kind of rules, there is a significant difference between a company which opts to buy cotton from the Collection Centres at fixed prices and a company which opts to trade on the free market, whether or not the company is privately-owned or State-owned or whether the company is national or foreign. »

⁷⁹⁷ LCIA, 1^{er} juillet 2004, sentence définitive, *Occidental Exploration and Production Company c. République d'Équateur* (*Occidental c. Équateur I*), aff. n°UN3467..

⁷⁹⁸ Ibid., paras. 173 et 177. Sur cette aff. v. FRANCK SD., « *Occidental Exploration & Production Co. v. Republic of Ecuador. Final Award. London Court of International Arbitration Administered Case No. UN 3467* », *Am J Int Law*, 2005, 99 (3), pp. 675-681.

⁷⁹⁹ CNUDCI, 3 août 2005, Sentence finale du Tribunal sur la compétence et le fond, *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, [ci-après *Sentence finale Methanex*], Partie IV, Ch. B, par. 17. Confronté à la décision de savoir si *Methanex* (un producteur de méthanol) se trouvait dans des circonstances similaires à celles de tous les producteurs de composés oxygénés de l'essence, y compris les producteurs d'éthanol qui auraient été traités plus favorablement, a également rejeté l'existence d'une relation concurrentielle comme seul facteur déterminant dans l'enquête sur les circonstances similaires — « *like circumstances* ». Le Tribunal a fait observer au contraire qu'« *it would be as perverse to ignore identical comparators if they were available and to use comparators that were less "like", as it would be perverse to refuse to find and to apply less "like" comparators when no identical comparators existed* ». Il a donc été constaté que *Methanex* n'était pas dans une situation comparable à celle des producteurs d'éthanol.

⁸⁰⁰ BJORKLUND A.K., « The national treatment obligation », *op. cit.*, p. 429.

traité différemment de certains comparateurs nationaux, mais que ces entités nationales reçoivent également un traitement différent et moins favorable par rapport aux entités nationales qui bénéficient d'un traitement plus favorable.

B. L'examen du traitement moins favorable

383. Le ou les comparateurs nationaux identifiés, il importe donc de caractériser de moins favorable le traitement subi par l'investisseur étranger⁸⁰¹ à défaut de quoi la demande ne peut être que rejetée pour absence de traitement discriminatoire⁸⁰². Il n'est généralement pas difficile d'identifier une différence de traitement ; c'est cette disparité qui a incité l'investisseur à déposer une plainte. Il faut cependant préciser le sens de la notion de traitement moins favorable des accords de l'UE. Par exemple, une simple disparité de traitement est-elle constitutive d'un traitement moins favorable et doit-elle avoir été motivée par une intention de discrimination fondée sur la nationalité ?

384. Sur la question de la nature du traitement, le silence des accords en cause impose, à l'instar du critère de la similarité, de revenir à la jurisprudence antérieure des tribunaux arbitraux amenés à examiner l'obligation de traitement national. Le libellé employé par les accords européens suppose, par renvoi à la jurisprudence, que la simple différence de traitement ne suffit pas. La disparité doit être porteuse d'une défaveur. En outre, il est admis, comme dans le cadre de la jurisprudence de la CJUE, que la notion de traitement moins favorable englobe tant les discriminations de droit, fondées sur un critère national, que les discriminations de fait. La nature de la discrimination n'est pas sans conséquence notamment sur l'issue de la première étape. Ainsi, si le critère des circonstances similaires est primordial dans le cadre d'une discrimination factuelle, dans le cas d'une discrimination *de jure*, un résultat négatif sur la question de la similitude des situations sera moins critique⁸⁰³. En effet, le demandeur n'a pas besoin de démontrer une implication disproportionnée

⁸⁰¹ BJORKLUND A.K., « The national treatment obligation », *op. cit.*, pp. 436-438; MCLACHLAN C., SHORE L., WEINIGER M., *International investment arbitration: substantive principles*, 2nd ed., OUP, Oxford, 2017, pp. 341-342 ; DUGAN C., WALLACE D., RUBINS N., SABAHI B., *Investor-state arbitration*, OUP, Oxford, 2008, pp. 408-411.

⁸⁰² Voir par ex. la sentence finale de Methanex (n. 34), partie IV, ch. B, paragraphes. 19-21 ; Sentence FAD (n.11), par. 155-156 ; CIRDI, 23 septembre 2010, sentence, *AES Summit Generation Limited AES-Tisza Erőmű KFT c. la République de Hongrie*, n° ARB/07/22, par. 10.3.47, 10.3.50 et 10.3.53.

⁸⁰³ Toutefois, dans l'affaire Loewen, le Tribunal a rejeté un cas de discrimination de droit raisonnable en raison l'absence de comparateur approprié (ICSID, June 26, 2003, Award, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v United States of America*, Case No. ARB (AF)/98/3, para. 140). La raison est sans doute à rechercher dans la façon dont la demande a été formulée. Les requérants Loewen ont fait valoir qu'ils avaient été traités de manière inégale en raison de leur nationalité canadienne ; il n'y avait aucune loi discriminatoire à première vue et aucune connotation négative

ou, plus globalement, une réalisation pratique défavorable si la discrimination est inhérente aux termes même de la mesure⁸⁰⁴. La discrimination *de jure* représente cependant une minorité des demandes de traitement national. En fait, à ce jour, aucun cas de discrimination n'a fait l'objet d'une décision strictement attachée à une discrimination formelle. Au contraire, certains litiges qui ont été traités comme des affaires *de facto* concernaient des mesures *de jure*⁸⁰⁵.

385. Sur la question de l'intention, les commentateurs⁸⁰⁶ et les tribunaux d'investissement ont largement soutenu que ce qui importe est l'existence d'une discrimination dans la pratique, ou d'un effet discriminatoire — « *discriminatory effect* » — selon le professeur REINISCH⁸⁰⁷, et non l'existence d'une intention discriminatoire qui pourrait être très difficile, voire impossible, à prouver dans les cas de discrimination *de facto*.

386. Cette approche a notamment été adoptée par dans la sentence *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, qui a déclaré à propos du traitement national — ainsi que du traitement de la nation la plus favorisée — que la discrimination ne pouvait reposer sur des critères subjectifs⁸⁰⁸. Cette conclusion a été soutenue par d'autres tribunaux⁸⁰⁹ et, en particulier, par le Tribunal *Feldman*, qui a souligné que le fait d'exiger une intention discriminatoire créerait « *an insurmountable burden* » pour l'investisseur étranger et qu'il serait « *virtually impossible for any claimant to meet the burden of demonstrating that a government's motivation for discrimination is nationality rather than some other reason* »⁸¹⁰.

inhérente à la qualification des requérants comme « canadiens » par les avocats dans l'affaire, bien que la répétition de la description ait été alléguée pour perpétuer une atmosphère d'« étrangers » qui essayaient de tirer profit des « locaux ». Le Tribunal a donc traité la demande comme une violation de facto du NT qui ne pouvait pas être soutenue faute d'un comparateur national ayant reçu un traitement plus favorable.

⁸⁰⁴ BJORKLUND A.K., « The national treatment obligation », *op. cit.* p. 420.

⁸⁰⁵ V. par ex. CNUDCI, sentence S.D. Myers Partial Award, par. 172, 244 et 252-255 et la sentence du FAD (n. 11), par. 150 et suivants.

⁸⁰⁶ SABAH B., « National treatment—is discriminatory intent relevant? », in WEILER T. (ed) *Investment treaty arbitration and international law*, vol. 1. *JurisNet*, New York, 2008, pp. 269-297; DUGAN C., WALLACE D., RUBINS N., SABAH B., *Investor-state arbitration*, *op. cit.*, p. 411-413; DOLZER R., SCHREUER C., *Principles of International Investment Law*, *op. cit.* pp. 183-184; TABET S., « Beyond the smoking gun – is a discriminatory objective necessary to find a breach of national treatment? », *op. cit.*, pp. 299–313.

⁸⁰⁷ REINISCH A., « National treatment », *op. cit.*, p. 861.

⁸⁰⁸ CIRDI, 11 septembre 2007, sentence, *Parkerings-Compagniet AS c. République de Lituanie*, aff. n°ARB/05/8, para. 368 : « Discrimination is to be ascertained by looking at the circumstances of the individual cases. Discrimination involves either issues of law, such as legislation affording different treatments in function of citizenship, or issues of fact where a State unduly treats differently investors who are in similar circumstances. Whether discrimination is objectionable does not, in the opinion of this Tribunal depend on subjective requirements such as the bad faith or the malicious intent of the State [...] » [Souligné par nous]

⁸⁰⁹ V. par ex. CIRDI, 6 février 2007, sentence, *Siemens A.G. c. Argentine*, n° ARB/02/08, par. 321 ; S.D. Myers Partial Award (n. 23), para. 254; CNUDCI, 26 janvier 2006, sentence, *International Thunderbird Gaming Corporation c. les États-Unis du Mexique*, par. 177.

⁸¹⁰ CIRDI (ALENA), 16 décembre 2002, sentence, *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, aff. no. ARB(AF)/99/1 par. 183 et 181 : « It is clear that the concept of national treatment as embodied in NAFTA and similar agreements is

387.

388. Malgré une jurisprudence presque constante, certains tribunaux exigent encore un élément intentionnel⁸¹¹. C'est notamment l'approche adoptée par dans la sentence *LG&E c. Argentine*⁸¹², dont la décision reste quelque peu obscure pour en tirer des conclusions⁸¹³.

389. La clause de traitement national des accords européens ne mettant en avant aucun particularisme par rapport aux formules retenues dans les AII antérieurs, et plus particulièrement par rapport à l'ALENA, ce n'est pas trop s'avancer que de supposer que l'interprétation, favorable aux investisseurs, émise dans la sentence *Feldman* — dans laquelle était en cause l'interprétation de l'ALENA — puisse être reconduite dans le cadre européen et en particulier au regard de l'AECG.

390. En outre, dans le contexte de l'ALENA, les investisseurs ont parfois fait valoir que l'exigence selon laquelle un investisseur couvert ne doit pas bénéficier d'un traitement moins favorable qu'un investisseur national signifie que si un investisseur national reçoit un traitement plus favorable, l'investisseur étranger peut obtenir gain de cause dans sa demande de traitement national⁸¹⁴. Cet argument a été rejeté à plusieurs reprises ; le simple fait qu'un seul investisseur national ait été traité plus favorablement ne suffit pas à démontrer que le traitement plus favorable a été accordé en raison de la nationalité de cet investisseur, condition *sine qua non* pour étayer la demande.

designed to prevent discrimination on the basis of nationality, or 'by reason of nationality'. (U.S. Statement of Administrative Action, Article 1102.) However, it is not self-evident [...] that any departure from national treatment must be explicitly shown to be a result of the investor's nationality. There is no such language in Article 1102. Rather, Article 1102 by its terms suggests that it is sufficient to show less favorable treatment for the foreign investor than for domestic investors in like circumstances. ». V. égal. CIRDI, 24 août 2009, sentence, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS c. Pakistan*, aff. n° ARB/03/29, n°11, paragraphe 2, 390.

⁸¹¹ Par ex, T. CIRDI, sentence, 25 juin 2011, Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. et A.S. Baltoil c. la République d'Estonie, aff. n° ARB/99/2, par. 368-369.

⁸¹² T. CIRDI, Décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc. c. République argentine*, aff. n° ARB/02/1, par. 146 : « In the context of investment treaties, and the obligation thereunder not to discriminate against foreign investors, a measure is considered discriminatory if the intent of the measure is to discriminate or if the measure has a discriminatory effect. As stated in the ELSI Elettronica Siculo. SpA case [...] in order to establish when a measure is discriminatory, there must be (i) an intentional treatment (ii) in favor of a national (iii) against a foreign investor, and (iv) that is not taken under similar circumstances against another national. »

⁸¹³ Si le tribunal n'a pas identifié d'intention discriminatoire particulière, il a néanmoins conclu que l'Argentine, « breached the standard of fair and equitable treatment, no less favorable treatment than that to be accorded under the international law, and adopted discriminatory measures, causing damage to LG&E » : Ibid., para. 267 (b). V. égal. para. 147.

⁸¹⁴ KINNEAR M., BJORKLUND A.K., HANNAFORD J., *Investment disputes under NAFTA: an annotated guide to NAFTA Chapter 11*. Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, pp. 1102-40c et s.

391. Bien que l'intention discriminatoire — en dehors de la solution quelque peu isolée de la sentence *LGGE* — ne soit pas requise pour établir une violation du TN⁸¹⁵, les solutions qui se prononcent en faveur d'une discrimination concernent souvent des hypothèses où l'intention était présente. Au demeurant, après avoir caractérisé un traitement moins favorable dans des « circonstances similaires », une condition négative est exigée en ce que l'Etat ne peut pas justifier la différence de traitement.

§2. Les tentatives de délimitation du traitement de la nation la plus favorisée

392. Fruit d'une longue histoire, les débuts de la clause de la nation la plus favorisée remontent au XI^e siècle⁸¹⁶. D'abord assez restreintes et unilatérales, son usage s'est élargi dans le cadre bilatéral des traités d'amitié, de commerce et de navigation et en particulier autour de la question du statut juridique des étrangers⁸¹⁷.

393. Dans ce contexte, l'insertion de clauses NPF dans les traités bilatéraux d'investissement n'était pas surprenante⁸¹⁸. Dans la pratique, de nombreuses formulations différentes ont été utilisées pour exprimer un tel traitement, mais généralement, par le biais d'une clause NPF dans un traité d'investissement, les États partis s'engageaient à traiter les investissements ou les investisseurs de l'autre partie au moins aussi favorablement que les investissements ou les investisseurs de tout pays tiers⁸¹⁹. L'objectif de cette déclinaison de la non-discrimination est, aux dires de la CIJ, d'assurer l'égalité absolue des chances en matière de concurrence⁸²⁰.

⁸¹⁵ *S.D. Myers* Partial sentence (n. 23), para. 254.

⁸¹⁶ Bien avant l'élaboration des traités commerciaux qui sont apparus au XV^e siècle.

⁸¹⁷ Les États ont par la suite commencé à conclure des « conventions d'établissement » au XX^e siècle qui comportaient toutes des clauses NPF au profit des ressortissants des États partis. Sur l'histoire de la clause, v. USTOR E., « First report on the most-favoured-nation clause », *Yearb Int Law Comm*, 1969, II, pp. 157-186; NOLDE B., *Droit et technique des traités de commerce*, *RCADI*, 1924-II, pp. 291-460; NOLDE B., « La clause de la nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels », *RCADI*, 1932-I, pp. 1-130.

⁸¹⁸ En fait, les clauses NPF, plus encore que les clauses de traitement national, étaient présentes dans presque tous les TBI dès le début des années soixante. V. en ce sens : UNCTAD (2000) *Bilateral investment treaties 1959–1999*. United Nations, Geneva; UNCTAD (2004) *International investment agreements: key issues I*. United Nations, Geneva; UNCTAD (2007) *Bilateral investment treaties 1995–2006, trends in investment rulemaking*. United Nations, Geneva; UNCTAD (2010) *Most-favoured-nation treatment. UNCTAD series on Issues in international investment agreements II*. United Nations, New York.

⁸¹⁹ C'est-à-dire que toute faveur, tout privilège, tout avantage accordé aux investissements ou aux investisseurs de tout État tiers doit bénéficier aux investissements ou aux investisseurs de l'État contractant. Ainsi, les bénéficiaires du traitement NPF reçoivent sur le territoire de l'État d'accueil au moins le même traitement favorable que tout autre investisseur de toute autre nationalité.

⁸²⁰ CIJ, 27 août 1952, *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis)*, Rec. 1952, p. 192 : Les clauses NPF ont « pour objet d'établir et de maintenir en tout temps l'égalité fondamentale sans discrimination entre tous les pays intéressés. »

394. C'est en particulier cet objectif supposant une conception dynamique et extensive de la non-discrimination qui est aujourd'hui la source d'une réécriture de la clause de la nation la plus favorisée. Effectivement, la conception formelle du « traitement favorable » ainsi que son extension au mécanisme de règlement des différends ont conduit, dans le contexte de remise en cause du régime international du droit des investissements, à une reformulation de la clause (A) ainsi que l'adjonction de limites originales (B) dans les accords de l'UE.

A. La Formulation de la clause NPF dans les accords européens

395. La particularité de la clause de la nation la plus favorisée dans les AII de l'UE n'est pas tant due à la formulation de la clause elle-même, mais tient davantage aux inconstances entre accords, lesquels sont révélatrices des enjeux autour de la clause dans le cadre des négociations européennes.

396. Dans la plupart des TBI et ALE, la clause NPF s'applique aux investissements et aux investisseurs. Il est généralement précisé que le traitement NPF ne concerne que les « situations similaires ». Dans la lignée de la majorité des AII, le choix est de ne donner aucune indication sur les critères de la clause, il faudra donc s'en tenir à la jurisprudence antérieure. Le contentieux portant sur l'application de la clause à des questions substantielles est rare⁸²¹. Toutefois, la jurisprudence relative au traitement national — notamment dans le contexte de l'ALENA où le contentieux est plus fréquent sur ce point — peut servir d'enseignement particulièrement en ce qui concerne certains points tels que le critère de similarité. Au regard de l'objectif initial de la clause, les situations comparées ne sont pas censées être strictement identiques. Dans le cas contraire, le traitement NPF

⁸²¹ V. pour quelques ex. CIRDI, 25 mai 2004, sentence, *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. c. Chili*, aff. n° ARB/01/7, (concernant une obligation d'accorder des licences), CIRDI, 6 février 2007 et 11 juin 2012, sentence, *Siemens A.G. c. République argentine*, aff. n° ARB/01/23, ARB/02/8, (sur la juste valeur marchande pour l'évaluation d'une indemnité), CIRDI, 14 novembre 2005, décision sur la compétence, 27 août 2009, sentence, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayiti A.S. c. Pakistan*, aff. n° ARB/03/29, CIRDI, 22 février 2006, décision sur la compétence, *Continental Casualty Company c.*, aff. n° ARB/03/9, (concernant les transferts de capitaux), CIRDI, 11 septembre 2007, sentence, *Pakering-Compagniet AS c. Lituanie*, aff. n° ARB/05/8, (concernant le traitement lors d'un appel d'offres), CIRDI, 29 juillet 2008, sentence, *Rumeli Telekom A. S. et Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. c. Kazakhstan*, aff. n° ARB/05/16, (pour l'importation de clauses de traitement) et CIRDI, 12 novembre 2008, sentence, *LESI SpA et ASTALDI SpA c. Algérie*, aff. n° ARB/05/3, (idem). Le traitement NPF a été le plus souvent invoqué devant des tribunaux arbitraux pour importer un traitement procédural ou pour influencer une question liée à l'application du traité de base, comme la définition de l'investissement (UNCITRAL (LCIA), 19 September 2008, Award on preliminary objections to jurisdiction, *Société Générale in respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. v. Dominican Republic*, Case No. UN 7927), le bénéfice du droit international coutumier à la place des dispositions du traité de base (CIRDI, 18 mai 2010, sentence, *ATA Construction, Industrial and trading Company c. Jordanie*, aff. n° ARB/08/2 ; CNUDCI, 28 avril 2011, sentence, *Sergei Pausbok, CJSC Golden East Company, CJSC Vostokneftegaz c. Mongolie* ; CNUDCI, 15 décembre 2014, sentence, *Hesbam Talaat M. Al-Warraq c. Indonésie*) une disposition non limitée par l'interprétation officielle des parties (ALENA/CNUDCI, 24 mai 2007, sentence, *United Parcel Service of America c. Canada*, ILM 2007 : 919-955 ; NAFAT/ICSID, 9 janvier 2003, sentence, *ADF c. États-Unis d'Amérique*, No. ARB (AF)/00/1).

n'aurait aucun impact. C'est ce qui légitime la marge de manœuvre dans l'interprétation et l'usage de l'« accordéon de la similarité »⁸²². Ce qui apparaît évident, c'est que l'analyse de la similarité doit dépendre du cadre pratique de comparaison. Dans la plupart des cas, ce point de vue invite à comparer des situations concernant le contexte de concurrence des investissements. Les investisseurs opérant dans le même secteur d'activité se trouvent généralement dans des circonstances similaires⁸²³. Mais la compétitivité n'est pas le seul objectif poursuivi par les clauses NPF. L'objectif peut aussi être plus simple : que les investisseurs jouissant de la clause NPF bénéficient du traitement le plus favorable par rapport aux investissements d'autres nationalités, dans tous les aspects de leurs investissements, sans autre raison que le fait que leur État de nationalité est un partenaire privilégié. Dans la jurisprudence relative aux investissements, les tribunaux considèrent souvent que cette question concerne la légitimité du traitement différencié⁸²⁴. Cette approche tend à regrouper les clauses NPF et les clauses d'égalité de traitement ou les clauses non discriminatoires classiques. Les clauses NPF sont différentes en ce sens qu'elles signifient que toute différence de traitement entraînant un traitement moins favorable est proscrite, et pas seulement les traitements illégitimes⁸²⁵.

397. C'est au regard de la notion de traitement et de son champ d'application que des divergences s'observent. L'article 8.7 de l'AECG couvre un large éventail d'activités allant de l'établissement à la cession de l'investissement⁸²⁶. En réalité, les termes employés permettront d'appréhender toutes les opérations liées à l'activité d'investissement du début à la fin de l'opération. Si cette rédaction se distingue de celle, laconique, du Traité sur la Charte de l'Énergie et de la majorité des TBI, elle

⁸²² Japon - Taxes sur les boissons alcoolisées, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 oct. 1996, p. 21. Cette interprétation permet deux conceptions de la similarité : une conception étirée (ex. LCIA, 1er juillet 2004, sentence, *Occidental Exploration and Production Company c. République de l'Équateur*, aff. n° UN3467 ; CPA, 17 mars 2015, sentence, *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton et Bilcon of Delaware, INC. c. Canada*, aff. n° 2009-04) et une conception resserrée (ex. CIRDI, 26 février 2014, sentence, *Renée Rose Levy de Levi c. Pérou*, aff. n° ARB/10/17).

⁸²³ S.D. Myers Partial Award ; CIRDI (CNUDCI), 10 avril 2001, sentence sur le fond phase II, *Pope & Talbot Inc. c. Canada* ; CIRDI (ALENA), 16 décembre 2002, sentence, *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, aff. no. ARB(AF)/99/1, CIRDI, 11 septembre 2007, sentence, *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, aff. n° ARB/05/8, (n. 53), CNUDCI, 15 décembre 2014, sentence, *Hesham Talaat M. Al-Warrag c. Indonésie* (n. 48).

⁸²⁴ Voir CPA (CNUDCI) sentence sur la compétence et la responsabilité, 17 mars 2015, *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton et Bilcon Of Delaware, Inc c. Canada (Clayton/Bilcon)*, aff. No. 2009-04 (n. 55), *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, S.D. Myers Inc. c. Canada et Pope & Talbot c. Canada (n. 57).

⁸²⁵ CREPET DAIGREMONT C., *La clause de la nation la plus favorisée*, Pedone, Paris, 2015.

⁸²⁶ Art. 8.7, 1° AECG : « Chaque Partie accorde à un investisseur de l'autre Partie et à un investissement visé un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des situations similaires, aux investisseurs d'un pays tiers et à leurs investissements en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la direction, l'exploitation, la gestion, le maintien, l'utilisation, la jouissance ainsi que la vente ou la disposition de leurs investissements sur son territoire. »

se rapproche toutefois de quelques TBI européens⁸²⁷, dont la portée pratique a été largement entendue. Il semble au demeurant que l'AECG soit ici influencé par la pratique canadienne et nord-américaine dont l'article 1103 de l'ALENA de 1994 est un exemple⁸²⁸. Selon cette pratique est consacré un champ d'application large de la clause qui s'étend à l'ensemble des opérations relatives aux investissements,⁸²⁹ mais également à la phase de pré-établissement⁸³⁰ et donc aux investisseurs⁸³¹, *a contrario* de la pratique identifiée dans les TBI européens non préoccupés par la libéralisation de l'investissement.

398. La détermination du caractère plus favorable du traitement accordé aux investisseurs d'une autre nationalité peut également être délicate. Les accords européens ne dérogent cependant pas à l'approche adoptée en droit international. Seule la différence de traitement aboutissant à un traitement défavorable est prohibée.⁸³² Autrement dit, l'égalité de traitement n'est pas l'objectif des clauses TNPF (ou TN), il s'agit seulement d'un minimum attendu⁸³³.

⁸²⁷ Art. 3 §1 TBI Allemagne/Iran ; art. 4 §2 TBI France/Mexique ; art. 4 §2 TBI Royaume-Uni Slovaquie. Ici le Royaume-Uni rompt avec une pratique minoritaire présente dans quelques-uns de ses TBI antérieurs à 2009 indiquant que le champ du TNPF s'étend à toutes les dispositions du TBI. V. ex. Art. 3 TBI Royaume-Uni Viet Nam 2003.

⁸²⁸ Art. 1103 ALENA: '1. Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investors of any other Party or of a non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments. 2. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments of investors of any other Party or of a non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.'

D'autres ALE canadiennes emploient une rédaction proche, exemple en est récemment avec l'art. 9.5 du Partenariat Trans-Pacifique (PPT). Les clauses figurant dans les ALE conclues par le Canada avec la Colombie (2011) et la Corée (2015) contiennent presque la même clause NPF applicable aux investissements et aux investisseurs. La pratique des États-Unis, qu'on retrouve dans le modèle de TBI de 2012 se lit également de la même manière : v. Art. 41§ et 2§ US Model BIT 2012.

⁸²⁹ La portée extrêmement large de la clause TNPF dans l'AECG est accentuée par le fait que d'autres dispositions dans l'AECG étendent le traitement NPF à des secteurs spécifiques. Il en est ainsi de l'art. 13.4 qui étend le traitement NPF aux investissements dans les institutions financières et de l'art. 14.2 pour les services de transport maritime international.

⁸³⁰ cf. instrument interprétatif du Traité sur la Charte de l'Énergie qui prévoit la possibilité d'étendre à la phase pré-établissement.

⁸³¹ Le fait de couvrir les investisseurs en plus des investissements lève toute ambiguïté sur la portée générale de la clause, mais cela ne change pas vraiment par rapport aux clauses NPF applicable uniquement aux investissements. En effet, les investisseurs sont couverts parce qu'ils réalisent un investissement et dans la mesure où la mesure considérée concerne leur activité d'investisseur.

⁸³² Il s'agit là d'une autre différence entre les clauses NPF — ainsi que les clauses TN — et le principe général d'égalité de traitement ou de non-discrimination du droit communautaire cf. Art. 18 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « ... toute discrimination exercée en raison de la nationalité est interdite ». C'est la même approche dans le cadre de la Conv. EDH (cf. art. 14). Selon la Cour EDH, cette disposition interdit toute différence de traitement en dehors de celles ayant une « justification objective et raisonnable » : Cour. EDH, arrêt (plén.), 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects de la législation sur l'emploi des langues dans l'enseignement en Belgique »*, req. n° 2126/64, par. 10 (IB).

⁸³³ Les bénéficiaires du traitement NPF peuvent être plus favorisés que les étrangers qui n'ont pas de clauses NPF. De même, les bénéficiaires peuvent être traités différemment tant qu'ils bénéficient au moins des mêmes

399. Tout comme pour la clause relative à l'obligation de traitement national, le paragraphe 2 de l'article 8.7 de l'AECG reproduit une préoccupation traditionnelle des accords canadiens au regard de leur structure fédérale. Le deuxième paragraphe de l'article 8.7 de l'AECG concerne l'organisation fédérale des parties. Il s'agit d'une préoccupation classique dans la pratique canadienne⁸³⁴. Ici, il s'agit d'indiquer que le traitement NPF doit être accordé tant au niveau de l'Union et du gouvernement fédéral canadien que des entités infra (Provinces canadiennes, États membres de l'Union et entités régionales des États). Il y a ici une différence notable avec la clause fédérale de l'article 8.6 paragraphe 2 relative au traitement national. En effet dans cette dernière, il s'agit de donner des indications sur le sens de la notion de « traitement national » par rapport au traitement accordé par un gouvernement autre qu'au niveau fédéral⁸³⁵ ou de l'Union. Cette question concerne spécifiquement l'interprétation du traitement national alors qu'il s'agit ici, paradoxalement, d'élargir le champ du traitement de la nation la plus favorisée⁸³⁶.

400. Sur la détermination du champ de la clause, il apparaît dans la pratique européenne, qui n'est pas encore uniformément fixée, des différences notables avec les AII antérieurs et en particulier avec les TBI européens et les instruments des États-Unis et du Canada⁸³⁷.

401. En premier lieu, il faut noter l'absence remarquable de la clause dans l'accord UE Singapour. L'ALE UE Corée de 2020, qui n'appréhende pas spécifiquement les investissements, mais l'établissement en général et les « mesures des parties affectant l'établissement »⁸³⁸, prévoit la clause qui se limite au seul traitement plus favorable issu d'accords d'intégration économique ultérieurs⁸³⁹.

avantages que les étrangers d'autres nationalités. Un traitement plus favorable doit être compris comme un avantage accordé spécialement à certains octroyant une position supérieure, dérogatoire par rapport au droit commun. Mais la jurisprudence en matière d'investissement n'est pas claire sur ce point. En tout état de cause, le caractère plus favorable doit être objectivement apprécié. CREPET DAIGREMONT C., *La clause de la nation la plus favorisée*, op. cit.

⁸³⁴ V. Modèle de TBI du Canada de 2014

⁸³⁵ CETA, Art. 8.6 (2) : « Le traitement accordé par une Partie en vertu du paragraphe 1 signifie, en ce qui concerne un gouvernement au Canada autre qu'au niveau fédéral, un traitement non moins favorable que le traitement le plus favorable accordé, dans des situations analogues, par ce gouvernement aux investisseurs du Canada sur son territoire et aux investissements de ces investisseurs ».

⁸³⁶ Le modèle américain de TBI de 2004, qui prévoit la précision à l'égard du traitement national, ne pose aucune indication en ce qui concerne la clause de la nation la plus favorisée.

⁸³⁷ TZANAKOPOULOS A., "National treatment and MFN in the (invisible) EU Model BIT", *J World Invest Trade*, 2014, 15, pp. 484–505.

⁸³⁸ V. Art. 7.10 Accord de libre-échange entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Corée, d'autre part, signé le 6 octobre 2010, entrée en vigueur le 15 décembre 2015, JO L 127 du 14.5.2011, p. 1-1426.

⁸³⁹ Art. 7.14 ALE UE-Corée : « En ce qui concerne toute mesure couverte par la présente section affectant l'établissement, sauf disposition contraire du présent article, chaque partie accorde aux établissements et investisseurs de l'autre partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde aux établissements et investisseurs

402. Il s'agit d'une approche différente de celle retenue dans l'accord de protection des investissements conclus avec le Viet Nam. Effectivement, dans le cadre de cet accord, le traitement de la nation la plus favorisée ne s'applique qu'en ce qui concerne « l'exploitation des investissements visés »⁸⁴⁰. À l'instar du traitement national, cette limitation est cohérente dès lors que l'accord en cause ne se limite qu'à la protection des investissements⁸⁴¹. Il faut toutefois noter qu'ici, également, le traitement de la nation la plus favorisée se limite aux accords conclus après l'entrée en vigueur de l'accord principal⁸⁴².

403. L'approche du traitement NPF applicable à l'établissement des investissements est intéressante dans ces accords, car elle favorise l'objectif spécifique du traitement NPF. En supposant qu'au moment de la signature du traité contenant la clause NPF, une égalité de traitement soit atteinte en ce qui concerne le traitement des investissements d'autres pays, les États parties poursuivent l'objectif que le traitement NPF maintienne cette égalité ou cet équilibre à l'avenir. L'objectif ainsi poursuivi est le même que celui pour lequel les clauses NPF ont été utilisées pendant une longue période : éviter la renégociation des traités. Dès qu'une des parties consent à de nouveaux avantages pour d'autres partenaires dans le cadre d'accords de libre-échange ultérieurs, il n'est pas nécessaire de renégocier les avantages de ces nouveaux avantages ; comme le permettent les clauses NPF existantes. Le fait de préciser que seul un traitement plus favorable dans le cadre d'autres accords de libre-échange ou d'intégration économique peut être étendu garantit le respect du principe *ejusdem generis*. Ce principe, indépendamment de sa mention, régit de manière constante la mise en œuvre de chaque clause NPF⁸⁴³.

similaires de tout pays tiers dans le cadre d'un accord d'intégration économique signé après l'entrée en vigueur du présent accord ».

⁸⁴⁰ Art. 2.4 §1 API UE Viet Nam.

⁸⁴¹ On signalera que, dans le texte approuvé de 2016, la clause NPF s'étendait également à l'établissement des investissements. Une distinction explicite existait notamment en ce qui concerne l'établissement et l'exploitation. Ainsi la clause NPF, pour ce qui est de l'établissement, renvoyait aux accords en cours de négociation à l'époque par l'UE : « 1. Chaque partie accordera aux investisseurs de l'autre partie et à leurs investissements en ce qui concerne l'établissement d'une entreprise sur son territoire un traitement non moins favorable que le traitement qu'elle accorde, dans des situations analogues, aux investisseurs et à leurs investissements en vertu de l'accord de libre-échange que la première partie négocie actuellement.

2. Chacune des Parties accordera aux investisseurs de l'autre Partie et à leurs investissements en ce qui concerne leur exploitation sur son territoire, un traitement non moins favorable que le traitement qu'elle accorde, dans des situations analogues, aux investisseurs et aux investissements de tout pays tiers. »

⁸⁴² Art. 2.4 §3 API UE Viet Nam.

⁸⁴³ Selon Endre Ustor, rapporteur de la Commission du droit international sur les clauses NPF dans les années 1970, ce principe signifie que : « no other rights can be claimed under a most-favoured-nation clause than those falling within the limits of the subject-matter of the clause » : CDI, 'Draft articles on most-favoured-nation clauses with commentaries', *Yearbook of the International Law Commission*, 1978-II, Part Two, p. 21. V. également Commission arbitrage *ad hoc*, 6 mars 1956, sentence, *affaire Ambatielos*, RSA (XII) : 83-153.

404. Il est également intéressant de remarquer que la clause, en dehors du cas de l'accord avec le Viet Nam, ne ressemble pas aux formulations typiques des TBI européens. Elle ressemble davantage aux clauses nord-américaines.

B. L'insertion originale de limitations

405. Dans le cadre des nouveaux AII de l'UE, à l'exclusion de l'accord UE Singapour qui ne prévoit aucune obligation de la nation la plus favorisée, deux clauses interprétatives se démarquent de la pratique générale antérieure en limitant sensiblement la portée de la clause.

406. La première, si elle s'éloigne des TBI assimilés au *gold standard* européen, est désormais fréquente dans les récents TBI et chapitres sur l'investissement des ALE. Il s'agit d'exclure le jeu de la clause pour « les procédures de règlement des différends relatifs aux investissements entre investisseurs et États prévues » dans tout autre accord de commerce ou d'investissement⁸⁴⁴. C'est incontestablement la conséquence de l'interprétation large, et involontaire à certains égards, suite à la jurisprudence *Maffezini* procédant à un rapprochement conceptuel entre les clauses substantielles et procédurales au regard de l'objectif de la clause NPF et des accords d'investissement⁸⁴⁵. Selon cette interprétation, le traitement NPF devrait s'étendre au consentement à l'arbitrage lorsqu'aucun consentement n'a été donné aux bénéficiaires du traité de base⁸⁴⁶. Et c'est justement sur la question du consentement que ce raisonnement achoppe ; l'application de la clause sur des éléments de procédure impliquerait la création d'un nouveau consentement à l'arbitrage⁸⁴⁷. En outre, le critère

⁸⁴⁴ V. art. 8.7 §4 AECG ; art. 8.9 § 4 ALE UE Japon ; art. 2.4, 5) API UE-Viet Nam.

⁸⁴⁵ V. par exemple CIRDI, 30 octobre 1997, *Maffezini c. Espagne*, aff. n° ARB/97/7, par. 54-55 : « Notwithstanding the fact that the basic treaty containing the clause does not refer expressly to dispute settlement as covered by the most favored nation clause, the Tribunal considers that there are good reasons to conclude that today dispute settlement arrangements are inextricably related to the protection of foreign investors, as they are also related to the protection of rights of traders under treaties of commerce [...] It follows that such arrangements, even if not strictly a part of the material aspect of the trade and investment policy pursued by treaties of commerce and navigation, were essential for the adequate protection of the rights they sought to guarantee ». Dans l'affaire *Austria Airlines c. Slovaquie* (CNUDCI, 9 octobre 2009, sentence, *Austria Airlines c. Slovaquie*, par. 124) le Tribunal a rejeté l'application de la clause NPF, mais a reconnu l'importance égale des droits matériels et procéduraux : « As a general matter, the Tribunal observes that it sees no conceptual reason why an MFN clause should be limited to substantive guarantees and rule out procedural protections, the latter being a means to enforce the former. »

⁸⁴⁶ V. par ex Arb. Instit. SCC., octobre 2005, compétence, *RosInvest Co UK Ltd. c. la Fédération de Russie*, aff. n° V079/2005 ; CIRDI, 3 juillet 2013, sentence, *Garanti Koza LLP c. Turkménistan*, aff. n° ARB/11/20.

⁸⁴⁷ Néanmoins, l'application de la clause NPF pour modifier un aspect de la procédure a été admise dans la plupart des cas. Elle a toutefois été rejetée dans certaines affaires, notamment contre l'Argentine : CIRDI, 8 décembre 2008, sentence, *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentine*, aff. n° ARB/04/14 ; CPA- CNUDCI, 10 février 2012, sentence, *ICS Inspection and Control Services Limited c. Argentine*, aff. n° 2010-9 ; CIRDI, 22 août 2012, sentence, *Daimler Financial Services AG c. Argentine*, aff. n° ARB/05/1, sentence.

du traitement NPF étant objectif, il n'est pas toujours aisé d'identifier un traitement objectivement défavorable sur des aspects procéduraux⁸⁴⁸.

407. Il est incontestable, en raison de son importance au regard des investisseurs, que le mécanisme de règlement des différends investisseurs-États est tout aussi important que les garanties substantielles. Toutefois, les controverses et réticences croissantes autour de ces mécanismes internationaux, particulièrement mises en évidence dans les négociations difficiles entre l'UE et le Canada, confortent l'exclusion opérée par les négociateurs. De la sorte, le mécanisme est mis à l'abri d'éventuelles interprétations déformatrices par le jeu de la clause NPF.

408. Si cette précision n'est pas innovante, elle traduit toutefois les inquiétudes avancées par un certains nombreux d'États au regard de la trop grande flexibilité des accords d'investissements et de leurs mécanismes de règlement de différends qui servent en premier lieu les intérêts des investisseurs.

409. L'innovation la plus évidente est sans doute celle qui tend à considérer que les obligations substantielles, contenues dans les traités, ne constituent pas en tant que tels des traitements susceptibles de déclencher le jeu de la clause, et ce, en l'absence de mesure concrète de mise en œuvre⁸⁴⁹.

410. Il s'agit là d'une innovation majeure qu'il faut saluer en ce qu'elle complète les autres mesures précitées visant à réduire les possibilités de *treaty shopping*. Ainsi, la clause de la nation la plus favorisée ne peut permettre à l'investisseur d'opérer un tri sélectif entre divers instruments afin de remodeler le traité qui lui est applicable⁸⁵⁰. Seul le traitement effectivement accordé par chaque partie est donc concerné, et pas seulement les engagements pris avec des pays tiers. Autrement dit, la clause n'appréhende que les discriminations *de facto*, et non *de jure*, découlant de différences de formulation des clauses entre les accords. Il s'agit là d'une véritable opposition à l'ensemble des instruments relatifs aux investissements existant, et notamment des instruments de libéralisation du commerce où il importe également d'assurer une non-discrimination pour les instruments futur et potentiel au travers d'une clause absolue de traitement de la nation la plus

⁸⁴⁸ V. STERN B., Opinion in Trib. CIRDI, 27 juin 2011, sentence, *Impregilo S.p.A. c. République argentine*, aff. n° ARB/07/17 ; CREPET DAIGREMONT C., *La clause de la nation la plus favorisée*, *op. cit.*

⁸⁴⁹ cf. Art. 8.7. 4) AECG : « Les obligations de fond contenues dans d'autres traités internationaux d'investissement et d'autres accords commerciaux ne constituent pas en soi un "traitement", et ne peuvent donc pas donner lieu à une violation de cet article, en l'absence de mesures adoptées ou maintenues par une partie conformément à ces obligations »

⁸⁵⁰ FAYA RODRIGUEZ A. "The most-favored-nation clause in international investment agreements – A tool for treaty shopping?", *J Int Arbitr*, 2008, 25, pp. 89–102.

favorisée⁸⁵¹. Dès lors qu'il est admis que, dans le cadre des investissements étrangers, les conditions juridiques importent moins que les conditions économiques dans la décision d'investir, ce changement de formulation de la clause doit être salué en ce qu'il contribue à lutter contre le *forum shopping* tout en garantissant le principe fondamental de non-discrimination⁸⁵².

§3. L'effectivité de l'accès au marché comme facteur de dépassement de la non-discrimination

411. En vue d'une libéralisation effective de l'investissement, les accords européens garantissent aux investisseurs et aux investissements étrangers un ensemble de garanties qui, sans relever *stricto sensu* du principe de non-discrimination, ont le même objet. Peu développées dans les accords d'investissements traditionnels — en particulier les TBI orientés principalement sur la protection des investissements — elles trouvent leur source dans les instruments de libéralisation du commerce tels que les accords de l'OMC. Elles ont pour objet principal de garantir l'effectivité de la libéralisation et de l'ouverture des marchés en neutralisant les conditions de concurrence. Au demeurant, elles proscrivent une diversité de mesures imposant des contraintes opérationnelles nationales pour l'admission de l'investissement ou encore son expansion. Identifiée sous la terminologie de « *host country operational measures* », on y trouve notamment les « prescriptions de résultats » — *performance requirements* — ou encore toutes les contraintes relatives au personnel clé⁸⁵³.

412. En ce qui concerne les prescriptions de résultats, bien qu'elles figurent dans les accords de l'OMC et en particulier l'accord MIC, les accords européens les reproduisent et les élargissent⁸⁵⁴. Diverses⁸⁵⁵, elles constituent un outil politique utilisé par les pays pour atteindre une plus grande compétitivité et encourager le transfert de la technologie ou de l'emploi, entre autres⁸⁵⁶.

⁸⁵¹ V. par ex. ORD-OMC, 9 avril 1999, décision des arbitres, Communautés européennes — Régime d'importation, de vente et de distribution des bananes (aff. Bananes III), WT/DS27/ARB, par. 6.11.

⁸⁵² BJORKLUND A.K., « The national treatment obligation », *op. cit.*

⁸⁵³ CNUCED, Series on issues in international investment agreements, New York, United Nations, 2001, pp. 34-39.

⁸⁵⁴ BERNASCONI-OSTERWALDER N., "Commentary to the draft investment chapter of the Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)", IISD, 2013, pp. 17-19.

⁸⁵⁵ Cf. CNUCED *Host country operational measures*. Il n'existe pas de liste exhaustive des types de mesures pouvant constituer des exigences de performance. Les mesures peuvent varier de la garantie d'un niveau de contenu local pour les produits et services à la réalisation d'actions environnementales et sociales.

⁸⁵⁶ Même si la controverse existe sur leur efficacité réelle pour le développement économique des États hôtes. Pour une étude globale incluant une analyse de cette controverse, v. NIKIEMA S., *Performance Requirements in Investment Treaties*, IISD Best Practice Series, IISD (Institut du développement durable) 2014, pp. 2-3, www.iisd.org/sites/default/files/publications/bestpractices-performance-requirements-investment-treaties-en.pdf. V. égal. LATTY F., « Discrète mais envahissante : la clause de libre exploitation », *RGDIP*, 2015, 1, pp. 179-196, spéc.

413. Au regard de la pratique, on constate que l'approche traditionnelle a consisté à ne pas mentionner les exigences de performance dans les AII, à l'exception des TBI américains qui ont toujours inclus des dispositions interdisant aux États d'accueil d'imposer les exigences de performance⁸⁵⁷. Si de plus en plus d'AII contiennent de telles clauses, la tendance n'est pas majoritaire. Un certain nombre de traités n'en prévoient pas⁸⁵⁸. L'introduction de ces clauses dans les AII européens apparaît donc comme un véritable emprunt aux modèles de libéralisation des investissements nord-américains et ce d'autant plus que ni les TBI des États membres ni les précédentes ALE de l'UE n'en prévoyaient.

414. À ce stade, on retrouve l'interdiction des prescriptions de résultats dans l'ALE UE Japon⁸⁵⁹, dans l'AECEG⁸⁶⁰ ainsi que d'ALE UE Viet Nam⁸⁶¹. L'absence dans le cadre du partenariat avec Singapour est sans doute due au fait que les dispositions relatives aux investissements ne contiennent aucun engagement en matière de libéralisation des investissements⁸⁶². La filiation des dispositions européenne avec le modèle nord-américain s'observe en outre dans le contenu des clauses⁸⁶³. C'est ainsi qu'elles sont applicables durant toutes les phases de l'opération d'investissement et concernent divers types de mesure, dont les mesures incitatives. C'est cependant sur la question des exceptions que des divergences existent tant avec les instruments nord-américains que les accords européens entre eux. Par exemple l'AECEG prévoit une exception pour des considérations liées aux « besoins des pouvoirs publics » qui ne se retrouvent pas dans les autres accords⁸⁶⁴. En outre, les accords européens ne reprennent pas par exemple les exceptions de l'ALENA pour ce qui est des mesures nécessaires à la protection de la santé humaine ou animale⁸⁶⁵.

p. 179 ; CNUCED, *Foreign direct investment and performance requirements: new evidence from selected countries*, United Nations, 2003, pp. 6-9 et *passim*.

⁸⁵⁷ Art. 8 Modèle TBI USA. Et plus récemment dans les TBI canadiens et japonais.

⁸⁵⁸ Modèle de TBI indien ; CIFA (Comprehensive Investment Framework Agreement) Brésil-Malawi.

⁸⁵⁹ Art. 8.11 ALE UE Japon

⁸⁶⁰ Art. 8.5 AECEG

⁸⁶¹ Si dans le cadre de l'AECEG et de l'ALE UE Japon, les dispositions sont directement insérées dans les parties relatives aux investissements, on observe que dans l'API UE Viet Nam, il n'y a pas à proprement parler de clauses interdisant les prescriptions de résultats. Toutefois, l'ALE UE Viet Nam, qui contient un chapitre 8 sur la libéralisation des investissements et du commerce des services, prévoit ladite clause (Art. 8.8 ALE UE Viet Nam) au côté d'autres clauses (TN, TNPF, etc.)

⁸⁶² Il est admis par certains que cette absence est relativisée dans une moindre mesure dès lors que, d'une part les accords de l'OMC imposent l'interdiction et que d'autre part le jeu de la TNPF est possible. V. en ce sens PIGEON N., *La mise en œuvre de la compétence de l'UE en matière d'investissements internationaux*, Thèse, 2008, Université Paris II La Sorbonne, p. 454, on rappelle toutefois que l'API UE Singapour ne contient pas de clause TNPF.

⁸⁶³ La rédaction de la clause son champ d'application est similaire à l'art. 1106 ALENA.

⁸⁶⁴ Art. 8.5 § 5, b) AECEG. L'ALE UE Viet Nam prévoit *a contrario* une exception relative aux mesures conformes à l'article III § 8, b) GATT qui ne figure pas dans l'AECEG (Art. 8.8 §8) ALE UE Viet Nam).

⁸⁶⁵ Art. 1106 § 6, a) ALENA.

415. Si les listes d'exclusions des parties restent pertinentes dès lors qu'elles limitent l'étendue des prescriptions de résultats aux seuls domaines libéralisés, le constat est le parti pris des accords européens envers une expansion du champ des prescriptions de résultats. Effectivement, l'interdiction s'applique à « tout investissement » sur le territoire de l'État, indépendamment de son origine⁸⁶⁶. Si ce choix démontre la défiance, désormais partagée avec les Américains, envers les prescriptions de résultats et la volonté de neutralisation de ces derniers dans le cadre d'une homogénéisation des marches⁸⁶⁷, sa généralisation en dépit du partenaire suscite l'étonnement. En effet, pour certains États en développement, dont le Viet Nam, les prescriptions de résultats notamment en matière de transfert de technologie constituent un puissant instrument politique en faveur du développement de l'État⁸⁶⁸.

416. Les accords européens interdisent en outre d'autres contraintes nationales similaires telles que celles relatives à la nationalité du personnel clé⁸⁶⁹. Mais la disposition la plus significative — qu'on ne retrouve par exemple pas dans l'ALENA —, qui explicite davantage la volonté de l'UE d'approfondir la libéralisation des investissements, est la clause « Accès au marché ». Cette clause adapte les obligations d'accès au marché prévu dans l'AGCS au cadre de la libéralisation des investissements, en interdisant par exemple les limitations relatives au nombre d'entreprises, à la valeur totale des transactions ou des actifs ou encore à la participation de capitaux étrangers⁸⁷⁰. Inédite dans le cadre des TBI, elle permet toutefois d'acter le rapprochement avec la libéralisation des investissements dans le cadre interne où l'effectivité de l'accès au marché constitue le critère opérationnel principal.

⁸⁶⁶ cf. art. 8.5 § 1 et 2 AECG.

⁸⁶⁷ PIGEON N., *La mise en œuvre de la compétence de l'UE en matière d'investissements internationaux*, op. cit., p. 456.

⁸⁶⁸ L'UE aurait pu choisir la tendance de certains ALE notamment d'États sud-américains prévoyant des exceptions en matière de transfert de technologie pour les États en développement. cf. L. Hsu pp. 284-85 (*Foreign investment under CETA*) la volonté initiale affichée par les institutions européennes en faveur d'accords prenant en compte le développement de chaque État.

⁸⁶⁹ Art. 8.8 AECG « Dirigeants et conseils d'administration » : « Une Partie n'exige pas qu'une entreprise de cette Partie qui constitue également un investissement visé nomme des personnes physiques d'une nationalité particulière à des postes de dirigeants ou au conseil d'administration. » ; art. 8.10 ALE UE Japon ; etc.

⁸⁷⁰ Art. 8.4 AECG ; art. 8.4 ALE UE Viet Nam.

CONCLUSION DU CHAPÎTRE

417. L'étude du régime de la libéralisation des investissements étrangers a mis en évidence une conception dynamique du principe de non-discrimination qui permet de garantir l'accès au marché des investissements étrangers couverts. Ce constat ressort en premier lieu de l'importance du principe dans la libéralisation du marché intérieur. Ainsi au travers d'une conception extensive de la non-discrimination — érigé en principe général du droit de l'UE — ce dernier est susceptible de sanctionner un large panel d'entraves discriminatoires — formels ou non — à la liberté d'investir. Dans un deuxième temps, la formulation du principe de non-discrimination dans les accords de l'UE ne s'écarte pas du cadre traditionnel mis en évidence dans la majorité des AII. En dépit d'un souci — marginal — de limitation de la clause de la nation la plus favorisée, ce dernier, ainsi que la clause du traitement national, participe ainsi à garantir l'effectivité de l'accès au marché de l'investisseur.

418. La volonté de garantir l'accès au marché des investisseurs étrangers est renforcée par l'existence de clauses allant au-delà de la non-discrimination. C'est notamment le cas de l'interdiction des prescriptions de résultats, ou encore de la conception de l'entrave en interne, qui conforme l'encrage dans un modèle de libéralisation. Leur incursion dans les accords de protection était jusqu'à maintenant limitée à la pratique nord-américaine, mais sans parvenir au niveau de libéralisation offert par le Droit de l'UE. Cette percée libérale implique une prise en considération relative de la marge de manœuvre de l'Etat en matière d'admission de l'investissement.

CHAPITRE 2. LA RELATIVITÉ DE LA MARGE DE MANŒUVRE ÉTATIQUE EN MATIÈRE D'ADMISSION

419. L'un des aspects pour lesquels la portée de la protection contre les traitements discriminatoires peut être différente en vertu du droit européen et des TBI, notamment des Etats membres, concerne la notion de flexibilité réglementaire. Bien que le droit européen considère les libertés économiques comme des principes fondamentaux, il reconnaît expressément que ces libertés peuvent être restreintes pour faire place à des intérêts publics concurrents⁸⁷¹. Même si les dérogations aux libertés économiques de l'UE font l'objet d'une interprétation étroite⁸⁷², on pourrait faire valoir que le droit européen fournit au moins la base textuelle nécessaire qui permet de concilier la protection des intérêts économiques privés et les objectifs concurrents de bien-être public. Même s'il s'agit d'une prise en compte subsidiaire, la situation s'écarte de la plupart des TBI qui font partie de la première génération de traités d'investissement qui ne prévoient aucune exception pour les mesures de politique publique⁸⁷³. Sans doute que cette absence peut également se justifier par le fait que le principe de non-discrimination dans ce cadre ne s'applique pas en matière de libéralisation de l'investissement. Cette idée est confortée par le fait que la réglementation européenne se rapproche d'une tendance observable récemment dans les AII et en particulier dans les instruments nord-américains où la portée de l'intégration de la phase de réinvestissement est tempérée par diverses clauses de sauvegardes. L'UE dans ses accords externes

⁸⁷¹ Ex. 36 TFUE qui permet aux États de déroger à leur engagement en matière de libre circulation des marchandises pour des raisons de moralité publique, d'ordre public ou de sécurité publique ; de protection de la santé et de la vie des personnes, des animaux ou des plantes ; de protection des trésors nationaux possédant une valeur artistique, historique ou archéologique ; ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. De même, les dérogations d'ordre public et de sécurité à la libre circulation des services et des capitaux sont inscrites respectivement dans les articles 45 et 65.

⁸⁷² V. CJCE, 10 juillet 1984, *Campus Oil Limited c. Minister for Industry and Energy*, aff. C-72/83, Recueil 1984, p. 2727, pt. 37 : 'L'article [36], en tant qu'exception à un principe fondamental du traité, doit être interprété de telle manière que son champ d'application ne soit pas étendu au-delà de ce qui est nécessaire pour la protection des intérêts qu'il vise à garantir et que les mesures prises en vertu de cet article ne créent pas d'obstacles disproportionnés par rapport à ces objectifs'.

⁸⁷³ La jurisprudence en matière d'arbitrage des investissements suggère que les tribunaux d'arbitrage sont plus susceptibles de donner du poids aux justifications politiques lorsque le traité applicable les autorise expressément à le faire. Ainsi, l'absence d'exceptions d'ordre public dans un AII intracommunautaire peut donner lieu à une interprétation des engagements de protection des investissements qui y sont contenus comme, étant indérogeables, permettant ainsi à l'investisseur de l'emporter. V. par ex. CIRDI, 5 septembre 2008, sentence, *Continental Casualty Company c. Argentine*, aff. n°ARB/03/9, paragraphes 231-233, où la présence de la clause d'exception dans le traité a permis à l'État de défendre avec succès ses mesures. En revanche, sa défense dans une affaire largement similaire a échoué, car le traité applicable ne contenait aucune clause d'exception. V. CIRDI, 27 décembre 2010, décision sur la responsabilité, *Total SA c. République argentine*, aff. n°ARB/04/1, paragraphes 224-230.

s'inspire également de cette tendance tout en allant au-delà afin de renforcer la protection du droit de réglementer des États.

420. La consécration, subsidiaire, de la capacité réglementaire en interne (Sect. 1) précédera le mouvement d'extension de cette capacité en externe (Sect. 2).

SECTION 1. LA SUBSIDIARITÉ DE LA CAPACITÉ RÉGLEMENTAIRE ÉTATIQUE EN INTERNE

421. Le droit européen se démarque du droit international et notamment des instruments conventionnels des États membres par la complexité affichée dans l'appréhension matérielle des investissements. De l'approche exclusive des TBI par exemple, le droit de l'UE se distingue par une approche dynamique permettant une cohabitation de disciplines et d'intérêts dans la réglementation de l'investissement. C'est dans cette optique que l'État voit sa capacité réglementaire préservée dans certaines situations (§1). En dépit de cette prise en compte, le projet européen demeure par essence un projet économique où la libéralisation de l'investissement est érigée en principe fondamental. Ce postulat abouti en pratique à une subordination et à une appréciation stricte de la capacité réglementaire de l'État par rapport aux garanties de libéralisation (§2).

§1. La reconnaissance d'une réserve de compétence nationale

422. Contrairement aux TBI intraeuropéens, notamment, l'application des garanties de non-discrimination n'est pas absolue. Dans un premier temps, l'État est en mesure d'user du système de compétence afin de revendiquer, dans des matières non intégrées ou soumises à un régime particulier de libéralisation, une capacité de restriction, à l'instar des clauses d'exclusion du droit international. En outre, il bénéficie, dans les matières intégrées, de la reconnaissance par le droit de l'Union d'une capacité de restriction pour la poursuite de certains intérêts.

423. C'est la raison pour laquelle il convient de détailler en premier lieu les secteurs exclus (A) pour ensuite étudier les motifs de limitations dans la poursuite d'intérêts étatiques (B).

A. Les secteurs exclus de la libéralisation des investissements

424. En dépit d'un champ d'application du marché intérieur large qui implique une difficulté dans l'identification des secteurs objectivement exclus de la libéralisation de l'investissement (1), les traités permettent d'identifier des matières où la marge de manœuvre de l'État est préservée (b).

1. L'identification complexe des compétences exclusives de l'État

425. Le marché intérieur, tel que défini par l'art. 26, paragraphe 2 TFUE, renvoie à un champ d'application vaste. À la différence des TBI, pour lesquels l'État garde la main dans les domaines soumis à la libéralisation — et des autres AII tels que les accords de libre-échange — dans lesquels la libéralisation est limitée à des secteurs identifiés positivement ou négativement, l'identification

des domaines de compétence de l'État en droit communautaire demeure complexe. Ainsi, au-delà de l'absence d'une clause générale de répartition des compétences, il faut prendre en considération la nature du marché intérieur, socle de l'intégration qui implique un certain nombre de politiques et se prolonge dans une diversité de matières de sorte à étendre le champ d'action des libertés économiques et donc de la liberté d'investir⁸⁷⁴. On notera par exemple que si les États demeurent compétents en matière de fiscalité, un contrôle des impositions nationales et une compétence d'harmonisation fiscale existent afin d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur⁸⁷⁵. Au demeurant, au-delà des compétences d'appui qui relèvent des États, mais permettent l'implication de l'UE⁸⁷⁶, il faut également considérer tous les facteurs d'harmonisation⁸⁷⁷ imposés par le marché intérieur ainsi que les objectifs et principes sous-tendus par le projet d'intégration⁸⁷⁸.

426. Il ressort de cela que si effectivement des secteurs exclus de l'intégration économique existent en vertu du principe d'attribution, l'identification de leur étendue exacte demeure pour autant complexe en raison des capacités d'implication du marché intérieur.

2. L'aménagement de domaines de réserves de compétences nationales

427. Diverses contraintes, reconnues par les traités, tendent à réserver la pleine application des libertés économiques. Sur le plan matériel, même si elles restent exceptionnelles, quelques réserves sont à noter notamment en ce qu'elles sont totalement absentes de la pratique des TBI intraeuropéens.

428. En premier lieu, il s'agit de l'article 345 du TFUE selon lequel « les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres ». Il s'agit là d'un véritable point de clivage avec les instruments internationaux dont l'objet, qui intègre la protection de l'investissement, suppose nécessairement une emprise sur la propriété.

429. Ensuite, l'article 346 du TFUE précise que « tout État membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre ». Autrement dit, la

⁸⁷⁴ CONSTANTINESCO V., « Compétence l'Union européenne », *Repertoire Européen*, *Dalloz*, 2021.

⁸⁷⁵ Art. 110 à 113 TFUE.

⁸⁷⁶ Art. 6 TFUE qui prévoit comme domaines : « a) la protection et l'amélioration de la santé humaine ; b) l'industrie ; c) la culture ; d) le tourisme ; e) l'éducation, la formation professionnelle, la jeunesse et le sport ; f) la protection civile ; g) la coopération administrative. »

⁸⁷⁷ cf. les arts. 114 à 119. V. également d'autres dispositions telles que l'art. 90 et s TFUE qui prévoient la mise en œuvre progressive des principes économiques aux activités de transports.

⁸⁷⁸ Objectifs et principes essentiellement économiques : cf. arts. 170 et s TFUE.

rédaction de cette disposition implique que l'État conserve une certaine discrétion dans la libéralisation des investissements dans le domaine de l'armement.

430. D'autres exclusions, plus spécifiques, sont également prévues dans le cadre de politiques précises où l'UE est en principe compétente. En matière de santé publique⁸⁷⁹, les États demeurent compétents pour les « dons d'organes et de sang ou à leur utilisation à des fins médicales »⁸⁸⁰. Enfin, en soustrayant par exemple de l'examen de la Cour les opérations de police, le Traité reconnaît une réserve de compétence aux États dans les activités relevant du « maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure »⁸⁸¹. De même une lecture de l'article 347 TFUE permet de penser que l'État retrouve une certaine marge de manœuvre au regard des obligations du Traité en ce qui concerne les mesures qui apparaissent comme nécessaires dans les situations exceptionnelles « de troubles intérieurs graves affectant l'ordre public, en cas de guerre ou de tension internationale grave constituant une menace de guerre, ou pour faire face aux engagements contractés par lui en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationale ».

431. Ces dispositions, assimilables à des réserves de compétences nationales,⁸⁸² prévoient une capacité de soustraction aux engagements des Traités européens⁸⁸³ qui n'existent pas dans de nombreux AII et notamment dans les TBI des États membres. Il s'agit indéniablement, à l'instar des systèmes de réserves et plus spécifiquement des listes d'exclusions dans les accords commerciaux, et en particulier les ALE, de faciliter l'adhésion par le maintien d'une certaine marge de manœuvre étatique dans des domaines sensibles. C'est les engagements en matière de libéralisation qui impliquent de telles prévisions qu'on ne retrouve pas dans les TBI lesquels se préoccupent que de la protection des investissements.

⁸⁷⁹ Titre XIV du TFUE.

⁸⁸⁰ Art. 167 §7 TFUE : « L'action de l'Union est menée dans le respect des responsabilités des États membres en ce qui concerne la définition de leur politique de santé, ainsi que l'organisation et la fourniture de services de santé et de soins médicaux. Les responsabilités des États membres incluent la gestion de services de santé et de soins médicaux, ainsi que l'allocation des ressources qui leur sont affectées. Les mesures visées au paragraphe 4, point a), ne portent pas atteinte aux dispositions nationales relatives aux dons d'organes et de sang ou à leur utilisation à des fins médicales. » V. égal. L'art. 165 §1 TFUE relatif au respect par l'UE de « la responsabilité des États membres pour le contenu de l'enseignement et l'organisation du système éducatif ainsi que leur diversité culturelle et linguistique ».

⁸⁸¹ Art. 276 TFUE.

⁸⁸² La Cour de justice utilise l'expression de compétences nationales retenues : CJCE, 10 décembre 1969, *Commission c. France*, aff. jointes C-6 et C-11/69 ; CJCE, 17 juin 1997, *Sodemare E.A.*, aff. C-70/95.

⁸⁸³ On peut également noter les hypothèses où des capacités de soustractions existent pour certains États. Ainsi des hypothèses d'*opting out* pour une politique ou de soustractions sur des questions précises. La même finalité sert la soustraction de certaines questions au droit de l'Union. C'est le cas avec « le protocole (n° 32) sur l'acquisition de biens immobiliers au Danemark » annexé au Traité de Lisbonne (Maastricht initialement) qui permet au Danemark de garder son régime sur l'acquisition des résidences secondaires qui ferme l'accès aux non-nationaux. En l'absence d'un tel protocole, il y'aurait là une atteinte manifeste au principe de non-discrimination à raison de la nationalité : CJCE, 30 mai 1989, *Commission c. Grèce*, aff. 305/87, Rec. 1461.

B. L'identification d'intérêts légitimes concurrents

432. Si le projet européen, identifié autour du marché intérieur, est essentiellement économique, la volonté d'approfondissement d'«une union sans cesse plus étroite»⁸⁸⁴, matérialisée dans la formulation d'une diversité d'objectifs et de principes, explique qu'à côté des libertés fondamentales de l'investisseur, le droit européen définit un ensemble de politiques et d'actions révélatrices d'intérêts extérieurs aux investissements étrangers et aux investisseurs (1). Cette prise en compte, qui dépasse la perspective de sauvegarde des seuls intérêts économiques des investisseurs dans le TBI est renforcée par l'identification, dans le cadre des libertés fondamentales de l'investisseur, d'un ensemble de motifs légitimes de restrictions pour l'État (2).

1. La formulation de politiques concurrentes

433. Le marché intérieur, dans son développement et son affinement progressif, a nécessité le prolongement de l'action européenne dans d'autres matières qui, même si elles demeurent dans le champ économique, impliquent un dépassement de la logique de protection exclusive des intérêts économiques de l'investisseur. Ces développements se sont matérialisés dans des principes précis tels que le développement de l'industrie communautaire⁸⁸⁵, des réseaux transeuropéens, ou encore dans des politiques plus vastes telles que la politique sociale ou la politique de concurrence qui, nécessairement, impliquent une définition plus complexe du droit européen des investissements *a contrario* de celui issu des TBI des États membres. En l'occurrence, la politique sociale - qui posent des contraintes en termes d'emploi - ou la logique de contrôle du droit de la concurrence sont autant d'éléments qui constituent un frein ou un instrument de mise en balance du postulat libéral du régime des investissements et des libertés économiques européennes.

434. À côté de ces politiques économiques, il faut également noter l'existence de « politiques d'accompagnement » dont l'objet est d'assurer « la conciliation des principes économiques du Traité et d'impératifs moins économiques »⁸⁸⁶. Il en ressort que, dans sa formulation, le droit européen des investissements tel que défini par le droit du marché intérieur cohabite avec des considérations liées par exemple à la protection de l'environnement, des consommateurs, de la santé publique ou encore de la culture et l'éducation⁸⁸⁷. Le point d'orgue de cette cohabitation est sans doute à considérer du côté de la Charte des droits fondamentaux qui, dans un mélange éclectique de droits

⁸⁸⁴ Art. 1^{er}, al. 1 TUE.

⁸⁸⁵ Arts. 170 et s TFUE, introduits par le Traité de Maastricht.

⁸⁸⁶ CONSTANTINESCO V., « Compétence l'Union européenne », *Repertoire Européen*, Dalloz, 2021.

⁸⁸⁷ V. les arts. 191 et s. ; art. 169 ; art. 168 ; 167 et 165 respectivement introduits par l'acte unique européen et le Traité de Maastricht.

et de libertés, acte la cohabitation, à valeur égale, entre d'une part les droits et libertés économiques et, d'autre part, les droits et libertés fondamentaux *stricto sensu*⁸⁸⁸.

435. L'ensemble de ces éléments permet de postuler l'existence dans le texte, d'un droit européen des investissements plus complexe en ce qu'ils démontrent une certaine perméabilité impliquant une influence d'autres matières avec des intérêts antagonistes à l'investissement et à l'investisseur. Cette ouverture vers les droits de la personne, la protection de l'environnement ou encore les droits sociaux est exacerbée par l'usage, à côté de l'objectif de développement du marché intérieur, du concept de développement durable. Si cette cohabitation est progressive dans le cadre de l'UE, elle est toutefois inexistante dans les TBI traditionnels des États membres qui aujourd'hui semblent être mis au défi par une tendance non négligeable d'ouverture de décloisonnement normatif du droit des investissements.

436. Cette complexité du droit européen des investissements est par ailleurs mise en évidence par l'existence d'un certain nombre d'exceptions aux libertés économiques disponibles pour les États, dans la poursuite de certains intérêts.

2. La formulation d'exceptions aux garanties de l'investissement

437. La perméabilité du droit européen des investissements — à d'autres matières et intérêts que ceux de l'investisseur et *a contrario* de la réglementation issue des TBI des États — s'observe également par l'aménagement de nombreux motifs légitimant les atteintes aux libertés fondamentales de l'investisseur et *a fortiori* au principe de non-discrimination. Deux séries de justifications illustrent la complexité de la réglementation européenne.

438. Dans un premier temps, le TFUE, en sus des domaines exclus ou partiellement intégrés, pose des clauses d'exceptions permettant de justifier certaines mesures étatiques restrictives. Si, une fois n'est pas coutume, ces justifications conventionnelles ont d'abord été introduites dans le cadre de la libre circulation des marchandises⁸⁸⁹, elles ont par la suite été étendues aux autres dispositions⁸⁹⁰ de sorte à confirmer le caractère non absolu des libertés économiques et du principe de non-discrimination qui en découle. Si ce type de disposition se rencontre dans d'autres

⁸⁸⁸ KLEINHEISTERKAMP J., "Investment Protection and EU Law: The intra and extra EU Dimension of the Energy Charter Treaty", *JIEL*, mars 2012, vol. 15, p. 97; SATTOROVA M., "Investor Rights under EU Law and International Investment Law", *The Journal of World Investment and Trade*, 2016, 17, pp. 895-918.

⁸⁸⁹ Art. 36 TFUE.

⁸⁹⁰ Avec, toutefois, des aménagements dans la liste des intérêts invocables qui varie en fonction des libertés. HATZOPOULOS V., 'La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles' in DUBOUT E.; MAITROT DE LA MOTTE A., *L'unité des libertés de circulation*, Bruylant, 2013, pp. 208 et s.

instruments de libéralisation des investissements, et à ce titre on pense immédiatement aux exceptions générales et de sécurité des accords de l'OMC⁸⁹¹. Il est toutefois absent des instruments bilatéraux de protection des investissements signés par les États pour lesquels la non-discrimination, entre autres, est conçue comme absolue. Le droit de l'UE se démarque par ailleurs en ce que l'exhaustivité et l'interprétation strictes typiques des exceptions expresses sont ici dépassées et complétées par un cadre jurisprudentiel dérogatoire évolutif. Les « raisons impérieuses d'intérêt général »⁸⁹², en dépit de quelques confusions, ont ainsi permis l'essor de ce qui s'apparente à une théorie générale. En d'autres termes, il s'agit de la consécration d'un cadre théorique flexible garantissant aux États la préservation de leur capacité réglementaire.

439. La flexibilité de ce cadre est telle qu'il est permis de penser qu'il constitue un *forum* approprié de défense d'une diversité de mesures discriminatoires — ou indistinctement applicables — prises pour la satisfaction d'intérêts publics et généraux. Quelle que soit la définition retenue du rôle attendu de l'État, il s'agit en l'occurrence de ne pas faire de l'article 4, paragraphe 2, du TUE⁸⁹³ une simple déclaration d'intention.

440. Effectivement, l'État est en mesure d'avancer la préservation de diverses politiques afin de déroger aux prescriptions des libertés économiques de l'investisseur. C'est le cas en ce qui concerne la préservation de la politique de santé publique⁸⁹⁴ dont la légitimité a été pleinement affirmée dans l'arrêt *Kohll* afin de valider des mesures d'autorisation préalable a priori contraire aux dispositions en matière de libéralisation des services. Ainsi, toute mesure tendant à organiser la nature des services de santé ou leur répartition territoriale par exemple constitue un motif légitime de restriction dès lors qu'il s'agit d'assurer « sur le territoire... une accessibilité suffisante et permanente à une gamme équilibrée de soins hospitaliers »⁸⁹⁵.

441. Dans une dimension plus régaliennne, les États avancent également la préservation de leur politique fiscale et l'effectivité de leur pouvoir d'imposition déstabilisé par le cadre transnational des libertés économiques fondamentales. En constante évolution, les considérations fiscales ont en particulier permis de placer, dans le cadre des groupes de sociétés, des impératifs tels que celui

⁸⁹¹ Arts. XX et XXI GAT ; arts. XIV et XIV *bis* AGCS.

⁸⁹² Disparités sémantiques qui renvoient uniquement à la liberté dans laquelle le concept se déploie.

⁸⁹³ Art. 4 §2 TUE : « L'Union [...] respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre. »

⁸⁹⁴ DUBOIS L., « Les États membres de l'Union européenne ont-ils conservé la maîtrise de leur système de soins ? », in *L'Etat souverain dans le monde d'aujourd'hui, Mélanges en l'honneur de J.-P. Puissechet*, Pedone 2008, p. 77.

⁸⁹⁵ CJCE, 16 mai 2006, *Watts*, aff. C-372/04, pt. 109.

d'une répartition équilibrée du pouvoir d'imposition au rang des raisons impérieuses d'intérêt général avec l'affaire *Marks & Spencer*⁸⁹⁶.

442. La protection des pouvoirs de police de l'État et leurs diverses manifestations constituent également un terreau d'identification d'un certain nombre de motifs légitimes d'entrave dont le cœur reste la question de l'ordre public. L'extensibilité de telles notions permet en outre d'impliquer dans son giron d'autres aspects inhérents par exemple à la protection des consommateurs ou à la lutte contre les fraudes et le crime⁸⁹⁷. Les nombreuses affaires relatives aux jeux d'argent et de hasard constituent de parfaits exemples en la matière⁸⁹⁸. La nécessaire subjectivité et la marge de manœuvre des États dans la définition de leur ordre public ont par ailleurs été reconnues dans ces affaires de sorte que l'impérativité d'une mesure n'est évaluée qu'au regard de la définition acceptée dans un État⁸⁹⁹.

443. Au-delà de la protection des fonctions essentielles de l'État, l'ordre public dans sa grande diversité déborde nécessairement sur la préservation des éléments de définition matérielle de l'État tels qu'énoncés par l'article 4 paragraphes 2 TUE⁹⁰⁰. L'identité culturelle⁹⁰¹ constitue un point d'ancrage dont les manifestations sont nombreuses. On peut à ce titre citer la défense et la promotion des langues nationales et régionales,⁹⁰² mais également les motifs tirés de la protection

⁸⁹⁶ CJCE, 13 décembre 2005, *Marks & Spencer*, aff. C-446/03, Rec. p. I - 10837, pts. 43-51 ; DELAUNAY B., « Les entraves fiscales au sein des groupes de sociétés », *RAE*, 2007-2008/1, p. 57.

⁸⁹⁷ RIETLING D. « Les États membres face à l'entrave », in AZOULAI L., *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant, 2011 p. 315.

⁸⁹⁸ Pour quelques exemples, v. CJCE, 6 mars 2007, *Placanica*, affs. C-338, 359 et 360/04 ; CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol*, aff. C-42/07. V. également CJUE, 1re Chbre, 11 juin 2015, *Berlington Hungary Tanácsadó és Szolgálató Kft. e. a. c. Magyar Állam*, aff. C-98/14, pt. 73 qui fait référence à la protection du consommateur et à la lutte contre le crime. Pour une analyse de cet arrêt, v. MARON D., « Exploitation des machines à sous et libre prestation des services, la politique hongroise en sursis », *JADE*, octobre 2015, disponible sur www.revue-jade.eu

⁸⁹⁹ Ce qui implique naturellement de neutraliser le jeu de la reconnaissance mutuelle. V. CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol*, aff. C-42/07, pts 59 et 69.

⁹⁰⁰ Art. 4 §2 TUE : « L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale [...] ».

⁹⁰¹ À côté de l'identité culturelle, le principe d'égalité a également été invoqué afin de préserver l'identité institutionnelle et constitutionnelle des États. Dans un certain nombre d'affaires de libre circulation, la Cour de justice utilise le principe comme une sauvegarde de l'autonomie réglementaire des États membres et, à cet égard, comme une garantie constitutionnelle de l'autonomie des ordres juridiques et socio-économiques des États membres. Il garantit à la fois que les opérateurs du marché, qu'ils soient locaux ou d'un autre État membre, ne bénéficient pas d'un avantage concurrentiel illégitime les uns par rapport aux autres sur la base même du droit communautaire et que, en l'absence d'harmonisation européenne, la réglementation du commerce et de l'industrie reste largement une question nationale.

⁹⁰² Qui permet par exemple l'existence de quotas pour l'octroi de financement public en matière cinématographique : CJCE, 5 mars 2009, *UTECA*, aff. C-222/07, pt. 27. cf., également, conclusions AG Kokott pt. 93. Plus généralement, c'est le recrutement d'un personnel national qui peut être motivé sur ce plan a contrario de l'impossibilité tirée des TBI et de la jurisprudence arbitrale : CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c. Luxembourg*, aff. C473/93, pts. 32 et 35.

des valeurs fondamentales de l'État, nonobstant le fait que les droits et libertés fondamentales n'apparaissent jamais de manière autonome et peuvent ressortir sous d'autres intérêts ou instruments tels que les PGD communautaires ou la Charte des droits fondamentaux⁹⁰³. Quoiqu'il en soit, il est admis que la défense de droits et libertés tant individuel⁹⁰⁴ que collectif avec les fameux arrêts *Viking* et *Laval*⁹⁰⁵ est un intérêt susceptible de justifier une restriction aux libertés économiques de l'investisseur. Et comme dans le cadre des jeux d'argent, l'affaire *Omega*, qui voit l'avènement dans le cadre des libertés économiques de l'ordre public sous son versant dignité humaine, rappelle la nécessaire marge de manœuvre des États dans la définition de leurs droits fondamentaux⁹⁰⁶.

444. En définitive, au-delà de ces différentes catégories, la réalité laisse entrevoir une diversité d'intérêts et d'objectifs susceptibles de restreindre l'effectivité des garanties dues à l'investisseur. L'existence et la flexibilité de la capacité réglementaire ainsi concédée impliquent que le droit européen des investissements s'accompagne d'un espace politique des États sans commune mesure avec celui prévu dans les accords d'investissements,⁹⁰⁷ et ce, en dépit d'une prise en considération stricte de cet espace.

§2. L'encadrement strict de la capacité réglementaire

445. La complexité du droit européen nourri par la théorie fonctionnaliste a permis la mise en place d'un important cadre théorique d'expression politique devant être pris en compte dans l'identification du droit européen des investissements étrangers. Toutefois, la pratique met en exergue une qualification restrictive de cette capacité réglementaire sous l'effet de la centralité des libertés économiques de l'investisseur dans l'interprétation du droit européen. Ainsi, l'interprétation dynamique des libertés économiques aboutit à réduire tant la portée des réserves de compétence nationale (A) que celle des clauses d'exceptions (B).

⁹⁰³ RIETLING D. « Les États membres face à l'entrave », *op. cit.*

⁹⁰⁴ En matière de liberté d'expression avec CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00.

⁹⁰⁵ CJCE, 11 décembre 2007, *Viking Line*, aff. C-438/05 ; CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, aff. C-341/05 où sont confirmé le droit de réunion (v. égal. *Schmidberger*) et de mener une action collective.

⁹⁰⁶ CJCE, 14 octobre 2004, aff. C-36/02, pt. 32. V. également JACQUE J. P., « Droit constitutionnel, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *RFDC*, 2007, pp. 3 et s.

⁹⁰⁷ SATTOROVA M., "Investor Rights under EU Law and International Investment Law", *op. cit.* et KLEINHEISTERKAMP J., "Investment Protection and EU Law: The intra and extra EU Dimension of the Energy Charter Treaty", *op. cit.*

A. L'applicabilité extensive du droit européen des investissements

446. La construction progressive du marché intérieur a rapidement mis en évidence que « la limitation définitive de leurs droits souverains »⁹⁰⁸ opérée par les États dans les Traités ne se limitait pas stricto sensu aux seuls domaines intégrés. Effectivement, par une volonté de maximiser les effets du marché intérieur, l'effectivité des libertés économiques constitue un outil d'appréhension et de contrôle de la marge de manœuvre des États dans leur domaine de compétence⁹⁰⁹.

447. L'invocation, par la Cour de justice, du respect par les États du droit communautaire et en particulier des libertés fondamentales a dépassé le statut de simple leitmotiv pour s'imposer comme un véritable outil de contrôle de l'exercice des compétences étatiques. Une confusion entre les compétences de l'Union, des États et les domaines d'intégration partielle se produit alors au profit de l'intégration communautaire⁹¹⁰ et de l'effectivité du droit des investissements.

448. C'est en pratique une diminution des réserves de compétence nationale censée restreindre le champ d'application du principe de non-discrimination entre investisseurs et investissements étrangers. Ainsi la stratégie de défense classique des États, bien connue dans le contentieux international des investissements, relative à l'identification du domaine matériel de compétence, est ici vouée à un relatif échec dès lors que la Cour de justice emploie une théorie des effets sur les libertés fondamentales aux implications potentielles vastes.

449. Des exemples permettent d'attester de cette situation. En matière de santé publique, l'article 168-7 du TFUE aménage une marge de manœuvre pour les États pour ce qui est de « la fourniture de services de santé et de soins médicaux ». Leur action sur ce point peut donc contraindre les investissements étrangers et en ce sens n'est pas sans effet sur les libertés fondamentales ainsi que la jurisprudence relative aux remboursements des soins entre États membres l'a mise en évidence. Cette jurisprudence, désormais codifiée,⁹¹¹ influence donc de manière indirecte un aspect de la fourniture de soins qui pousse alors les États à chercher leur salut dans l'identification d'une justification légitime⁹¹².

450. La puissance des intérêts économiques est telle que, même dans les situations où un intérêt non économique est identifié dans les Traités comme un objectif d'égale valeur à même de

⁹⁰⁸ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, aff. C-6/64.

⁹⁰⁹ RIETLING D. « Les États membres face à l'entrave », *op. cit.*

⁹¹⁰ AZOULAI L., note sous CJCE, 13 décembre 2005, *Marks & Spencer*, aff. C—446/03, et CJCE, 16 mai 2006, *Watts*, aff. C-372/04, Rec. p. I -4325, *Annuaire de droit européen*, 2008, p. 735.

⁹¹¹ CONSEIL, PARLEMENT UE, Directive 2011/24 du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins transfrontaliers.

⁹¹² CJCE, 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, aff. C-157/99.

neutraliser l'applicabilité des libertés économiques⁹¹³, la Cour apprécie le conflit dans les mêmes conditions, strictes, que celles d'un rapport entre principe et exception, concédant seulement aux États une marge de manœuvre plus importante⁹¹⁴. La jurisprudence de la CJUE à ce jour est toujours caractérisée par la priorité accordée aux libertés économiques, même dans les cas où elles portent atteinte aux droits fondamentaux⁹¹⁵.

B. L'interprétation stricte des clauses d'exception

451. Un examen *a priori* suffirait à conclure que le droit européen des investissements est d'autant plus à même de garantir effectivement la capacité réglementaire de l'État que les dispositions relatives aux libertés économiques s'accompagnent d'exceptions d'intérêts publics. Toutefois, un examen plus approfondi des disciplines du marché intérieur, et en particulier de leur interaction avec d'autres intérêts, donne une image nuancée.

452. L'expérience du droit des investissements permet de soutenir que la priorité accordée à la libre circulation et à la subordination des intérêts non économiques en droit communautaire, en dépit du fait qu'elle figure depuis longtemps dans les Traités, abouti en pratique à la même situation que celle générée par leur absence de prise en considération dans les TBI.

453. La raison de cette situation est à rechercher dans l'histoire de la construction européenne qui s'est articulée autour de la théorie fonctionnaliste. La protection judiciaire limitée des droits fondamentaux et de l'ensemble des intérêts non économiques est en grande partie due à l'utilisation par la CJUE d'une méthodologie de violation/justification en deux étapes par laquelle une violation, *prima facie*, de la liberté de circulation est établie en premier lieu, et ce par un usage large de la notion d'entrave. Les autres intérêts — quels qu'ils soient — ne sont ensuite évoqués qu'au stade de la justification où ils doivent se défendre. Cela place inévitablement ces intérêts sur un « *back-foot* » procédural⁹¹⁶. L'intégration économique constitue l'épicentre de la construction de l'UE. La libre circulation des biens, des services et des capitaux à l'intérieur des frontières de l'UE est considérée par les traités européens comme essentielle au fonctionnement du marché

⁹¹³ V. concl. M. Poiares Maduro Rottmann, aff. C-135/08, pts. 10 et 24 et 25 ; arguments des États Viking Line, pts 42 à 47 ; arrêt Laval pts 89 à 95.

⁹¹⁴ cf. marge de manœuvre en matière de santé CJCE, 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes*, aff. jointes C-171 et 172/07).

⁹¹⁵ V. pour des critiques : BARNARD C., « Social Dumping or Dumping Socialism? », *LJC*, 2008, 67, pp. 262-2644 ; DAVIES A., 'One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ,' *Industrial Law Journal*, 2008, 37 p. 139; SYRPIS AJ. P, NOVITZ T., "Economic and Social Rights in Conflict: Political and Judicial Approaches to Their Reconciliation", *ELRev*, 2008, 33, p. 426.

⁹¹⁶ REYNOLDS S., « Explaining the Constitutional Drivers Behind a Perceived Judicial Preference for Free Movement over Fundamental Rights », *CMLRev*, 2016, 53, p. 644.

intérieur⁹¹⁷. Les autres aspects, tels que ceux assimilables à une intégration politique, ne sont alors perçus que comme des moyens de réaliser pleinement le marché. C'est ainsi que l'introduction dans le TFUE d'autres intérêts ou objectifs ne peut être comprise que comme une dérogation aux libertés économiques qui ne doit cependant pas en altérer la pleine réalisation. Cela explique pour la professeure Niamh Nic SHUIBHNE que les canons interprétatifs standards exigent que les dispositions relatives à la libre circulation soient interprétées de manière large et les exceptions de manière étroite⁹¹⁸. En particulier le recours, dans toutes les hypothèses de conflits, à un test de proportionnalité exclusivement destiné à évaluer l'atteinte à la liberté économique. Stephanie REYNOLDS soutient alors que l'examen au stade de la justification, et l'application consécutive d'un test de proportionnalité unilatéral emportent des obstacles probatoires aux mesures d'ordre public ou encore aux droits fondamentaux auxquels ne sont pas confrontées les libertés de circulation. Ces obstacles, c'est l'examen approfondi de la légitimité de l'objectif de la mesure, son adéquation et sa nécessité⁹¹⁹. Le constat d'une prévalence des libertés économiques est alors vu non pas tant comme le résultat d'une attitude subjective contestable de la Cour, mais davantage comme le produit d'une plus grande importance historique de ces libertés dans les Traités.

454. La reconnaissance et l'inscription d'autres intérêts sont le résultat d'un processus long et fragmentaire contrairement à la centralité historiquement renforcée de la liberté d'investir et donc du principe de non-discrimination⁹²⁰. Cette situation est semblable à celle rencontrée dans le cadre des TBI. Tout comme la première génération d'AII ne prévoyait pas de mesures étatiques dans la poursuite d'objectifs de politique publique, le traité de Rome ne faisait pas mention des droits fondamentaux par exemple, apparemment « *because reference to them was viewed as unnecessary within a document charged with constituting an economic community* ».

455. Même si les droits fondamentaux ont été reconnus comme des normes primaires du droit de l'UE⁹²¹, la relation avec les libertés économiques est restée longtemps incertaine. En principe, il n'existe pas de hiérarchie *a priori* entre les droits fondamentaux et les libertés économiques.

⁹¹⁷ V. Art 26 TFEU.

⁹¹⁸ SHUIBHNE N.N., *The Coherence of EU Free Movement Law*, OUP, 2013, p. 26.

⁹¹⁹ REYNOLDS S., « Explaining the Constitutional Drivers Behind a Perceived Judicial Preference for Free Movement over Fundamental Rights », *op. cit.*

⁹²⁰ REYNOLDS S., « Explaining the Constitutional Drivers Behind a Perceived Judicial Preference for Free Movement over Fundamental Rights », *op. cit.*, p. 650.

⁹²¹ La Charte jouit d'un statut de droit primaire en vertu de l'article 6 du TUE.

456. La protection des droits fondamentaux et des libertés économiques, et l'indivisibilité des droits fondamentaux suggèrent qu'ils devraient être promus et protégés de la même manière⁹²². Au fil des décennies, une interprétation de plus en plus large des dispositions relatives à la libre circulation a inéluctablement entraîné l'élargissement de leur portée matérielle et personnelle⁹²³. L'élargissement de la portée des libertés économiques fondamentales a inévitablement limité l'espace laissé à l'État⁹²⁴. Comme les dérogations aux disciplines de la libre circulation ont toujours été soumises à une interprétation étroite, une approche similaire a été adoptée dans un nombre croissant d'affaires impliquant des conflits entre les droits fondamentaux et les libertés économiques⁹²⁵. Par exemple, dans l'affaire *Omega*, la Cour a soutenu que la protection du droit fondamental à la dignité humaine, « notamment pour justifier une dérogation au principe fondamental de la prestation de services, doit être interprétée de manière stricte »⁹²⁶. La Cour a également souligné, dans la même affaire, que « l'ordre public ne peut être invoqué que s'il existe une menace réelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société »⁹²⁷.

457. L'approche de la Cour démontre donc une prédisposition à une interprétation généreuse des disciplines de la libre circulation et une interprétation plutôt prudente et étroitement contrôlée des intérêts non économiques⁹²⁸. Une rencontre avec le droit de l'UE peut donner l'impression, surtout lorsque l'on connaît le droit international des investissements, que ce dernier tient toujours compte des considérations de bien-être public — que ce soit sous la forme d'exceptions ou non. En effet, la CJUE peut avoir adopté une attitude déférente à l'égard des mesures des États membres dans un large éventail d'affaires allant du contrôle de l'élimination des déchets à la promotion des énergies renouvelables, en passant par l'amélioration de la qualité de l'air, la protection de la santé publique et la préservation de la biodiversité⁹²⁹. Toutefois, elle a également manifesté une réticence

⁹²² DE VRIES A., « Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice », *Utrecht Law Review*, 2013, 9, 169.

⁹²³ La liberté de circulation peut être déclenchée par des règles qui rendent simplement l'activité économique moins attrayante pour les investisseurs. V. SPAVENTA E., « *Leaving Keck Behind? The Free Movement of Goods After the Rulings in Commission v. Italy and Mickelsson and Roos* », *ELRev*, 2009, 34, p. 923.

⁹²⁴ REYNOLDS S., « Explaining the Constitutional Drivers Behind a Perceived Judicial Preference for Free Movement over Fundamental Rights », *op. cit.*, p. 665.

⁹²⁵ *Ibid* p. 667–8.

⁹²⁶ CJUE, 11 septembre 2008, *Commission c. Allemagne*, aff. C-141/07, paragraphe 30.

⁹²⁷ *Ibidem* para 31.

⁹²⁸ Voir par exemple CJCE, 11 décembre 2007, *Viking Line*, aff. C-438/05, paragraphe 81, où le tribunal a estimé que l'exercice du droit fondamental de grève n'était autorisé que si les emplois ou les conditions de travail étaient « menacés ou mis en péril ».

⁹²⁹ CJCE, 9 juillet 1992, *Commission contre Belgique*, aff. C-2/90 ; CJCE, 13 mai 2001, *PreussenElektra AG contre Schleswag AG*, aff. C-379/98 ; CJCE, 15 novembre 2005, *Commission contre Autriche*, aff. C-320/03 ; CJCE 3 décembre 1998, *Anklagemyndigheden contre Ditlev Blume*, aff. C-67/97.

à protéger les droits fondamentaux de l'action collective dans les cas où celle-ci restreint les libertés économiques telles que la liberté d'établissement⁹³⁰. Malgré la rhétorique sociale employée, l'invocation par la CJUE d'une certaine préséance des droits de libre circulation sur le droit fondamental de grève a sans doute mis en évidence sa position plus « libérale » et moins « sociale »⁹³¹. L'approche de la CJUE aux fins d'équilibrer les libertés économiques et les droits fondamentaux peut donc être résumée comme suit :

Whereas fundamental rights are concerned with placing a circle of protection around the individual or with asserting basic normative values, the implementation of the market freedoms is a functional project whose realization may often require fundamental rights to be limited or breached altogether.⁹³²

458. Ce constat, qui remet en cause l'éloignement *a priori* entre les deux ordres, ne peut à ce stade que susciter la prudence face à l'extension de la capacité réglementaire des États dans les accords économiques externes de l'UE.

⁹³⁰ Voir par exemple DE VRIES A., « Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice », *op. cit.*, p. 191.

⁹³¹ REICH, N. « Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union – the Laval and Viking Cases before the ECJ », *German Law Journal*, 2008, 125, 159-160.

⁹³² DAWSON M., MUIR E., 'Hungary and the Indirect Protection of EU Fundamental Rights and the Rule of Law' *German Law Journal*, 2013, p. 1959-1965.

SECTION 2. L'EXTENSION DE LA CAPACITE REGLEMENTAIRE EN EXTERNE

459. L'analyse des différentes évolutions de la réglementation européenne des investissements, confrontée au régime international et en particulier au TBI des États membres, confirme le rapport particulier qu'entretiennent la libéralisation et la flexibilité réglementaire. Le constat est que si les TBI de la première génération, uniquement préoccupés par la protection des investissements, étaient imperméables à tout élément de flexibilité réglementaire *lato sensu*, une certaine marge de manœuvre était consentie aux États sous différentes formes dans l'ensemble des instruments libéralisant l'investissement. C'est le cas du TFUE, des accords de l'OMC, mais aussi d'autres instruments nord-américains. Nourrie par ces expériences, mais également par le contexte de remise en cause du caractère asymétrique de la réglementation des investissements étrangers, l'UE a su approfondir et renouveler la question de la flexibilité réglementaire dans la mise en œuvre de sa compétence en externe. Cette situation aboutit de surcroît à un certain paradoxe où la volonté d'approfondissement du cadre libéral cohabite avec une volonté de limitation des garanties d'admission qui trouve son expression la plus forte dans l'affirmation de la capacité réglementaire des États.

460. Ainsi au-delà des efforts spécifiques de modulation du principe de non-discrimination dans l'admission des investissements (§1), les accords européens tendent également à consacrer la capacité réglementaire en principe général (§2).

§1. La modulation de la non-discrimination comme reflet de la flexibilité du droit européen des investissements

461. La libéralisation de l'investissement implique une reprise de mécanismes, connus des instruments de libéralisation du commerce, afin de moduler le niveau d'engagement de l'État. Pour définir la portée de l'engagement de libéralisation et donc des obligations de non-discrimination, les instruments listent les secteurs libéralisés. Si dans sa pratique générale, l'UE optait généralement pour un modèle prudent d'identification positive des secteurs libéralisés. Il semble toutefois que, dans sa volonté d'affermissement et de leadership de la libéralisation de l'investissement, elle se laisse séduire par le modèle plus libéral nord-américain d'identification négative des secteurs exclus (A). Cette tendance cohabite toutefois avec une démultiplication, innovante par le nombre, des réserves et exceptions spécifiques aux garanties de non-discrimination (B).

A. L'incertitude dans la reprise des listes d'engagements des secteurs libéralisés

462. L'insertion de la réglementation européenne des investissements étrangers dans un cadre libéral met en lumière les incertitudes du modèle européen entre le modèle de libéralisation reposant sur une liste positive de secteurs libéralisés et un modèle reposant sur une liste négative de secteurs libéralisés. Les accords européens semblent soumis à un jeu d'équilibriste entre d'un côté, la libéralisation prononcée des investissements et de l'autre, la préservation des capacités étatiques.

463. Dans le cadre des accords d'intégration économique et commerciale — ALE, AII, etc. — les États définissent dans des listes annexées aux accords les secteurs auxquels ils consentent que les obligations de libre admission et établissement s'appliquent. Si certains accords européens n'en prévoient pas⁹³³, ce n'est pas le cas dans la majorité des AII européens en raison de l'importance de ces listes.

464. La première approche, qui est celle de l'OMC et de l'article XVI de l'AGCS, préconise une libéralisation ascendante, par le recours à une « liste positive », en ce que lorsqu'un membre prend des engagements spécifiques en matière d'accès au marché, il lui est interdit d'imposer certaines limitations énumérées à la fourniture de services, sauf s'il spécifie expressément qu'il les maintient⁹³⁴. Autrement dit les parties listent les secteurs et sous-secteurs économiques libéralisés ; tous les secteurs non spécifiquement listés sont exclus de la libéralisation des investissements⁹³⁵. Cette approche, prudente, est celle adoptée majoritairement dans les accords de l'Union⁹³⁶. C'est

⁹³³ Par ex. l'Accord EEE (arts. 31-35) ou encore les ASA. D'autres ne contiennent que des listes concises à la différence des listes volumineuses classiques (cf. les APC et certains accords euro-méditerranéens. V. par ex. : Annexes V et VI de l'Accord euro-méditerranéen UE Jordanie ; annexe II de l'APC CE-Tadjikistan ; Annexe I de l'APCR UE-Kazakhstan). Cette situation peut s'expliquer par l'objet de ces accords qui visent soit à intégrer au marché intérieur soit à préparer la future adhésion des États. V. en ce sens PIGEON N., *La mise en œuvre de la compétence de l'UE en matière d'investissements internationaux*, *op. cit.*, p. 432 et NEFRAMI E., « L'accord sur l'Espace économique européen, porteur d'un statut propre d'État tiers » in BOSSE-PLATIER I, RAPOPORT C., (dir.), *L'État tiers en droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2014, pp. 299-322.

⁹³⁴ Art. XVI §1 AGCS (Accès au marché) « En ce qui concerne l'accès aux marchés suivant les modes de fourniture identifiée à l'article premier, chaque Membre accordera aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui qui est prévu en application des modalités, limitations et conditions convenues et spécifiées dans sa Liste. [...] ». V. égal. Art. XVII AGCS.

⁹³⁵ La liste précise également pour chaque secteur ouvert les éventuelles réserves spécifiques.

⁹³⁶ cf. Art. 99 et 132 Accord d'association CE Chili. L'accord de 2002 est le premier réglementer dans une moindre mesure la libéralisation des investissements. Tout aussi éclairant en raison des engagements en matière de libéralisation des investissements, v. Arts. 66, 67, 68 et annexe IV APE UE — Cariforum. Pour une analyse détaillée des engagements en matière d'investissement dans l'APE UE-Cariforum.

également celle qui a été spécifiquement recommandée pour la libéralisation des investissements dans le cadre du *MPoI*⁹³⁷.

465. Les récents ALE négociés — dont ceux contenant un chapitre spécifique à la promotion ou à la protection des investissements — suivent généralement cette approche de liste positive en ce qui concerne les dispositions relatives à l'accès aux marchés et au traitement national et traitement NPF⁹³⁸. Effectivement, les accords avec le Viet Nam et avec Singapour se rejoignent dans l'adoption de la démarche de libéralisation prudente ascendante.

466. L'AECG inaugure ce qui s'apparente à une percée libérale à rebours de la pratique précédente européenne⁹³⁹. Contrairement aux précédents instruments, l'AECG adopte en effet le modèle controversé nord-américain fondé sur approche négative — approche descendante ou *top down* — qui implique que tous les secteurs soient libéralisés à l'exception de ceux explicitement exclus⁹⁴⁰. Cette approche — qui est notamment celle de l'ALENA, et qui est l'une des principales raisons de l'opposition au projet de l'AMI⁹⁴¹ — semble désormais être au cœur du projet

⁹³⁷ Le *MPoI* dans sa filiation explicite avec l'AGCS prévoyait une liste d'engagements relatifs à l'accès au marché par l'établissement, comparable à la « liste positive » qu'on retrouve dans l'accord de l'OMC. COMMISSION EUROPEENNE, Note à l'attention du Comité 133, *Minimum platform on investment for EU FTAs – Provisions on establishment in template for a Title on « Establishment, trade in services and e-commerce »*, 28 juillet 2006, D (2006) 9219 LIMITED, pp. 3-4. 1. L'ALE UE Corée du Sud qui est le premier à mettre en œuvre les recommandations du *MPoI* adopte également l'approche de la « liste positive » en garantissant des engagements contraignants en matière d'accès au marché et de traitement national pour les activités économiques dans l'annexe 7-A.

⁹³⁸ La structure l'ALE UE Corée du Sud (« liste positive ») e l'AGCS avec des engagements contraignants en matière d'accès au marché et de traitement national pour les activités économiques spécifiées dans la liste d'engagements figurant à l'annexe 7-A et sous réserve des réserves qui y sont spécifiées) qui est le premier à mettre en œuvre le *MPoI*, se retrouve par exemple dans l'ALE UE Colombie Pérou et dans des projets accords en cours de négociations telles que l'Accord UE Thaïlande. V. MATHIS J., LAURENZA E., « Services and Investment in the EU-South Korea Free Trade Area: Implications of a New Approach for GATS V Agreements and for Bilateral Investment Treaties », *op. cit.*, p. 168. Pour l'accord UE-Chili, cf. Titre IV « Commerce des services, établissement et commerce électronique » de l'accord commercial entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la Colombie et le Pérou, d'autre part, signé le 26 juin 2012 (entrée en vigueur : Colombie : 1er août 2013 ; Pérou : 1er mars 2013), Journal officiel L 354 du 21 décembre 2012, 21. Le Projet d'accord de 2013 UE Thaïlande contient un chapitre sur l'investissement <www.bilaterals.org/spip.php?article23972&lang=en>. Les négociations ont été suspendu en 2014.

⁹³⁹ BERNASCONI-OSTERWALDER N., « The draft investment chapter of Canada Eu comprehensive economic and trade agreement: a step backwards for the EU and Canada ». *Investment Treaty News*, 26 juin 2013 www.iisd.org/itn/2013/06/26/the-draft-investment-chapter-of-canada-eu-comprehensive-economic-and-trade-agreement-a-step-backwards-for-the-eu-and-canada

⁹⁴⁰ SHAN W., ZHANG S., « The treaty of Lisbon: half way toward a common investment policy », *op. cit.*,

⁹⁴¹ Selon l'AMI, les obligations de pré-établissement devaient s'appliquer à tous les secteurs économiques et à toutes les législations des États d'accueil, à moins que ces secteurs ne soient spécifiquement exclus dans l'annexe ou en vertu d'une ou plusieurs des exceptions générales posées par l'accord. Cette libéralisation absolue était en outre confortée par la mise en place d'un « effet cliquet » automatique empêchant toute remise en cause d'un secteur libéralisé. Une note indiquait en outre que la préférence pour le terme « exception » au lieu de « réserve » par rapport aux listes était justifiée par la crainte que soit invoqué le principe de réciprocité qui caractérise les réserves en droit international des traités. v. égal. AMARASINHA S.D., KOKOTT J., 'Multilateral Investment Rules Revisited' in MUCHLINSKI P., ORTINO F., SCHREUER C. (dir.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, OUP, 2008, 144.

européen⁹⁴² en ce qu'il répondrait aux attentes libérales de la Commission. On retrouve ainsi la liste négative dans le modèle de libéralisation du récent Accord de libre-échange UE Japon — *Japan EU Free Trade Agreement* (JEFTA).

467. Les différences, essentiellement d'ordre technique, entre les deux approches ne sont pas particulièrement flagrantes. Toutefois, il est admis que l'approche *top down* est plus libérale et nécessite davantage d'expérience. Ce modèle suppose l'identification préalable des secteurs exclus et les réserves qui s'appliquent à ces secteurs. Autrement dit, le principe est la libéralisation de tous les secteurs. Cette approche nécessite un travail en amont plus précis de la part des Etats afin d'identifier secteur par secteur, sous-secteur par sous-secteur, les éventuelles limites à la libéralisation. En outre, l'approche limite davantage les capacités futures de l'État notamment lorsqu'il s'agit de réglementer ou de protéger un secteur en développement. Cette approche implique donc une expérience dans la libéralisation des investissements que n'ont pas forcément l'UE et ses États membres - dont certains démontrent des difficultés économiques appelant à la prudence dans la libéralisation — à la différence des deux puissances nord-américaines.

468. La préférence pour ce modèle plus libérale⁹⁴³ s'explique sûrement par une volonté de maîtrise du développement futur du droit international des investissements dans un cadre de plus

Eu égard à cette approche, les membres de l'OCDE avaient soumis un nombre exorbitant d'exceptions au projet proposé. Le besoin de lignes directrices pour traiter cette question a été ressenti par les délégués. Cependant, cela n'a pas été effectivement réalisé, ce qui a été considéré comme l'une des principales raisons de l'échec final des négociations sur l'AMI. V. MUCHLINSKI P. T., 'The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now?', *The International Lawyer*, 2000, 34, p. 1033, 1042–1043. Pour un aperçu des critiques formulées à l'encontre de l'AMI : LALUMIERE C., LANDAU J-P, *Rapport sur l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI)*, Rapport intérimaire à la Cour des comptes française, septembre 1998, 34 p. ; JUIILLARD P., « À propos du décès de l'A.M.I. », *AFDI*, 1998, vol. 44, pp. 595-612.

⁹⁴² La même structure avec la liste négative était notamment l'objet des négociations du contesté TAFTA. Ainsi il était indiqué que « *The objective of the investment negotiations will be to negotiate investment liberalization and protection provisions, including in areas of joint competence, such as portfolio investment, ownership and expropriation aspects, based on the highest levels of liberalization and protection standards that both sides have negotiated so far. The inclusion of investment protection and investor-state dispute settlement will depend on the achievement of a satisfactory solution, responding to the EU's interests in the issues covered by paragraph 22* ». V. en ce sens EU Draft Negotiating Mandate for EU-USA FTA (5/2013) <www.bilaterals.org/spip.php?article23276&lang=en>

⁹⁴³ Conseil de l'Union européenne, *Conclusions sur une politique européenne globale d'investissement international*, 3041e réunion du Conseil des affaires étrangères, Luxembourg, 25 octobre 2010, p. 3 www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/117328.pdf: « L'amélioration de l'accès aux marchés hors UE et l'amélioration du niveau de protection des investisseurs européens devraient être les principaux critères pour évaluer quelle option est la plus appropriée ... Il reste essentiel que les accords internationaux d'investissement continuent à mettre l'accent sur une protection efficace et ambitieuse des investissements et sur l'accès aux marchés ». cf. égal. CHAISSE J., " Promises and Pitfalls of the European Union Policy on Foreign Investment – How Will the New EU Competence on FDI Affect the Emerging Global Regimes? " *JIEL*, 2012, 15, 1, p. 19.

en plus concurrentiel⁹⁴⁴. Effectivement, même s'il est encore minoritaire⁹⁴⁵, le modèle gagne du terrain⁹⁴⁶. En outre, dans le cadre des négociations sur un accord d'investissement avec la Chine, l'UE a insisté sur l'inclusion du traitement national dans la phase pré-établissement et sur la base d'une liste négative⁹⁴⁷. Enfin, la pratique démontre qu'une fois adoptée, la liste négative est généralement reconduite dès lors qu'elle nécessite moins de travail, *a contrario*, des avantages concurrentiels qu'elle apporte⁹⁴⁸. Il serait alors étonnant de voir l'UE y renoncer dans les futurs accords⁹⁴⁹.

469. Au demeurant, quel que soit le modèle choisi, on retrouve plus ou moins les mêmes réserves⁹⁵⁰ entre les différents accords au travers d'une lecture combinée des listes d'engagements et des exclusions opérées dans le champ d'application de l'accord⁹⁵¹ ou encore les mêmes exceptions spécifiques. Ce raisonnement justifie en tout cas le développement important des réserves applicables aux garanties de non-discrimination dans les accords européens.

B. La multiplication des réserves aux garanties de non-discrimination

470. En considération de la diversité des AII, il faut concéder que si l'existence d'exceptions est un phénomène très récent dans certains TBI, il n'est pas totalement nouveau dans l'ensemble des instruments relatifs aux investissements. Ainsi de nombreux accords commerciaux — applicables

⁹⁴⁴ SHAN W., ZHANG S., « Market access provisions in the potential EU model BIT: towards a “global BIT 2.0”? », *JWIT*, vol. 15, 2014, pp. 444 et s.

⁹⁴⁵ Centre International pour le Commerce et Développement durable (CICDD/ ICTSD), « “Positive-List” Approach Popular at WTO Investment Talks », *Bridges Weekly Trade News Digest*, 10 July 2002, 6, 26.

⁹⁴⁶ La Chine, acteur non négligeable semble l'avoir accepté : SAUVANT K.P., CHEN H., « A China-us Bilateral Investment Treaty : A Template for a Multilateral Framework for Investment? », *Columbia FDI Perspective*, n° 85, 17 décembre 2012. Les auteurs estiment que le TBI entre la Chine et les États-Unis, une fois conclus, serait modèle de premier plan pour un cadre multilatéral pour l'investissement.

⁹⁴⁷ JIABAO L., « China, EU Talking Investment » *China Daily USA*, 22 January 2014.

⁹⁴⁸ SHAN W., ZHANG S., « Market access provisions in the potential EU model BIT: towards a “global BIT 2.0”? », *JWIT*, vol. 15, 2014, pp. 444 et s.

⁹⁴⁹ D'autant que c'est l'approche préconisée dans les codes de l'OCDE, sur la libéralisation des mouvements de capitaux et des opérations courantes invisibles auxquels participe l'essentiel des États membres de l'UE. Cet instrument intègre également le TNPF au régime des exceptions.

⁹⁵⁰ Notamment, il apparaît que pour l'UE, les listes constituent un moyen de mise en cohérences des contraintes normatives internes avec les engagements externes : cf. PIGEON N., *La mise en œuvre de la compétence de l'UE en matière d'investissements internationaux*, *op. cit.*, et exemples cités.

⁹⁵¹ LEVESQUE C., « The challenges of “marrying” investment liberalization and protection in the Canada-EU CETA » in BUNGENBERG M., REINISCH A. ET TIETJE C. (eds.) *EU and Investment Agreements – Open questions and Remaining Challenges*, Hart Publishing, 2013, p. 121, spec. p. 124. L'auteure explique par exemple qu'une relation existerait entre l'AGCS et l'AECE de sorte que : « what was a positive commitment associated with some limitations has now become a “reservation” ».

aux investissements étrangers, à l'instar des accords de l'OMC, mais pas seulement — prévoyaient de nombreuses dérogations et exceptions. C'est toutefois dans le cadre des accords mégarégionaux — parmi lesquels nous rangeons le TFUE — que le phénomène a connu le développement le plus significatif, et ce, en particulier dans les accords dits de *nouvelle génération*⁹⁵². Dans cette perspective, les accords européens, fortement influencés par l'intensité des débats publics sur la teneur du régime des investissements, ont intensifié le mouvement par la formulation d'un « *unprecedented number of exception clauses* » dont certains sont spécifiques aux obligations de non-discrimination⁹⁵³.

471. L'objectif principal est de limiter la portée des garanties de libre admission et de libre établissement des investissements étrangers. C'est en ce sens que, dans la définition du champ d'application des dispositions en matière d'investissements étrangers, les accords de l'UE excluent certains secteurs ou activités sensibles du bénéfice des obligations de non-discrimination *stricto sensu* (TN ou TNPF) ou *lato sensu* (non-discrimination dans la nomination du personnel) et des obligations en matière d'établissement (interdiction des prescriptions de résultats et autres d'accès au marché)⁹⁵⁴.

472. Propres aux accords de l'UE⁹⁵⁵, les exclusions sectorielles du type de l'article 8.2 paragraphes 2 et 3 de l'AECG, ne figurent pas dans les AII traditionnels. Ainsi, ces dispositions illustrent le caractère exhaustif et extensif de ces instruments. La portée juridique des nouveaux accords de l'UE s'étend bien au-delà du champ d'application des AII bilatéraux ou multilatéraux existants — cantonné essentiellement à la protection des investissements.

473. Ces exclusions apparaissent ainsi comme les marqueurs du cadre libéral dans lequel est désormais appréhendé l'investissement par l'UE. L'incapacité des parties à s'entendre sur la libéralisation des industries et activités politiquement sensibles est un phénomène récurrent dans la négociation des accords commerciaux de libre-échange⁹⁵⁶. La rédaction des différentes

⁹⁵² MESTRAL (de) A., VANHONNAEKEER L., "Exception clauses in mega-regionals (international investment protection and trade agreements)", in RENSMANN T., *Mega-regional trade agreements and the future of international trade and investment law*, Springer, 2017, pp. 75-119.

⁹⁵³ BJORKLUND A.K., VANHONNAEKEER L., "National Treatment", *op? cit.*, p. 60.

⁹⁵⁴ C'est ce que précise notamment l'art. 8.2 §2 AECG qui prévoit que les exclusions identifiées concernent « l'établissement ou [...] l'acquisition d'un investissement visé » et pour ce qui est des « sections B et C » du chapitre. Ces deux sections traitent respectivement de l'« Établissement d'investissements » (art. 8.4 « Accès au marché » et 8.5 « Prescriptions de résultats ») et du « Traitement non discriminatoire (TNPF, TN et "Dirigeants et conseil d'administration" : arts. 8.6 ; 8.7 et 8.8). Une note souligne que pour les secteurs exclus les États peuvent "... maintenir des mesures qui concernent l'établissement ou l'acquisition d'un investissement visé et continuer d'appliquer de telles mesures à l'investissement visé après son établissement ou son acquisition."

⁹⁵⁵ Ce genre de disposition se retrouve ainsi aux arts. 2.1 §2 à 4 API UE Viet Nam ; 2.1 §2 et 3 API UE Singapour.

⁹⁵⁶ ASMUS BISCHOFF J., WÜHLER M., "The Notion of Investment", in MBENGUE M.M., SCHACHERER S. (dir.), *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, op. cit.

dispositions en est la preuve. La récurrence des exclusions relatives aux services aériens et services connexes⁹⁵⁷, aux services audiovisuels⁹⁵⁸ et enfin aux « activités réalisées dans l'exercice du pouvoir gouvernemental »⁹⁵⁹ démontre l'intérêt spécifique de l'UE pour ces questions alors que les exclusions variables reflètent l'influence de ses partenaires⁹⁶⁰.

474. Cette délimitation particulière du champ d'application n'est pas sans conséquence sur la protection de l'investissement. En ce qui concerne les obligations de non-discrimination, les accords ne distinguent pas entre l'admission et la phase post-admission. Dès lors, les exclusions peuvent donc — en stipulant que sont inapplicables les obligations de non-discrimination et d'accès au marché — affecter la protection des investissements visée contre la discrimination dans la phase post-établissement⁹⁶¹. Pour les investissements couverts dans les secteurs concernés, la protection contre la discrimination dans la phase post-établissement ne sera accordée qu'en tant que manifestation de la norme du traitement juste et équitable. Effectivement, les dispositions sur le traitement juste et équitable (« traitement normal » ou « traitement des investissements ») prohibent

⁹⁵⁷ Art. 8.2 § 2, a) AECG; art. 2.1 § 2, e) API UE Viet Nam

⁹⁵⁸ Art. 8.2 § 3 AECG; art. 2.1, §3, b) API UE Singapour ; art. 2.1 §2 a) API UE Viet Nam.

⁹⁵⁹ Art. 8.2 § 2, b) AECG ; art. 2.1 §3 c) API UE Singapour ; art. 2.1 §2 f) API UE Viet Nam. Cette notion d'activités réalisées dans l'exercice du pouvoir gouvernemental (ou réalisé dans l'exercice de la puissance publique) est définie comme désignant « les activités qui ne sont réalisées ni sur une base commerciale ni en concurrence avec un ou plusieurs opérateurs économiques » (art. 8.1 AECG ; art. 1.2, d) API UE Viet Nam ; art. 2.1 §3 c) API UE Singapour). Cette conception est directement tirée du libellé de l'art. I § 3, b) et c) de l'AGCS. Dans le cadre de l'OMC, il est généralement admis que cette définition implique une interprétation stricte de l'ensemble des services entendu comme étant réalisé dans l'exercice du pouvoir gouvernemental, v. en ce sens LEROUX E.H., « What is a "Service Supplied in the Exercise of Governmental Authority" Under Article I:3(b) and (c) of the General Agreement on Trade in Services? » *Journal of World Trade*, 2006, vol. 40, n° 3, p. 352 ; ARENA A., « The GATS Notion of Public Services as an Instance of Intergovernmental Agnosticism: Comparative Insights from EU Supranational Dialectic », *Journal of World Trade*, 2011, vol. 45, n° 3, p. 505 qui se réfère « *core sovereignty functions* » ; v. également ADLUNG R., « Public Services and the Gats », *WTO Staff Working Paper*, 2005, n° ERSD-2005-03, p. 11, disponible sur SSRN: <https://ssrn.com/abstract=922256> . Il faut toutefois noter que certains auteurs émettent un sérieux doute quant à la capacité des réserves et exclusions sectorielles de l'UE dans l'AECG à garantir effectivement la capacité des États membres à fournir des services d'intérêt général, v. en ce sens KRAJEWSKI M., « Model Clauses for the Exclusion of Public Services from Trade and Investment Agreements », *étude commandée par la Chambre du travail de Vienne et la Fédération syndicale européenne des services publics*, 2 février 2016, disponible sur: <https://ssrn.com/abstract=2892522> .

⁹⁶⁰ On note par exemple que dans l'AECG, l'art. 8.2 § 3 distingue entre l'exclusion relative aux industries audiovisuelles qui ne concerne que l'UE et l'exclusion relative aux industries culturelles qui ne concerne que le Canada. Il s'agit là d'une exception propre au Canada qui se retrouve dans la plupart de ses AII. L'accord avec Singapour et celui avec le Viet Nam excluent également la question des subventions et autres prêts publics (art. 2.1 §2 API UE Singapour et art. 2.1§3 API UE Viet Nam, ce qui sans doute reflète la particularité des partenaires où le niveau de développement implique un nombre plus important de mesures incitatives et d'aide à l'investissement. Globalement, l'accord avec le Viet Nam est celui qui prévoit le nombre le plus important d'exclusion et de précisions du champ d'application (entre autres : exclusions, on citera par ex. celles ayant trait « aux industries extractives, aux industries manufacturières et à la transformation des combustibles nucléaires » ; « à la fabrication et au commerce des armes, munitions et matériels de guerre » ; ou encore « au cabotage maritime national ». L'accord avec Singapour, qui ne s'étend qu'à la protection de l'investissement et celui qui en contient naturellement le moins.

⁹⁶¹ C'est en somme ce que prévoit une note dans l'AECG.

toute « discrimination ciblée basée sur des motifs manifestement illicites ». Les motifs illicites de « discrimination ciblée » explicitement mentionnés dans ces dispositions sont le sexe, la race et les croyances religieuses⁹⁶². La nationalité n'y figure donc pas. Dès lors, on peut certainement en déduire que les exclusions opérées dans le champ d'application aboutissent à ne garantir aucune protection contre les discriminations fondées sur la nationalité, même dans la phase post-établissement, pour les secteurs concernés. Il s'agit d'une différence notable — qui constitue un recul pour la protection de l'investisseur ? — par rapport au standard des TBI et compte tenu en particulier de l'exclusion relativement indéterminée des « activités réalisées dans l'exercice du pouvoir gouvernemental »⁹⁶³.

475. L'AECG, qui se détache sur ce point des autres accords européens, va encore plus loin dans le traitement spécifique accordé aux dispositions relatives à l'accès au marché et au traitement non discriminatoire. L'article 8.15 (« Réserves et exceptions ») vise principalement à protéger certains secteurs commerciaux et économiques — et ce par le biais de références aux listes respectives des parties — de l'application des articles 8.4 à 8.8 de l'AECG⁹⁶⁴. L'objet est également d'assurer la cohérence avec d'autres accords internationaux existants tels que l'Accord ADPIC, suivant, ainsi, une autre tendance visible dans les récents AII.

476. Enfin, eu égard au traitement national et au traitement de la nation la plus favorisée, l'article 8.17 de l'AECG autorise les États à recueillir des informations à certaines fins tout en prohibant un détournement vers du protectionnisme déguisé.

⁹⁶² Art. 2.5 §2 d) API UE Viet Nam ; art. 8.10 § 2 d) AECG. L'art. 2.5 §2 API UE Singapour ne mentionne pas les discriminations ciblées manifestement illicites comme éléments constitutifs d'un traitement injuste et inéquitable.

⁹⁶³ Cette interrogation doit toutefois être nuancée dès lors que la rédaction des dispositions précitées sur le traitement juste et équitable et les discriminations identifient le sexe ou la religion uniquement comme des exemples non exhaustifs : « une discrimination ciblée basée sur des motifs manifestement illicites, comme le sexe, la race ou les croyances religieuses » [souligné par nous]. Dès lors rien n'empêcherait un tribunal de considérer une discrimination sur la nationalité comme une violation du TJE dès lors qu'elle constitue une discrimination manifestement illicite.

⁹⁶⁴ Il est ainsi prévu par exemple que les dispositions relatives au principe de non-discrimination, entre autres, ne s'appliquent pas à une série de mesures non conformes qui sont énumérées dans les listes des parties ainsi qu'à des types spécifiques de marchés, de subventions ou de soutien publics. On peut donner, à titre d'exemple, une réserve relative aux « Services sanitaires, sociaux et d'éducation », applicables à l'UE et en particulier aux obligations de Traitement national, Dirigeants et conseil d'administration et d'accès au marché qui prévoit que : « Lors de la vente ou de la cession de participations ou d'actifs qu'il détient dans une entreprise d'État ou une entité publique existante fournissant des services sanitaires, sociaux ou d'éducation, tout État membre de l'UE peut interdire ou limiter la propriété de tels participations et actifs par des investisseurs du Canada ou d'un pays tiers, ou leurs investissements, et restreindre la capacité des détenteurs de ces participations et actifs de contrôler toute entreprise qui en résulte. Lors d'une telle vente ou autre cession, tout État membre de l'UE peut adopter ou maintenir toute mesure concernant la nationalité des dirigeants ou des membres du conseil d'administration, ainsi que toute mesure limitant le nombre de fournisseurs ». cf. AECG, Annexe I, Note introductive - Réserves au regard des mesures existantes et engagements de libéralisation, Liste de la Partie UE Réserves applicables dans l'Union européenne.

477. Par l'ampleur des réserves spécifiques à l'endroit des garanties de libéralisation des investissements et notamment des garanties de non-discrimination, les accords européens se détachent de l'ensemble des AII existants. Ces réserves apparaissent *a posteriori* comme des indices de la volonté générale d'équilibre entre la libéralisation de l'investissement et la garantie de la capacité des États à préserver leurs intérêts propres.

§2. L'affirmation explicite du droit de réglementer des Etats

478. En s'inspirant d'instruments internationaux de libéralisation des investissements, en particulier des accords de l'OMC et des accords nord-américains, les récents AII européens réaffirment la garantie de la capacité réglementaire des États en mettant en exergue des clauses d'exceptions identifiant un ensemble d'intérêts légitimes (A). Au-delà de ces clauses, ces AII se démarquent par l'affirmation d'un droit à réglementer à même de s'ériger en principe général dans les accords européens d'investissement (B).

A. La réaffirmation des clauses générales d'exceptions des ALE

479. Outre les listes d'exclusions et les exceptions sectorielles ou spécifiques à une norme, la démarche visant à assurer à l'État sa capacité d'action face aux garanties de l'investisseur est explicite dans les clauses d'exceptions générales.

480. L'inclusion de telles clauses dans la réglementation des investissements n'est, encore une fois, pas typique des instruments européens. Les AII récents — TBI, ALE ou autres — tendent à introduire de telles exceptions aux côtés des dispositions classiques avec pour modèle les clauses de l'OMC. Partant de là, on retrouve dans les accords européens la structure des deux clauses typiques des accords de l'OMC. Il y a en premier lieu celles qui énumèrent, limitativement, un ensemble d'intérêts réglementaires légitimes tout en soumettant, dans un chapeau introductif, les mesures prises dans la poursuite de ces intérêts au principe de bonne foi. Les mesures doivent en, outre, être non discriminatoires et ne pas constituer une restriction déguisée aux investissements⁹⁶⁵. Le second type de clause, qu'on retrouve davantage, n'impose aucune condition supplémentaire

⁹⁶⁵ C'est le modèle qu'on retrouve à l'art. XX GATT et à l'art. XIV AGCS. Si l'architecture diffère un peu, la formule est également celle des exceptions conventionnelles du TFUE à l'instar de l'art. 36. On retrouve des intérêts tels que la protection de l'ordre public, de l'environnement, de la santé humaine, animale ou végétale, etc.

par le biais d'un chapeau par exemple⁹⁶⁶. Ces différents types d'exceptions se retrouvent en grand nombre et en ordre dispersé dans l'ensemble des accords d'investissement⁹⁶⁷.

481. En ce qui concerne les exceptions générales, les dispositions européennes sont intéressantes à plusieurs égards même si des divergences, essentiellement formelles, existent entre ces accords. C'est en particulier l'article 28.3 de l'AECG qui se démarque davantage. D'une part, l'exception n'est applicable, en ce qui concerne le chapitre sur l'investissement, qu'aux dispositions sur l'établissement et sur le traitement non discriminatoire, à l'exclusion, donc, des dispositions sur la protection de l'investissement. Il faut toutefois préciser que cet encadrement, qui dépend du niveau de libéralisation, se retrouve *mutatis mutandis* dans les autres accords⁹⁶⁸. Dans leur formulation, les dispositions rappellent celles des accords de l'OMC qui constituent d'ailleurs le modèle type dans les ALE. Cette parenté est explicitement rappelée dans un premier paragraphe de l'article 28.3 de l'AECG – paragraphe qu'on retrouve seulement que dans l'accord UE Japon⁹⁶⁹ – qui incorpore l'article XX du GATT en tant que partie intégrante de l'accord tout en procédant à certaines précisions⁹⁷⁰. Un second paragraphe vient ensuite lister les motifs légitimes et leur condition d'invocations générale — dans un chapeau introductif — dans les mêmes termes que l'article XX du GATT⁹⁷¹.

⁹⁶⁶ cf. Art. XXI GATT. Ils concernent des intérêts plus spécifiques en lien par exemple avec les intérêts essentiels de sécurité nationale ou internationale.

⁹⁶⁷ Dans le cadre de l'AECG, les exceptions générales et spécifiques applicables aux investissements étrangers se retrouvent pour la plupart dans le chapitre 28 « Exceptions » applicable à l'ensemble de l'accord et, dans une moindre mesure, dans d'autres chapitres plus spécifiques.

⁹⁶⁸ Le niveau d'encadrement est fonction de la libéralisation mise en œuvre dans l'accord. L'art. 4.6 API UE Viet Nam ne s'applique qu'aux dispositions sur le TN et le TNPF. Pour ce qui est de l'API UE Singapour, qui ne s'étend pas à la libéralisation de l'investissement, la clause d'exception générale se retrouve sous la clause du TN (art. 2.3 §3).

⁹⁶⁹ Art. 8.3 « Exceptions générales » ALE UE-Japon.

⁹⁷⁰ Art. 28.3 § 1 AECG : « Pour l'application [...] des sections B (Établissement d'investissements) et C (Traitement non discriminatoire) du chapitre huit (Investissement), l'article XX du GATT de 1994 est incorporé au présent accord et en fait partie intégrante. Les Parties comprennent que les mesures visées à l'article XX b) du GATT de 1994 englobent les mesures environnementales nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux. Les Parties comprennent que l'article XX g) du GATT de 1994 s'applique aux mesures pour la conservation des ressources naturelles épuisables, qu'elles soient biologiques ou non biologiques ».

⁹⁷¹ Art. 28.3 § 2 AECG : « sous réserve que de telles mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Parties où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce des services entre les Parties, aucune disposition du présent accord ne peut être interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par une Partie de mesures nécessaires :

- a) à la protection de la sécurité publique ou de la moralité publique, ou au maintien de l'ordre public (1) ;
- b) à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux (2) ;
- c) pour assurer le respect des lois ou des règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord, y compris ceux qui se rapportent :
 - i) à la prévention des pratiques de nature à induire en erreur et frauduleuses ou aux moyens de remédier aux effets d'un manquement à des contrats,

482. La formulation de cet article crée des répétitions et chevauchements gênants entre paragraphes et entre l'AECG et le GATT et peut, dans une moindre mesure, constituer une source de confusions. On peut ainsi se poser question sur la pertinence du second paragraphe, tel qu'il se présente, dès lors que le premier incorpore intégralement l'article XX du GATT — chapeau introductif et liste — tout en procédant à quelques précisions sur les motifs invocables. Certes, en dépit des redites, la liste de l'AECG doit être comprise, *a priori*, comme, complétant et précisant celle du GATT⁹⁷². En outre, le chapeau introductif de l'AECG introduit un élément qui élimine tout débat sur l'invocation de chaque motif en particulier. On sait que, dans le cadre du GATT, un débat a eu lieu entre les motifs soumis à une condition de nécessité (« nécessaire à ») et les motifs n'imposant qu'un simple lien de rattachement (« se rapportant »). L'AECG évite cet écueil dès lors que le chapeau impose de manière générale un critère de nécessité pour l'invocation de chaque motif en plus des autres conditions. Toutefois, il semble légitime de se demander pourquoi cette précaution ne figure pas dans les textes introductifs des autres accords.

483. En ce qui concerne les exceptions plus spécifiques et non soumises à un chapeau introductif, on retrouve dans l'ensemble des accords une exception relative à la sécurité. Hormis un détail, les articles 28.6 de l'AECG, 4.8 de l'API UE Viet Nam et 4.5 de l'accord UE Singapour reprennent le même libellé que celui de l'article XXI du GATT concernant la sécurité⁹⁷³.

-
- ii) à la protection de la vie privée des personnes pour ce qui est du traitement et de la dissémination de données à caractère personnel, ainsi qu'à la protection du caractère confidentiel des dossiers et comptes personnels,
 - iii) à la sécurité.

⁹⁷² Ainsi, au-delà des précisions apportées quant au motif tiré du respect des lois et règlement pour intégrer par exemple les exigences relatives aux traitements des données à caractère personnel, deux notes interprétatives dans le second paragraphe limitent l'invocation des exceptions pour la sécurité et l'ordre publics aux situations où une « menace réelle et suffisamment grave pèse sur l'un des intérêts fondamentaux de la société » tout en répétant que les mesures visant à protéger la vie ou la santé humaine, animale ou végétale comprennent « les mesures environnementales nécessaires pour protéger la vie ou la santé humaine, animale ou végétale ». Ce qui avait été fait dans le premier paragraphe.

⁹⁷³ cf. Art. 28.6 AECG : « Aucune disposition du présent accord ne peut être interprétée :

- a) comme obligeant une Partie à fournir des renseignements dont la divulgation serait à son avis contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité, ou à permettre l'accès à de tels renseignements ;
- b) comme empêchant une Partie de prendre les mesures qu'elle estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité :
 - i) relatives à la production ou au trafic d'armes, de munitions et de matériel de guerre, au trafic et aux transactions portant sur d'autres marchandises et matériels, services et technologies, ainsi qu'aux activités économiques, destinées directement ou indirectement à assurer l'approvisionnement des forces armées ou d'autres forces de sécurité (1),
 - ii) décidées en temps de guerre ou face à toute autre situation d'urgence dans les relations internationales ; ou
 - iii) relatives à des matières fissiles et fusibles ou à des matières qui servent à leur fabrication ;
- c) comme empêchant une Partie de prendre des mesures pour honorer ses obligations internationales en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales. »

484. Les exceptions des paragraphes (a) et (b) supposent une interprétation subjective des parties. Elles s'appliquent aux mesures qu'une partie « estime » « à son avis » comme étant nécessaires à la protection des « intérêts essentiels de sa sécurité ». L'interprétation des tribunaux sera ainsi limitée à un simple examen de bonne foi de la mesure étatique. Néanmoins, le paragraphe (b) qualifie étroitement les hypothèses. Cette approche, présente dans le GATT, est typique des TBI canadiens. Contrairement à l'approche dans les traités américains qui ne fait référence qu'à « *the protection of its own essential security interests* »⁹⁷⁴ ici l'exception est plus étroite de sorte qu'elle ne peut être invoquée qu'en relation avec les situations énumérées aux points (i) à (iii) ou à (iv)⁹⁷⁵. Il en résulte un rétrécissement important de l'exception de sorte que l'interprétation du tribunal dans l'affaire *LG&E* considérant que la stabilité économique et plus globalement les intérêts économiques pouvaient relever de l'expression non qualifiée « *essential security interests* ».

485. En ce qui concerne le *littera* (c), l'AECG et l'API UE Singapour s'éloignent de l'approche du GATT et Canada qui consiste à lier l'exception aux obligations de la Charte des Nations Unies pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales pour se rapprocher de la pratique américaine⁹⁷⁶. Encore une fois, le jeu d'emprunt révèle des curiosités. Tout en éliminant la référence à la Charte, la disposition consacre le libellé exact et typique de cet instrument, ce qui ne manquera pas de susciter des discussions dans la phase d'interprétation⁹⁷⁷. Étrangement, la formulation canadienne et du GATT réapparaît dans l'accord conclu avec le Viet Nam⁹⁷⁸.

486. D'autres exceptions spécifiques, révélatrices d'une prise en considération d'autres enjeux réglementaires spécifiques, se retrouvent dispersées ici et là dans les accords européens. Les plus récurrentes sont celles relatives aux exceptions/exclusions fiscales. Elles ont, entre autres, pour objet de garantir le pouvoir d'imposition de l'État et sa capacité d'action ou encore d'assurer

⁹⁷⁴ Art. XI TBI USA Argentine.

⁹⁷⁵ À la différence de l'AECG et du GATT donc, les accords UE Singapour et UE Viet Nam intègrent une quatrième hypothèse pour toute mesure « appliquée en temps de guerre ou en cas de grave tension internationale » (Art. 4.8, b) iv) API UE Viet Nam) ou — de manière plus précise — pour toute mesure « décidée en temps de guerre ou face à toute autre situation d'urgence dans les relations internationales ou pour protéger des infrastructures publiques critiques (ceci concerne les communications et les infrastructures d'approvisionnement en eau ou en électricité fournissant des marchandises ou des services essentiels au public) d'atteintes délibérées visant à les neutraliser ou à en perturber le fonctionnement » (art. 4.5, b), iv) API UE Singapour).

⁹⁷⁶ Dans la pratique américaine, cette exception fait référence aux obligations d'une partie « *with respect to the maintenance or restoration of international peace or security* » sans mentionner la Charte des Nations Unies.

⁹⁷⁷ Il s'agit de l'expression de « paix et sécurité internationale » qu'on retrouve une trentaine de fois dans le cœur dans la Charte des Nations-Unies et qui diffère de l'expression américaine de « *international peace or curity* » [souligné par nous].

⁹⁷⁸ Art. 4.8, c) : « comme empêchant une partie de prendre des mesures pour honorer ses obligations au titre de la charte des Nations unies, faite à San Francisco le 26 juin 1945, en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales »

l'effectivité des conventions fiscales en cas d'incompatibilités⁹⁷⁹. L'AECG se démarque des autres accords par le niveau de précisions et la portée importante des exceptions fiscales prévues. La capacité fiscale de l'État y est véritablement perçue comme un intérêt essentiel dans la politique d'investissement⁹⁸⁰.

487. La préservation de la capacité économique de l'État s'impose comme l'enjeu le plus significatif. Effectivement, au-delà du pouvoir d'action fiscale d'autres exceptions spécifiques visent à préserver les capacités économiques financières de l'État en toute situation.

488. C'est ainsi qu'en sus des exceptions directement insérées dans la clause de libre transfert permettant d'y déroger dans un certain nombre de situations⁹⁸¹, les articles 28.4 et 28.5 prévoient des restrictions spécifiques aux mouvements de capitaux et de paiements lorsque des « circonstances exceptionnelles » nécessitent des mesures de sauvegardes⁹⁸² ou en cas de « graves difficultés liées à la balance des paiements et à la situation financière extérieure »⁹⁸³. On retrouve, avec des rédactions différentes et un champ d'application différent, ces deux clauses dans l'accord avec le Viet Nam⁹⁸⁴ sans pour autant les retrouver ailleurs.

⁹⁷⁹ cf. Art. 4.4 API UE Viet Nam ; art. 4.6 API UE Singapour ; art. 28. 7 AECG.

⁹⁸⁰ Au-delà des exceptions qu'on retrouve dans les autres AII, l'art. 28.7 AECG prévoit par exemple que l'accord ne s'applique pas : à une mesure fiscale accordant un traitement plus favorable à un investissement en raison de la résidence dans l'État de l'investisseur ; à une prescription de résultat subordonnant l'octroi d'un avantage fiscal à ce que le service soit rendu sur le territoire national ou encore aux mesures assurant un avantage au gouvernement dans une entreprise (Art. 28 §4 a) ; c) et e)). Il est également rappelé que la modification du régime fiscal ne constitue pas une atteinte aux garanties de traitement de l'investissement (Art. 28. 5). Enfin l'art. 28.7 §7 prévoit des préalables procéduraux spécifiques en cas de contestation d'une mesure fiscale.

⁹⁸¹ cf. l'art. 8.13, §3 qui, il faut le noter, est construit sur le modèle des clauses générales de type art. XX GATT : « Aucune disposition du présent article n'est interprétée comme, empêchant une Partie d'appliquer, d'une manière équitable et non discriminatoire, et qui ne constitue pas une restriction déguisée aux transferts, sa législation concernant :

- a) la faillite, l'insolvabilité ou la protection des droits des créanciers ;
- b) l'émission, le négoce ou le commerce des valeurs mobilières ;
- c) les infractions criminelles ou pénales ;
- d) les rapports financiers ou les écritures comptables sur les transferts lorsqu'ils sont nécessaires pour faciliter l'application des lois ou aider les autorités de réglementation financière ;
- e) l'exécution des jugements rendus à l'issue de procédures juridictionnelles. »

⁹⁸² Art. 28.4 AECG. La disposition permet uniquement à l'Union européenne de prendre des mesures lorsque des « circonstances exceptionnelles », sans aucune autre précision, « causent ou menacent de causer de graves difficultés au fonctionnement de l'union économique et monétaire de l'Union européenne ». Les mesures doivent être « strictement nécessaires » et sont limitées dans le temps.

⁹⁸³ Art. 28.5 AECG, la disposition permet cette fois au Canada ou à un État membre non membre de l'UEM de prendre des mesures restrictives dans des situations qualifiées. Les « circonstances » d'usage sont davantage définies et des conditions sont précisées telles que la compatibilité des mesures avec les Statuts du FMI, le respect du traitement le moins favorable pour des pays tiers dans des situations similaires ou enfin le recours à des consultations entre les parties dans le cadre du Comité mixte de l'AECG ou dans tout autre forum sur l'évaluation de la situation et des mesures disponibles.

⁹⁸⁴ Art. 4.10 et 4.11

489. Les récentes crises économiques et financières ont sans doute fortement imprégné le cours de négociations européennes. Effectivement, les derniers AII identifient tous une clause d'« Exception prudentielle ». Bien que les versions anglaises renvoient à la notion de « *carve-out* » se rapprochant davantage du terme exclusion, les différentes dispositions introduisent bien des exceptions permettant d'introduire des mesures prudentielles afin d'assurer l'intégrité des acteurs et du système financier de l'État⁹⁸⁵.

490. D'autres exceptions spécifiques viennent étoffer et complexifier⁹⁸⁶ la réglementation des investissements mise en place par les accords européens⁹⁸⁷. Si le recours aux exceptions, générales ou spécifiques, n'est pas uniquement dû au génie des accords européens, l'importance des exceptions avancées indique sur la volonté d'affirmer la place de la capacité réglementaire de l'État dans l'accueil des investissements. Parallèlement à d'autres dispositions et à la structure générale des accords, elles révèlent une véritable volonté d'affirmation d'un principe générale du droit à réglementer de l'État.

B. L'affirmation en principe général du droit à réglementer de l'Etat

491. L'entrée en vigueur du Traite de Lisbonne est une étape cruciale dans la conception du droit des investissements et du concept de droit à réglementer. Alors que les États membres les

⁹⁸⁵ Art. 4.4 API UE Singapour ; 4.5 API UE Viet Nam ; art. 13.16 AECG (in Chapitre 13 « Services financiers » applicable aux investissements dans les institutions financières.). L'art. 13.16 AECG prévoit par exemple que le traité « n'a pas pour effet d'empêcher une Partie d'adopter ou de maintenir des mesures raisonnables pour des raisons prudentielles, incluant », notamment, « la protection des investisseurs », « le maintien de la sécurité, de la solvabilité, de l'intégrité ou de la responsabilité financière d'une institution financière » et « la préservation de l'intégrité et de la stabilité du système financier. » Encore une fois, l'art. 13.16 est complété par l'art. 13.21 (« Différends relatifs aux investissements dans les services financiers ») et l'annexe 13-B (Accord concernant l'application des articles 13.16.1 et 13.21) qui prévoient et clarifient la fonction d'un mécanisme de filtrage permettant de déterminer si l'exception de l'article 13.16 constitue une défense valable contre une réclamation donnée.

⁹⁸⁶ cf. art. 4.7 API UE Singapour qui exclut les « activités exercées par une banque centrale, une autorité monétaire ou toute autre entité publique dans le cadre de l'application de politiques monétaires ou de taux de change » ; art. 4.9 API UE Viet Nam (« Application des lois et réglementations »), garantie, pour ce qui est de la clause de libre transfert, la capacité de l'État pour l'application des lois et réglementations pour ce qui est par exemple de « la faillite, l'insolvabilité, le redressement des banques », du « commerce d'instruments financiers », des « crimes ou délits, ou les pratiques trompeuses ou frauduleuses », d'« exécution des jugements rendus à l'issue de procédures juridictionnelles » ou de la « sécurité sociale, les régimes de retraite publics ou d'épargne obligatoire ». La disposition reproduit un chapeau sur le modèle de l'art. XX GATT. Dans le cadre de l'Accord UE Viet Nam et UE Singapour, cette exception est insérée dans la clause d'exception générale afin de permettre de prendre des mesures « nécessaires pour assurer le respect de lois ou réglementations qui ne sont pas incompatibles » avec les articles les clauses de non-discrimination (art. 4.6 e) API UE Viet Nam) ou l'ensemble de l'accord (art. 2.3, § 3 e) API UE Singapour).

⁹⁸⁷ Il ne faut par exemple pas s'étonner du fait que des répétitions existent. Par ex. 28.9 AECG, « Les parties rappellent les exceptions applicables à la culture établies dans les dispositions pertinentes » du chapitre sur l'investissement. Au-delà de la répétitions générée, cet article émet un doute sur les « exceptions » de l'art. 8.2 §3 AECG davantage identifiées dans cette disposition comme des exclusions ou des dérogations.

plus prolifiques en matière de TBI demeuraient attachés à une conception traditionnelle de la réglementation des investissements profondément hostiles à l'introduction de ce concept, l'avènement de l'Union européenne — et de ses institutions — en tant qu'acteur de l'agenda international du droit des investissements a été l'occasion de leur imposer, dans la lignée des pays nord-américains, la préservation des intérêts étatiques et du droit à réglementer comme un objectif à part entière de la réglementation des investissements (1). Toutefois, les accords européens vont au-delà d'une simple évocation du droit à réglementer comme un objectif des traités afin de l'inclure dans le corpus normatif au côté des clauses de traitement et de protection (2).

1. Le droit de réglementer comme objectif des accords d'investissement européen

492. Sur le modèle du TFUE ou encore de l'OMC, les accords de libre-échange européens, applicables en matière de libéralisation des investissements intégraient déjà des éléments d'affirmation d'une capacité réglementaire des États. Le *MPoI* rappelait cette situation et encourageait les ALE, en libéralisant les investissements, à incorporer des exceptions de politique publique et à tenir compte de l'espace politique de l'État. À l'occasion de la mise en œuvre de la compétence européenne sur les investissements, la Commission européenne rappelle donc l'idée que les AII de l'UE doivent garantir le droit à réglementer des États, et ce, en insistant sur le fait que les principes mis en œuvre dans les ALE doivent guider la négociation des AII.

493. La Commission européenne⁹⁸⁸, qui a constamment rappelé le droit de réglementer et la préservation d'objectifs de politiques publiques dans les accords d'investissement a particulièrement été nourrie par la position des institutions politiques intégrées dans le processus décisionnel⁹⁸⁹, *à l'instar* du Parlement européen dont la nature démocratique et l'agenda social expliquent son insistance sur la question.

494. Le contexte international ainsi que la position des institutions européennes ont donc profondément marqué la teneur des négociations européennes de sorte que les récents accords

⁹⁸⁸ Depuis sa communication de 2010 intitulée « Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux » jusqu'à son document de 2017 intitulé « Position des services sur l'évaluation de l'impact sur le développement durable à l'appui des négociations du partenariat transatlantique pour le commerce et l'investissement entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique », la Commission européenne a constamment mis en avant le droit de réglementer les accords d'investissement de l'UE.

⁹⁸⁹ Par exemple, dans la nouvelle procédure, l'avis du Parlement est déterminant puisqu'il doit être tenu informé de l'avancement des négociations, et plus important encore, il a acquis un pouvoir de veto sur la conclusion des AII de l'UE.

européens ont confirmé une tendance, particulièrement visible depuis quelques années dans les instruments nord-américains⁹⁹⁰, à la multiplication des références au droit de réglementer.

495. La volonté d'ancrer le droit de réglementer dans le cœur des accords d'investissement est flagrante à la lecture des préambules. Si le préambule ne crée pas de droits ou d'obligations juridiques, il est pertinent dès lors qu'il contient l'objet et le but du traité ainsi qu'une partie du contexte à la lumière duquel les autres dispositions du traité seront interprétées. Ainsi, au-delà d'une multiplication des éléments de préservations des intérêts étatiques — que ce soit dans la précision des définitions et concepts ou dans la multiplication des réserves, exclusions ou exceptions — l'inclusion de rappel à la capacité réglementaire dans le préambule est primordiale dès lors qu'il signifie qu'il s'agit désormais d'un objectif du traité au titre duquel l'ensemble des dispositions pourront être interprétées — indépendamment du fait qu'elles contiennent ou non des précisions préservant la capacité de l'État. Les tribunaux arbitraux ont souvent eu recours au préambule pour interpréter les dispositions des traités d'investissement. Le laconisme des préambules des traités de première génération⁹⁹¹ a fait que les tribunaux ont souvent interprété les obligations d'investissement de manière large et ont limité la flexibilité réglementaire de l'État à l'instar du tribunal dans l'affaire *SGS c. Philippines*⁹⁹².

496. D'autres tribunaux se sont appuyés sur le préambule et les références à l'opportunité d'un traitement juste et équitable afin de maintenir un cadre juridique stable pour les investissements étrangers pour élever ce cadre au rang d'élément essentiel, voire de norme émergente, du traitement juste et équitable⁹⁹³.

⁹⁹⁰ Le Canada et les États-Unis ont été parmi les premiers à adopter le droit de réglementer à la suite d'une exposition à des réclamations dans le cadre de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA).

⁹⁹¹ Ex. du Préambule du TBI France Venezuela « [...] “Les Parties contractantes”,

Désireux de renforcer la coopération économique entre les deux États et de créer des conditions favorables pour les investissements français au Venezuela et vénézuéliens en France ;

Persuadés que l'encouragement et la protection de ces investissements sont propres à stimuler les transferts de capitaux et de technologie entre les deux pays, dans l'intérêt de leur développement économique, sont convenus des dispositions suivantes ».

⁹⁹² CIRDI, 29 janvier 2004, Decision sur les exceptions à la compétence du tribunal, *SGS C. Philippines*, aff. n° ARB/02/6, para. 116 : « [...] The BIT is a treaty for the promotion and reciprocal protection of investments. According to the preamble it is intended “to create and maintain favourable conditions for investments by investors of one Contracting Party in the territory of the other”. It is legitimate to resolve uncertainties in its interpretation so as to favour the protection of covered investments. »

⁹⁹³ V. CNUCED, “Fair and equitable treatment”, in *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, United Nations, 2012, pp. 11 et s.; OCDE, “Fair and Equitable Treatment standard in International Investment Law”, OCDE, 2004, *Working papers on international investment*, numéro 2004/3, *passim*. Dans l'affaire *Enron c. Argentine*, le tribunal a fait valoir que « *the object and purpose of the Treaty is, as a general proposition, to apply in situations of economic difficulty and hardship that require the protection of the international guaranteed rights of its beneficiaries. To this extent, any interpretation resulting in an escape route from the obligations defined cannot be easily reconciled with that object and purpose. Accordingly, a restrictive*

497. Partant de là, et en dépit de quelques exceptions notables, comme dans les affaires *Saluka c. République tchèque*⁹⁹⁴ et, dans une certaine mesure, *Lemire c. Ukraine*⁹⁹⁵, la jurisprudence arbitrale révèle que le préambule doit être rédigé avec soin afin d'assurer une lecture équilibrée des obligations découlant des traités d'investissement.

498. En conséquence, et dans la continuité des récents AII⁹⁹⁶, les préambules des AII européens comprennent de nombreuses références à des intérêts réglementaires divers et en particulier, pour ce qui est de l'AECG, des références expresses au droit des parties de réglementer⁹⁹⁷.

RÉAFFIRMANT leur profond attachement à la démocratie et aux droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, faite à Paris le 10 décembre 1948, et étant d'avis que la prolifération des armes de destruction massive constitue une grave menace pour la sécurité internationale ;

RECONNAISSANT l'importance de la sécurité internationale, de la démocratie, des droits de l'homme et de la primauté du droit en vue du développement du commerce international et de la coopération économique ;

RECONNAISSANT que les dispositions du présent accord maintiennent pour les Parties leur droit de fixer des règles sur leurs territoires et la latitude dont elles ont besoin pour réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que ceux visant la santé publique, la sécurité, l'environnement et la moralité publique ainsi que la promotion et la protection de la diversité culturelle ;

AFFIRMANT leurs engagements en tant que parties à la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de l'UNESCO, faite à Paris le 20 octobre 2005, et reconnaissant que les États ont le droit de maintenir, d'établir et de mettre en œuvre leurs politiques culturelles, de soutenir leurs industries culturelles dans le but de renforcer la diversité des expressions culturelles, et de préserver leur identité culturelle, y compris par le recours à des mesures de réglementation et à un soutien financier ;

RECONNAISSANT que les dispositions du présent accord protègent les investissements ainsi que les investisseurs en ce qui concerne leurs investissements et

interpretation of any such alternative is mandatory. » (CIRDI, 22 mai 2007, Sentence, *Enron c. Argentine*, aff. N° ARB/01/3, para. 331). Dès lors selon l'importance et l'esprit du Traité tel qu'exprimé dans le préambule, toute limitation prétorienne, des obligations du traité peut apparaître comme une erreur de droit.

⁹⁹⁴ CPA, CNUDCI, 17 mars 2006, sentence partielle, *Saluka Investments B.V. c. République tchèque*, aff. n°2001-04.

⁹⁹⁵ CIRDI, 21 janvier 2010, décision sur la compétence et la responsabilité, *Lemire c. Ukraine*, aff. No. ARB/06/18.

⁹⁹⁶ cf. Ainsi du Préambule de l'ALENA, plus court que celui de l'AECG, par exemple, mais contient des références à la protection l'environnement, du « bien public », « des droits fondamentaux des travailleurs » ou encore à la promotion du développement durable.

⁹⁹⁷ Le préambule de la nouvelle mouture de l'ALENA, L'ACEUM, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2020 est dans la lignée de l'AECG avec de nombreuses références aux intérêts publics, mais également avec une référence explicite au « ... droit inhérent de réglementer et leur détermination à préserver la latitude dont les Parties ont besoin pour établir leurs priorités législatives et réglementaires, et à protéger les objectifs légitimes de bien-être public, comme la santé publique, la sécurité, l'environnement, la conservation des ressources naturelles biologiques ou non biologiques épuisables, l'intégrité et la stabilité du système financier et la moralité publique, conformément aux droits et obligations prévues par le présent accord ».

visent à stimuler des activités commerciales mutuellement avantageuses, sans porter atteinte au droit des Parties de fixer des règles sur leurs territoires dans l'intérêt public ;

RÉAFFIRMANT leur engagement à promouvoir le développement durable et le développement du commerce international de manière à contribuer aux dimensions économique, sociale et environnementale du développement durable ;

ENCOURAGEANT les entreprises qui exercent des activités sur leur territoire ou qui relèvent de leur juridiction à respecter les lignes directrices et principes internationalement reconnus en matière de responsabilité sociale des entreprises, y compris les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, et à adopter des pratiques exemplaires en matière de conduite responsable des entreprises ;

METTANT EN ŒUVRE le présent accord d'une manière qui est conforme à l'application de leur législation respective en matière de travail et d'environnement et qui renforce leurs niveaux de protection du travail et de l'environnement, en s'appuyant sur leurs engagements internationaux dans les domaines du travail et de l'environnement ⁹⁹⁸;

499. Ces références, bien que ne créant pas de droits et obligations, constituent de puissants arguments en faveur d'une prise en compte des intérêts étatiques dans l'interprétation des accords d'investissement. Si une telle lecture a été auparavant refusée, sur le fondement d'une rédaction unilatérale des TBI, et notamment de leur préambule, les nouvelles rédactions lieront nécessairement les arbitres. Ce revirement est par ailleurs amené à son paroxysme par les accords de l'UE qui innovent en allant au-delà du préambule en introduisant une clause explicite sur le droit de réglementer.

2. La consécration explicite dans les AII de l'UE d'une clause « droit de réglementer »

500. Soucieux de rappeler l'objectif de préservation des intérêts de l'État, les accords européens innovent véritablement par l'introduction d'un nouveau type de clause dans les AII intitulé « Investissement et mesure réglementaire »⁹⁹⁹. Quelle que soit la désignation — « Investissement et mesures réglementaires ». L'objet de la clause est explicite au regard de l'intitulé, il s'agit en l'occurrence de préserver la capacité des États au regard des intérêts de l'investissement.

501. Jusqu'à présent, les articles en cause n'avaient pas leur équivalent. En outre, l'analyse du contenu des dispositions européennes met en avant un certain avant-gardisme en la matière. Dans

⁹⁹⁸ Le texte du préambule de l'AECG est ici reproduit dans sa quasi-totalité. Pour ce qui est des autres AII, sans que ce soit celui conclu avec le Japon, Singapour ou encore le Viet Nam, bien que quelques références sont perceptibles, les textes sont moins exhaustifs et ne mentionnent pas explicitement le droit de réglementer à la différence de l'AECG ou de l'ACEUM.

⁹⁹⁹ Art. 8.9 AECG ; art. 2.2 API UE Viet Nam et Art. 2.2 API UE Singapour.

le premier paragraphe, les parties « réaffirment » leur droit à réglementer afin d'atteindre des objectifs politiques légitimes non exhaustifs. Le sens de cette réaffirmation n'est pas anodin dès lors que l'on considère l'identification du droit de réglementer comme objectif inhérent des AII européens — affirmé en préambule — et que l'on sait que ce droit est concrètement affirmé par des exceptions qui permettent de déroger à diverses obligations. Il s'agit ici d'une disposition générale sur le droit de réglementer des parties sur leur territoire qui peut, en outre fournir des éléments de réflexion sur le sens à donner au concept¹⁰⁰⁰. Dans le cadre des négociations du TTIP, la note de synthèse interne de la Commission « L'investissement dans le cadre du TTIP et au-delà - la voie de la réforme »¹⁰⁰¹ peut s'avérer utile dès lors qu'il servait de guide pour les négociations de l'époque. Ce document suggère que l'UE devrait viser à renforcer la capacité des États à réglementer dans l'intérêt public, entre autres au travers d'« une disposition à part entière (un article du dispositif) [...] expression de la reconnaissance, aux autorités nationales, du droit de légiférer sur leur territoire, déjà consacré par le droit international. »¹⁰⁰²

502. Si ce texte semble davantage se référer au droit *lato sensu* des États de réglementer en vertu du droit international public et ne fait pas de mention explicite d'une éventuelle conception plus stricte en droit international des investissements, le contexte général permet d'émettre des réserves. L'absence de précision permettra en toute hypothèse de créer un débat sur cette question. La question demeure dès lors que les diverses manifestations du droit de réglementer qui démontrent la volonté d'ancrer le principe dans l'esprit de la réglementation européenne constituent, éventuellement, des preuves de la volonté d'aller au-delà d'un principe inhérent au droit international général. À défaut de quoi il faudrait considérer que ces rappels ne modifient en rien la situation par rapport aux précédents TBI soumis aux principes du Droit et que les critiques et divers appels à garantir effectivement la capacité des États n'étaient que de simples feux de paille.

503. Concrètement, à la différence de certains nous pensons que le paragraphe 1 est plus qu'une déclaration interprétative, et que, sans garantie qu'il fournisse un véritable droit d'action, il saura constituer un élément d'accroche pour les États leur permettant, en dehors des exceptions prévues,

¹⁰⁰⁰ Sur le sens et l'opposition entre le droit de réglementer *lato sensu* (inhérent à la souveraineté des États) et un éventuel droit de réglementer, *stricto sensu*, spécifique à la matière des investissements et dont l'objet serait notamment de jouer sur l'obligation d'indemnisation des États.

¹⁰⁰¹ Le sous-titre de la note précise l'objectif spécifique de renforcer le droit de réglementer : COMMISSION EUROPEENNE, 5 mai 2015, Note de synthèse, « L'investissement dans le TTIP et au-delà – La voie de la réforme. Renforcer le droit de réglementer et assurer la transition entre l'actuel système d'arbitrage ad hoc et la mise en place d'une juridiction sur les investissements », disponible en ligne : https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153456.pdf.

¹⁰⁰² *Ibid* p. 7

d'argumenter en faveur de leur capacité réglementaire, ce qui est inédit en, droit, des investissements étrangers¹⁰⁰³.

504. Le paragraphe 2 interagit avec d'autres dispositions du traité et notamment avec le traitement juste et équitable, en précisant que le fait qu'une Partie réglemente, ou interfère avec les attentes légitimes de l'investisseur, ne signifie pas en soi qu'une telle réglementation constitue une violation des dispositions en matière de protection des investissements¹⁰⁰⁴.

505. Enfin, les paragraphes 3 et 4 de cet article — qui garantissent la liberté des États d'octroi ou de retrait de subventions — semblent être dus, au moins en partie, à l'augmentation des demandes concernant les subventions, y compris l'affaire *Micula* et les nombreuses affaires relatives aux énergies renouvelables récemment engagées contre des États membres de l'UE¹⁰⁰⁵.

506. À la lecture de ces dispositions, il apparaît que le droit de réglementer est davantage réaffirmé ici pacifiquement pour ce qui est de la protection des investissements, alors que les diverses manifestations analysées jusqu'à présent visent davantage à garantir les capacités de l'État en matière de libéralisation et d'admission des investissements¹⁰⁰⁶. Ce fait confirme alors l'idée qu'il s'agit éventuellement d'aller au-delà du droit de réglementer *lato sensu* afin de garantir l'action légitime de l'État au regard notamment des obligations d'indemnisation, ce qui constitue en soi une véritable rupture par rapport aux instruments traditionnels.

¹⁰⁰³ cf., également, à titre d'ex. les arts 14.16 ACEUM (ex-ALENA) et 9.16 Accord PTP « Investissement et objectifs en matière d'environnement, de santé et autres objectifs réglementaires » qui sans être aussi détaillé que les dispositions prévoient en un seul paragraphe qu'« Aucune disposition du présent chapitre [9, Investissement du PTP] n'est interprétée de manière à empêcher une Partie d'adopter, de maintenir ou d'appliquer toute mesure, par ailleurs compatible avec le présent chapitre, qu'elle considère appropriée pour veiller à ce que les activités d'investissement sur son territoire soient menées d'une manière qui tienne compte des objectifs en matière d'environnement ou de santé ou d'autres objectifs réglementaires. »

¹⁰⁰⁴ Au regard des dispositions sur le traitement juste et équitable, une interférence avec les attentes légitimes de l'investisseur peut être prise en compte par l'arbitre. Ce paragraphe est donc complémentaire et circonscrit davantage le champ d'application du traitement juste et équitable.

¹⁰⁰⁵ CIRDI, sentence reprenant l'accord de règlement des parties, 11 mars 2011, Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. République fédérale d'Allemagne (I), aff. n° ARB/09/6.

¹⁰⁰⁶ Dans le cadre de l'AECG, la disposition est insérée dans la partie « Protection » des investissements.

CONCLUSION DU CHAPÎTRE

507. Si le Droit européen, dans une lecture extensive de la non-discrimination, ne contredit pas la pratique de la majorité des TBI, ce dernier se démarque toutefois par la place accordée à l'Etat aux fins de préservations de ces intérêts essentiels dans la mise en œuvre de cette garantie. Une telle immission de la capacité réglementaire de l'Etat au stade des garanties de non-discrimination est innovante dans le cadre des accords de protection — en dehors du modèle nord-américain. Ces garanties, présentes dans les instruments de libéralisation classique, constituent par conséquent une contrepartie nécessaire à l'approche libéralisante.

508. C'est en ce sens que dans le cadre des accords d'investissements, l'UE affirme explicitement la nécessité de sauvegarder la capacité réglementaire de l'Etat opposable donc aux garanties d'admission. En outre, elle reprend le système d'exclusions sectorielles des accords de libéralisation. Toutefois, dans leur formulation, elles confirment que l'objet initial demeure la libéralisation des investissements. Dans le cadre intraeuropéen, principalement porté vers la libéralisation, la flexibilité réglementaire est ancrée dans la formulation des garanties de libéralisation. Fruit d'une construction jurisprudentielle ainsi que du système de répartition des compétences, sa mise œuvre demeure toutefois soumise à la lecture extensive des libertés économiques fondamentales — objet premier de l'intégration européenne — et donc de la nécessité de garantir la liberté d'investir.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

509. Il ressort de l'étude du régime de la libéralisation de l'investissement que la liberté d'investir constitue le principe-cadre de la réglementation européenne de l'investissement. Si la consécration du droit à réglementer dans le cadre des accords externes est perçue à certains égards comme une avancée au regard des TBI, elle constitue cependant une contrepartie usuelle dans les instruments de libéralisation.

510. La tendance principale issue de l'analyse du régime de l'accès au marché dans les instruments européens, si elle est difficile à appréhender, peut toutefois se résumer dans l'idée d'une convergence libérale. Sur le plan externe, il apparaît que la volonté première d'intensification de la libéralisation des investissements, à des fins de leadership et de compétitivité, se traduit par un approfondissement des solutions traditionnelles. Plus précisément, les accords européens confirment la conception classique et extensive de la non-discrimination majoritairement suivie dans les TBI, en l'insérant dans un cadre libéral. Cette insertion s'accompagne d'un développement de garanties propres aux instruments de libéralisation telles que les clauses d'interdictions des prescriptions de résultats ou d'accès au marché. Cette modalité de libéralisation de l'investissement n'est en soi pas innovante. Elle constitue par exemple l'une des caractéristiques fondamentales des instruments nord-américains, principale source d'inspiration. C'est en ce sens que si l'UE va plus loin dans la protection du droit à réglementer des États, l'insertion de clauses de sauvegarde de la capacité réglementaire des États était déjà mise en œuvre dans ces accords. Elle s'observait également dans le cadre de la réglementation intra européenne où le TFUE, ALE libéralisant les investissements étrangers, prévoit de solides garanties d'accès au marché articulées autour du principe de non-discrimination et d'égalité de traitement. À l'ADN libéral des libertés de circulation, le TFUE et la Cour de justice ont également associé des clauses de sauvegardes des intérêts étatiques.

PARTIE 3.

LA REDEFINITION CONSECUTIVE DES NORMES DE TRAITEMENT ET DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ETRANGERS

511. Le traitement et la protection des investissements étaient les enjeux essentiels et pendant longtemps, les seuls, du droit international des investissements étrangers. Face aux standards indéfinis de protection qui octroyaient une importante marge de manœuvre aux investisseurs, il s'agissait, tout en clarifiant les clauses de protection, de rappeler la permanence du droit à réglementer des États face à ces garanties. Si la capacité normative des États est en constante progression dans les AII, son renforcement dans le cadre européen n'est pas surprenant en ce qu'il doit être considéré comme un corollaire de l'importance des garanties de libéralisation, auparavant compétence des États. La volonté de concrétiser ce qui s'apparente à un retour de l'État dans la définition des garanties de protection offertes à l'investisseur et à son investissement se concrétise ainsi dans un effort de correction des insuffisances des anciens modèles de TBI des États membres — notamment caractérisés par le *gold standard* — pour proposer des clauses de protections plus qualifiées et complexes. Si l'enjeu est de rééquilibrer les intérêts publics de l'État et les intérêts privés de l'investisseur étranger, il importe également d'assurer une cohérence, en interne et en externe, afin d'éviter les hypothèses où l'investisseur étranger bénéficie de garanties conventionnelles supérieures à celles dont bénéficient les investisseurs nationaux au travers du droit national y compris le droit de l'Union¹⁰⁰⁷. Pour ce faire, si les pratiques nord-américaines sont les principales sources d'inspirations, l'UE n'hésite pas à s'inspirer d'autres sources pour en extirper les *best practices* susceptibles d'aboutir à des clauses renouvelées. Si la clause d'expropriation reste classique dans sa formulation, elle apporte toutefois quelques précisions et éclaircissements qui permettent de verrouiller davantage l'interprétation et l'appréciation d'éléments clés tels que l'expropriation indirecte ou la question de la compensation. Une innovation majeure est également perceptible dans l'approche de la clause de traitement « juste et équitable » où est prônée une définition fermée suggérant une interprétation stricte de la norme et de divers éléments de traitements — parfois controversés, ainsi des attentes légitimes — s'y rattachant.

512. Cette œuvre codificatrice orientée vers des normes hautement qualifiées interroge nécessairement la place des garanties de protection et de traitement dans l'espace intraeuropéen. Elle interroge en particulier dans la mesure où il n'existe pas en soi de clause de protection de l'investissement dans le TFUE. Mais le particularisme de cette absence formelle doit immédiatement être relativisé par l'existence d'un « bloc de légalité communautaire » qui implique

¹⁰⁰⁷ C'est d'ailleurs l'une des raisons des renégociations des accords d'investissements des États nord-américains : v. KLEINHEISTERKAMP J., *op. cit.*, spéc. pp. 798-801 ; UNION EUROPEENNE ET SES ÉTATS MEMBRES, CANADA, *Instrument interprétatif commun concernant l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union européenne et ses États membres*, JOUE L 11, 14 janvier 2017, p. 3. V. égal. CONSEIL UE, PARLEMENT UE, Règlement (UE) No 912/2014 du 23 juillet 2014 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, JOUE L 257, 28 août 2014, p. 121, cons. 4.

substantiellement une protection équivalente, et sur certains aspects supérieurs, à celle offerte dans les autres systèmes de protection des investissements étrangers. C'est en particulier au travers du travail d'interprétation de la Cour de justice, avec pour moteur le bon fonctionnement du marché intérieur, que les investisseurs et investissements étrangers sont en mesure de bénéficier d'un ensemble vaste de garanties de traitements et de protection similaires aux normes du droit international. L'attractivité de ce bloc de légalité est telle que la protection de la propriété privée de l'investisseur, en principe exclu de champ réglementaire du TFUE, est appréhendée notamment au travers des principes généraux du droit de l'Union. Toutefois, si la complétude et le dynamisme du bloc de légalité européen permettent de couvrir largement l'étendue matérielle des normes de traitement et de protection connus en droit international, la qualification de ces normes s'écarte des approches traditionnelles majoritaires pour correspondre davantage à celle adoptée dans les récents accords européens. Effectivement, il est possible d'affirmer que l'objectif de clarté et de prévisibilité mise en œuvre en externe trouve un écho dans la conception des normes de traitement et de protection en interne où leur insertion dans un ordre juridique complexe a nécessairement imposé une confrontation avec d'autres normes et d'autres intérêts invitant à rechercher un équilibre. Cet équilibre est en l'occurrence recherché au travers de clause d'exemption conférant aux Etats une marge de manœuvre dans la défense de certains intérêts ainsi que par la promotion du principe de proportionnalité comme outil fondamental de mise en balance des intérêts. Ce sont au demeurant les mêmes mécanismes que l'UE essaie d'instaurer dans ses accords externes.

513. Le droit de l'UE s'insère dans le sillage formel des clauses traditionnelles tout en s'inspirant de certaines propositions jurisprudentielles et conventionnelles audacieuses. Il se démarque en outre par l'étendue des outils d'encadrement de la protection et du traitement offert aux investissements qui garantissent explicitement la capacité normative des Etats. C'est en ce sens que le droit de l'UE innove en matière de garanties de traitement (Chap. 1) et de protection de l'investissement (Chap. 2).

CHAPITRE 1. LA REDEFINITION AUX FINS D'ENCADREMENT DES NORMES DE TRAITEMENT

514. L'obligation de traitement juste et équitable (TJE) s'impose comme une clause fondamentale dans l'histoire du contentieux des investissements. Unique¹⁰⁰⁸ dans les conventions internationales, elle se caractérise, en raison de formulations sommaires et vagues¹⁰⁰⁹, par sa flexibilité et sa portée corrective pour les investisseurs¹⁰¹⁰. Le TJE s'est imposé dans la pratique contentieuse comme une clause résumée d'un ensemble épars des garanties conventionnelles explicites ou implicites sur laquelle les investisseurs peuvent fonder leurs recours, quels que soient la forme, la nature et le degré de l'atteinte étatique. C'est par exemple dans le cadre de la mise en œuvre du TJE que s'est développée l'obligation de protection et de sécurité pleine et entière (PSPE), mais c'est également dans ce cadre que s'est opérée la prise en charge controversée des attentes légitimes de l'investisseur.

515. Les accords de l'UE tentent d'éliminer le flou rédactionnel en explicitant les éléments constitutifs du traitement juste et équitable. Si des doutes subsistent — notamment au regard des divers instruments européens et des expériences antérieures en particulier dans le cadre de l'ALENA — nul doute que dans la tendance visant à encadrer la clause, l'approche européenne sera précurseur. Dans le cadre intraeuropéen, l'absence de clause type « traitement juste et équitable » ne signifie pas une absence de garantie de traitement substantiel similaire. En dépit des limites institutionnelles, le caractère globalisant du marché intérieur et le dynamisme du bloc normatif européen interprété par la Cour de justice aboutissent à dégager un ensemble de principes, tels que le principe de non-discrimination ou de bonne administration de la justice, qui recoupent et parfois dépassent les éléments constitutifs de la clause TJE en droit international et dans les accords de l'UE. Ces principes, insérés dans un bloc de légalité nourri par différents intérêts et objectifs, sont nécessairement soumis à des mécanismes correcteurs, inhérents à tout Etat de droit — enjeux de l'intégration européenne — tel que l'interdiction de l'abus de droit ou le principe de proportionnalité qui supposent une conception équilibrée des normes de traitement.

¹⁰⁰⁸ SCC (CNUDCI), 27 mars 2007, sentence partielle, *Eastern Sugar c. République tchèque*, aff. No. 088/2004, para. 165; CPA (CNUDCI), 26 octobre 2010, décision sur la compétence, *Achmea B.V. (ex. Eureka B.V.) c. Slovaquie (I)*, aff. No. 2008-13 para. 250. Dans les deux sentences, les arbitres concluent que le traitement juste et équitable issu des TBI n'a pas d'équivalents dans le droit communautaire.

¹⁰⁰⁹ Ex. art. V, 1) TBI Espagne Argentine 1991 : « Cada Parte garantizara en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte. »

¹⁰¹⁰ CIRDI, sentence, 28 septembre 2007, *Sempra Energy International c. Argentine*, aff. No. ARB/02/16.

516. En définitive, il convient dans un premier temps d'aborder la volonté d'approfondissement d'un modèle équilibré de la clause de traitement juste et équitable en externe (Sect. 1) qui fait nécessairement écho à l'encadrement substantiel et contextuel des normes de traitement en interne (Sect. 2).

SECTION 1. UN ENCADREMENT PRECURSEUR DU TRAITEMENT JUSTE ET EQUITABLE DANS LES ACCORDS EXTERNES

517. Incontournable dans la pratique conventionnelle des AII multilatéraux ou bilatéraux¹⁰¹¹, la clause du traitement juste et équitable demeure insaisissable dans son contenu. La pratique fluctuante du TJE a également nourri de nombreuses études doctrinales dont l'enjeu résidait dans la détermination de sa substance réelle au-delà des divergences rédactionnelles¹⁰¹². Ces divergences rédactionnelles se résument pour l'essentiel dans l'opposition entre les formules minimalistes autonomes — où la notion est interprétée en dehors de tout cadre normatif de référence — et les approches détaillées où le contenu de la norme est lié au standard minimum de traitement du droit international coutumier.

518. L'approche, atypique, de l'UE s'apparente à un compromis où il s'agit de se débarrasser de la référence au droit international tout en identifiant de manière exhaustive les hypothèses de traitements susceptibles d'engager la responsabilité de l'État. Cette formule s'inscrit comme l'approfondissement d'une tendance conventionnelle récente qui trouve ses racines dans la critique générale du droit des investissements et de la place de l'État. Et en dépit de quelques particularités dans chaque accord, elle s'impose comme une formule type d'un éventuel modèle d'AII de l'Union. En réalité, la formule, et spécialement son contenu, est fortement inspirée de la jurisprudence de l'ALENA qui constitue dès lors la principale référence d'analyse dans l'identification de sa portée.

¹⁰¹¹ DUMBERRY P., « *Has the fair and equitable treatment standard become a rule of customary international law?* », *JIDS*, 2017, 8, 1, pp. 155 et s. L'auteur constate qu'en 2014 et sur la base de 1964 TBI seuls moins de 5 % ne comportent pas de clause FET et 25 se contente d'une référence dans le préambule. Ce constat est vrai, quelle que soit l'époque. V. égal. KHALIL M., « *Treatment of foreign investment in BITs* », *ICSID rev-FILJ*, 8, 1992, p. 351 ; TUDOR I., *The fair and equitable treatment standard in international foreign investment law*, OUP, 2008, p. 23; KLÄGER R., 'Revising Treatment Standards: Fair and Equitable Treatment in Light of Sustainable Development', in HINDELANG S., Krajewski M. (dir.), *Shifting Paradigms in International Investment Law – More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, OUP, 206 p. 66. À ce constat, il faut rappeler que les clauses de la nation la plus favorisée, non qualifiée, jouent pour la clause TJE. Seule la sentence *İçkale İnşaat Limited Şirketi* a refusé un tel jeu de la clause NPF : CIRDI, 8 mars 2016, sentence, *İçkale İnşaat Limited Şirketi c. Turkménistan*, aff. No. ARB/10/24, para. 326 et s. V. en ce sens : DUMBERRY P., 'The importation of the fair and equitable treatment standard through MFN clauses: an empirical study of BITs', *ICSID Rev-FILJ*, 2016, 17, pp. 229–259. Depuis les années 90', la clause s'est également imposée dans l'ensemble des AII et dans certains instruments économiques et notamment dans certains ALE contenant un chapitre sur l'investissement. V. DUMBERRY P., *The fair and equitable treatment standard: a guide to NAFTA case law on Article 1105*, Kluwer Law International, 2013, not. p. 35.

¹⁰¹² Dans l'impossibilité de toutes les citées, nous renvoyons en particulier à KHALIL M., « *Treatment of foreign investment in BITs* », *ICSID Rev/FILJ*, 1992, 8, p. 339-383 ; TUDOR I., *The fair and equitable treatment standard in international foreign investment law*, OUP, 2008, 348 p.; SANTULLI P., « *Le traitement juste et équitable : stipulation particulière ou principe général de bonne conduite ?* », *RGDIP*, 2015, 1, p. 69 et s.; il est également possible de se référer à l'étude exhaustive de l'OCDE : OCDE, *La norme de traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, Édition OCDE, 2004/3, 44 p.

Ce qui ressort, c'est la promotion d'une interprétation stricte d'une clause TJE au contenu strictement défini et exclusif de diverses garanties controversées.

519. Ce constat suppose d'analyser l'atypisme d'une liste fermée (§1) avant de revenir sur l'interprétation stricte des éléments du traitement juste et équitable (§2).

§1. L'atypisme d'une clause fermée

520. En dépit des formules laconiques majoritaires dans les précédents instruments, la rédaction de la clause du traitement juste et équitable emporte d'importantes conséquences en pratique. C'est en ce sens que la simple référence au droit international coutumier et au standard minimum de traitement a suffi à réduire dans une proportion non négligeable la marge de manœuvre des arbitres. Guidé par son expérience de l'ALENA, le Canada défendit cette approche contre l'UE, désireuse, pour sa part, de maximiser les garanties de l'investissement offertes par une approche moins contraignante dans l'AECG. En ce sens, l'existence d'une liste fermée excluant toute référence à la coutume s'apparente à un compromis de circonstance. Toutefois, en dépit de quelques particularités dans l'ensemble des instruments de l'UE, le modèle s'impose dans la pratique européenne de sorte à s'installer comme un aboutissement novateur d'une tendance à l'encadrement amorcé dans la pratique générale des États. Si la clause évite toute référence explicite au contenu du standard minimum de traitement, les éléments listés, en reprenant les éléments discutés devant les tribunaux de l'ALENA, consacrent la pratique et la volonté des États exprimées dans le cadre de la coutume.

521. L'étude du compromis original qu'est le modèle de clause du TJE de l'UE (A) permettra ainsi de voir en quoi il réaffirme la volonté exprimée par les États (B).

A. Une solution de compromis

522. Le modèle de rédaction de la clause du traitement juste et équitable ne s'est pas imposé comme tel dans la politique européenne d'investissement. S'il s'est développé dans l'ensemble des accords de l'Union, il apparaît davantage comme le fruit des oppositions entre l'UE et le Canada. Cette opposition a ainsi permis d'accoucher d'une clause autonome, mais fermée qui apparaît *in fine* comme un aboutissement novateur dans une tendance générale dans le régime international de l'investissement.

523. Après avoir donné les fondements du compromis (1), nous verrons en quoi la solution s'impose comme un modèle atypique dans le régime international (2).

1. Un compromis circonstanciel

524. Désireux de libéraliser pleinement l'investissement étranger, l'Union européenne, dès la négociation de son premier accord d'investissement avec le Canada, a immédiatement mis en avant la volonté de reprendre l'approche de rédaction du TJE majoritaire dans les TBI des États membres. Cette approche, typique du *gold standard* européen, se caractérise par une clause minimaliste et non qualifiée — ou autonome — en ce qu'aucune référence n'est faite au droit international coutumier en générale et au standard minimum de traitement en particulier. Cette position s'opposait frontalement à celle du Canada qui privilégiait des clauses qualifiées dont le contenu est expressément rattaché à l'état du standard de traitement de la coutume internationale¹⁰¹³. Cette position, favorable aux intérêts de l'État et motivé par l'expérience du Canada en tant que défendeur dans le cadre de l'arbitrage d'investissement de l'ALENA, apparaissait pour l'Union comme une entrave pour une protection pleine de l'investissement¹⁰¹⁴.

525. L'enjeu d'une telle opposition n'est pas négligeable dès lors que la formulation de la clause influence directement la marge de manœuvre des arbitres dans la détermination du champ d'application et du seuil d'engagement de la responsabilité des États. C'est le sens du constat opéré par la CNUCED dans un rapport de 2012 qui établit un lien de causalité entre les différentes interprétations de la clause et les divergences rédactionnelles¹⁰¹⁵. Cette corrélation, endossée par la doctrine¹⁰¹⁶, suppose qu'en pratique, l'arbitre confronté à une clause non qualifiée et sans référence au standard minimum coutumier déplace sa focale sur le sens ordinaire des termes « juste » et

¹⁰¹³ Le projet d'accord du 7 février 2013 montre que le Canada proposait d'intituler la clause « Standard minimum de traitement ».

¹⁰¹⁴ COMMISSION EUROPEENNE, 6 novembre 2012, *EU Canada Comprehensive Trade Agreement—Landing zones*, DS 1744/12, p. 9.

¹⁰¹⁵ CNUCED, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations 2012, p. 8 ; OCDE, « La norme de traitement juste et équitable dans le droit international des investissements », *Working Papers on International Investment n° 2004/3*, Édition OCDE, p. 40. V. égal. HAERI H., *A tale of two standards: 'Fair and Equitable Treatment' and the minimum standard in international law*, *Arbitration international*, 2011, 27, 1 p. 26 ; DUGAN C., WALLACE D., RUBINS N., SABAHI B., *Investor-state arbitration*, *op. cit.*, p. 496 ; DUMBERRY P., *The fair and equitable treatment standard: a guide to NAFTA case law on Article 1105*, *op. cit.*, p. 40 et s.

¹⁰¹⁶ HAERI H., *A tale of two standards: 'Fair and Equitable Treatment' and the minimum standard in international law*, *op. cit.* p. 26 ; SCHREUER C., DOLZER R., *Principles of international investment law*, *op. cit.* p. 126 ; KLÄGER R., *Fair and equitable treatment in international investment law*, CUP, 2001, p. 85. Pour une position sceptique sur la corrélation, v. SCHILL S., « Fair and equitable treatment as an embodiment », *IIJ, Working Paper 2006/6*, *Global Administrative Law Series*, 2006, p. 3 ; VANDEVELDE K.J., « A unified theory of fair and equitable treatment », *New York University Journal International Law and Politics*, 2010, p. 43. Kenneth J. Vandevelde, tout en niant la corrélation due au contexte rédactionnel met en avant l'existence d'un consensus, parfois inconscient, dans la pratique arbitrale autour du concept.

«équitable». Ainsi la flexibilité de ces notions¹⁰¹⁷ induit, de manière constante, un seuil de responsabilité bas¹⁰¹⁸ et donc un niveau de traitement plus important pour l'investisseur que celui offert par le standard minimum de traitement¹⁰¹⁹.

526. L'attitude des arbitres est *a contrario* moins cohérente en face de clauses non autonomes, ce qui démontre à notre sens que le rattachement au standard minimum de traitement est susceptible de contraindre la marge de manœuvre de l'arbitre¹⁰²⁰. La même appréciation peut être faite dans les hypothèses de clause autonome, mais qualifiée en raison de l'existence d'un seuil d'engagement de la responsabilité de l'État¹⁰²¹. Récemment, certains tribunaux ont tenté de réduire la portée pratique de ces divergences rédactionnelles¹⁰²². Pour ces derniers, une convergence existe en raison de

¹⁰¹⁷ Interprétés littéralement, les deux termes supposent intrinsèquement une certaine part de subjectivité. V. BERNER K., 'Reconciling Investment Protection and Sustainable Development – A plea for an Interpretative U-Turn', in HINDELANG S., KRAJEWSKI M., *Shifting Paradigms in International Investment Law – More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, OUP, 2016, p. 185 ; SCHREUER C., DOLZER R., *Principles of international investment law*, OUP, 2008, pp. 119 et 178.

¹⁰¹⁸ CNUCED, *Fair and Equitable Treatment*, (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations 2012), p. 22: '[The] identification of the correct source of the FET standard – whether it is grounded in customary international law or is a self-standing obligation – can have important consequences in terms of the standard's content and, more precisely, of the types of State measures that can be challenged as well as the required threshold for finding a violation, that is, the required degree of seriousness of the breach'.

¹⁰¹⁹ V. pour différentes références jurisprudentielles NEWCOMBE A., PARADELL L. *Law and practice of investment treaties: standards of treatment*, Kluwer Law International, 2009, pp. 263–264. On note que dans de rares cas, des tribunaux ont déduit d'une clause autonome non qualifiée une référence implicite au droit international coutumier. Ex. CIRDI, 17 janvier 2007, sentence, *Siemens AG c. Argentine*, aff. No. ARB/02/8, para. 291.

¹⁰²⁰ CNUCED, *Fair and Equitable Treatment*, (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations 2012), p. 22. Les tribunaux ont globalement été divisés sur l'interprétation correcte de ces mots. Certains tribunaux ont considéré que l'expression « droit international » figurant dans une clause TJE était une référence à la norme minimale prévue par la coutume. V. par ex., CIRDI, 31 juillet 2007, sentence, *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. c. Equateur*, aff. No. ARB/03/6, para. 369. D'autres ont interprété une telle référence expresse à peu près de la même manière qu'une clause TJE non qualifiée. V. par ex. CIRDI, 20 août 2007, sentence, *Compañía de Aguas del Aconquija SA et Vivendi Universal SA c. Argentine*, aff. No. ARB/97/3, paras. 7.4.5 et s. ; CIRDI, 29 mai 2003, sentence, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Mexique*, aff. No. ARB(AF)/00/2, para. 155.

¹⁰²¹ Un certain nombre de tribunaux ont interprété cette clause de la même manière qu'une clause TJE autonome. V. par ex.. CIRDI, 22 mai 2007, sentence, *Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine*, aff. No. ARB/01/3, par. 258 ; CIRDI, 28 septembre 2007, sentence, *Sempra Energy International c. Argentine*, aff. No. ARB/02/16, par. 302 ; CIRDI, 14 juillet 2006, sentence, *Azurix Corp. c. Argentine*, aff. No. ARB/01/12, par. 361 ; CIRDI, 21 janvier 2010, décision sur la compétence et la responsabilité, *Lemire c. Ukraine*, aff. No. ARB/06/18, paras. 253-254. D'autres tribunaux ont, au contraire, jugé qu'une telle clause prévoit le SMT. V. LCIA, 1^{er} juillet 2004, sentence finale, *Occidental Exploration and Production Company c. Équateur*, aff. No. UN3467, paras. 188-190 ; T. *ad hoc*. CNUDCI, 3 septembre 2001, sentence finale, *Lauder c. République tchèque*, par. 292.

¹⁰²² CPA, CNUDCI, 17 mars 2006, sentence partielle, *Saluka Investments B.V. c. République tchèque*, aff. n°2001-04, para. 291. V. aussi CNUCED, *Fair and Equitable Treatment*, (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, 2012, p. 90.

l'évolution du standard minimum de traitement pour se rapprocher des clauses TJE autonomes et non qualifiées¹⁰²³.

527. L'opposition entre le Canada et l'UE était loin d'être anecdotique. Elle fait état de deux visions diamétralement opposées de l'objet de la matière. Elle doit être replacée dans le cadre général de méfiance envers la clause de TJE. Une telle divergence doit donc être lue eu égard à la théorie jurisprudentielle de la convergence et aux demandes étatiques de rééquilibrage des rapports investisseurs États dans le droit international des investissements.

528. La cohérence de la position canadienne,¹⁰²⁴ la capacité de négociation de ce premier partenaire ainsi que le fait que les Etats membres de l'UE sont de plus en plus placés dans une situation — similaire à celle du Canada dans l'ALENA — de défendeurs face à des recours fondés sur la clause TJE¹⁰²⁵ ont sans doute permis d'aboutir au compromis actuel. Compromis qui en adoptant une liste fermée s'impose comme un modèle novateur et précurseur dans la pratique européenne et internationale¹⁰²⁶.

2. Un modèle de clause qualifiée atypique dans le régime international

529. Le résultat de l'opposition entre le Canada et l'UE se retrouve dans l'article 8.10, paragraphe 2 de l'AECCG. Cette disposition énumère dans un libellé suggérant l'exhaustivité les différentes hypothèses susceptibles d'entraîner une rupture de l'obligation de traitement juste et équitable¹⁰²⁷. Cette approche est résolument audacieuse et ce, même pour le Canada qui jusqu'à

¹⁰²³ Ex. CIRDI, 12 mai 2005, sentence, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, aff. No. ARB/01/8, paras. 282-284. Pour une critique de cette affaire, v. KILL T., «Don't cross the streams: past and present overstatement of customary international law in connection with conventional fair and equitable treatment obligations, *Michigan Law Review*, 2008, 106, p. 853.

¹⁰²⁴ Preuve en est avec la remarquable cohérence rédactionnelle de la norme THE dans les accords conclus par le Canada : art. 7 TBI Bénin/Canada (2013) ; art. 6 TBI Canada Burkina Faso [2017] ; art. III TBI Canada/République tchèque [2009].

¹⁰²⁵ JADEAU F., FABIEN G., « CETA's definition of the fair and equitable treatment standard: toward a guided and constrained interpretation », *Transnational Dispute Management*, 2016, 13, 1, pp. 5 et s.

¹⁰²⁶ V. COMMISSION EUROPEENNE, 6 novembre 2012, *EU Canada Comprehensive Trade Agreement—Landing zones*, DS 1744/12, p. 9. La Commission estime que le compromis serait d'énumérer les critères d'application de la clause. Ce faisant, elle codifierait les hypothèses jurisprudentielles généralement acceptées et avec lesquels le Canada et l'UE sont d'accords.

¹⁰²⁷ Le doute avait été émis par Gus VAN HARTEN. Pour ce dernier, les rédacteurs auraient pu être plus clairs dans leur souhait d'établir une liste exhaustive en précisant par exemple qu'une partie viole l'obligation « [seulement] lorsqu'une mesure... viole » : VAN HARTEN G., « The EU-Canada joint interpretive declaration/instrument on the CETA », *Osgoode Legal Studies Research Paper*, No. 6/2017, 2017, p. 4, disponible sur <https://ssrn.com/abstract=2850281>. On sait toutefois qu'initialement, les parties ne voulaient pas d'une liste exhaustive. Le projet de février 2013 fait référence à la proposition de l'UE en utilisant les termes « in particular » et

présent se limitait à des clauses non autonomes, *a minima* qualifiées, mais ouvertes. Nonobstant la position initiale de l'Union, ce type de libellé s'est rapidement imposé comme un modèle de la politique européenne d'investissement qui se retrouve dans l'ensemble des AII conclus après l'AECG¹⁰²⁸. En considération d'une tendance récente où les clauses TJE apparaissent plus complexes et détaillées dans leur rédaction et leur contenu¹⁰²⁹, le modèle européen se distingue comme un aboutissement susceptible de s'élever au rang de clause modèle pour l'ensemble des Etats.

530. Effectivement, face aux errements jurisprudentiels sur le sens et la portée de la clause, défavorables aux Etats, ces derniers ont tenté de réagir en encadrant davantage la clause et la marge de manœuvre des arbitres. Une première approche fut d'explicitier la référence, voire l'identité avec le standard minimum de traitement de la coutume¹⁰³⁰. La réaction des Etats partis à l'ALENA après les interprétations controversées de l'article 1105 rendues la même année dans les sentences *Metalclad*¹⁰³¹, *S.D. Myers*¹⁰³² et *Pope & Talbot*¹⁰³³ est un parfait exemple. Sous l'égide de la Free Trade Commission (FTC), les parties ont publié une note interprétative limitant expressément le niveau de traitement des investisseurs étrangers en vertu de l'ALENA à celui accordé aux étrangers dans le cadre du standard minimum de traitement¹⁰³⁴. Cette solution a par la suite été reprise lors de la révision de 2004 des modèles de TBI des États-Unis et du Canada¹⁰³⁵ ainsi que dans leurs récents

« not exclusively » avant la liste des obligations. La proposition du Canada mentionnait « including ». Cette formulation n'a pas été conservée dans le texte final.

¹⁰²⁸ Art. 2,4, 2) AII UE Singapour ; art. 2,5, 2) AII UE Viet Nam. Le projet de texte du TAFTA prévoyait également une clause similaire : Art. 3

¹⁰²⁹ ÜNÜVAR G., 'The Vague Meaning of Fair and Equitable Treatment Principle in Investment Arbitration and New Generation Clarifications', *Courts Working Paper Series*, No. 55 (2), 2017, p. 22 ; ÜNÜVAR G., « Is CETA the promised breakthrough? Interpretation and evolution of fair and equitable treatment and indirect expropriation provisions », in ANDENAS M., PANTALEO L. (dir.), *The EU as an actor in international economic law*, TMC Asser Press, 2017.

¹⁰³⁰ CNUCED, Fair and Equitable Treatment, (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, 2012, p. 29.

¹⁰³¹ CIRDI, 30 aout 2000, sentence, *Metalclad Corporation c. Mexique*, aff. No. ARB (AF)/97/1, paras. 70 et 76.

¹⁰³² T. *Ad Hoc* (CNUDCI), 13 novembre 2000, sentence partielle, *S.D. Myers Inc. c. Canada*, para. 266.

¹⁰³³ CIRDI (CNUDCO), 10 avril 2001, sentence sur le fond phase II, *Pope & Talbot Inc. c. Canada*.

¹⁰³⁴ FTC, 2001 'Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions'

¹⁰³⁵ Art. 5 US 2004 BIT Model: '1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security. 2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights [...]'. Cette formulation est reprise dans le modèle de 2012. Les deux modèles précisent en annexe A le sens du droit international, à savoir une pratique générale et constante des États intégrant un sentiment de contrainte juridique. Cette précision est sans doute une manière d'empêcher des interprétations similaires à celle supposant une convergence du contenu du droit international coutumier vers celui du

TBI et ALE¹⁰³⁶. Le Mexique a par la suite emboité le pas en reprenant la clause dans certains de ses accords¹⁰³⁷. Et nonobstant le fait qu'il s'agisse du résultat de l'expérience nord-américaine issue de la jurisprudence ALENA, de nombreux instruments ont récemment adopté les mêmes précisions à l'égard de la coutume¹⁰³⁸.

531. En outre, les États essaient davantage de rédiger des clauses plus précises et prévisibles dans leurs interprétations¹⁰³⁹. C'est encore une fois le Canada et les États-Unis qui servent d'amorce avec leurs derniers modèles qui exemplifient dans une liste les hypothèses de violations du TJE et ce qui ne peut être qualifié de la sorte¹⁰⁴⁰. D'autres États ont très rapidement repris ce type de clauses¹⁰⁴¹.

532. L'ensemble de ces évolutions résonnent avec les conclusions auxquelles est arrivé la Commission des Nations-Unies pour le Commerce et le développement qui, dans *l'Investment Policy Framework for Development* (IPFSD) de 2012 analyse les différentes options en matière de rédaction de la clause du TJE¹⁰⁴². Entre les clauses autonomes et non qualifiées et l'absence pure et simple de

TJE en droit des investissements. V. sur les réactions canadiennes et américaines : LÉVESQUE C., 'Influences on the Canadian model FIPA and US model BIT: NAFTA Chapter 11 and beyond', *Canadian Yearbook of International Law*, 44, 2006, p. 255; LÉVESQUE C., NEWCOMBE A., 'Commentary on the Canadian model foreign promotion and protection agreement', in BROWN C. (dir.), *Commentaries on selected model investment treaties*, OUP, 2013, pp. 78–80.

¹⁰³⁶ V. Art. 5, 1), 2) TBI USA-Uruguay (2006); Art. 5.1), 2) TBI USA-Rwanda (2012); Art. 3 TBI Canada-République tchèque (2009); art. 5 TBI Canada-Jordane (2009); art. 5 TBI Canada-Lituanie (2009); art. 5 TBI Canada-Pérou (2006); Art. 2 TBI Canada-Romanie (2009); art. 3 TBI Canada-Slovaquie (2010); art. 805 ALE Canada-Colombie (2011); art V TBI Canada-Chine (2012). Ce dernier accord ne se réfère pas explicitement aux termes de « coutume internationale », mais évoque ses deux éléments.

¹⁰³⁷ Clause 1, Protocole TBI Australie-Mexique BIT (2005); protocole TBI République Tchèque-Mexique (2002); TBI Islande-Mexique (2005); art. 5 TBI Inde-Mexique (2007); art. 5 TBI Trinidad et Tobago-Mexique (2006); art. 3, TBI Royaume Uni-Mexique (2006).

¹⁰³⁸ CNUCED, *Fair and Equitable Treatment*, (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, 2012, p. 25, qui cite Accord établissant une zone de libre-échange ASEAN/Australie/Nouvelle-Zélande [2009], ALE Japn-Philippines [2006], ALE Chine-Pérou [2009], ALE Malaisie-Nouvelle Zélande [2009], Accord de partenariat économique globale Inde-Corée du Sud [2009]. V. aussi Art. 10.5 ALE Corée du Sud/Singapour [2006]; art. 5 TBI Japon-Laos; art. 59 TBI Japon-Brunei [2007]; Art. 3 TBI Belgique/Luxembourg-Pérou [2005]; Art. 10.5 ALE Chile-Australie (2009).

¹⁰³⁹ CNUCED, "Fair and Equitable Treatment," UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, 2012, pp. 13, 29 et 30.

¹⁰⁴⁰ Art. 5, 2), a) US 2012 BIT Model "Fair and equitable treatment" includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world'. Le para. 3 précise qu'« A determination that there has been a breach of another provision of this Treaty, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article ». V. égal. Art. 805 ALE Canada-Colombie (2011); Art. II, 2) TBI Roumanie-Canada (2011). GANTZ D.A., 'The evolution of FTA investment provisions: from NAFTA to the United States/Chile Free Trade Agreement', *American University International Law Review*, 2003, 19, 4, pp. 724–731.

¹⁰⁴¹ Art. 11 ASEAN Comprehensive Investment Agreement (2009); Art. 14. Investment Agreement for COMESA (2007); art. 10.5 CAFTA-DR.

¹⁰⁴² CNUCED, *Investment Policy Framework for Development*, United Nations, 2012, pp. 43 et s.

clause, il apparaît que l'option s'insérant au mieux dans une démarche de développement durable par sa capacité à garantir un climat d'investissement stable et sûr et dans le même temps une flexibilité normative pour l'État est une liste fermée avec des directives d'interprétation précises¹⁰⁴³. Toutefois, aucun État, dans la conclusion ou la révision de récent TBI a franchi le pas d'une liste fermée.

533. Par conséquent, le modèle de l'Union semble être le résultat naturel et logique de la volonté des États d'accroître sans cesse le degré de précision du contenu de la clause TJE afin de réduire sa portée et de circonscrire son interprétation par les tribunaux¹⁰⁴⁴. Il s'agit immanquablement de l'illustration la plus complète et la plus détaillée d'une telle tendance et ce d'autant que son contenu reflète un certain consensus dans la pratique des États.

B. Une liste reflet de la pratique étatique

534. En raison du refus de l'UE et *a contrario* de la pratique constante du Canada,¹⁰⁴⁵ l'ensemble des instruments européens, dans la rédaction de la clause du traitement juste et équitable, évite toute référence à la coutume et au standard minimum de traitement¹⁰⁴⁶. Le refus de l'UE d'être contraint par le droit international coutumier dans la définition de la clause s'est concrétisé dans une liste exhaustive qui, au demeurant, rend superflue une telle référence. En réalité, cette absence ne signifie pas un rejet absolu de la coutume¹⁰⁴⁷. Effectivement, lorsqu'on observe la liste, les éléments qui y figurent correspondent à ceux généralement considérés dans le standard minimum de traitement¹⁰⁴⁸.

535. Cette codification, qui ne dit pas son nom se manifeste comme un moyen de réduire la marge de manœuvre des arbitres — et donc des investisseurs —, et ce, tout en redonnant une pleine maîtrise aux États et à leur *opinio juris* dans la définition de la norme du traitement juste et

¹⁰⁴³ CNUCED, Investment Policy Framework for Development, United Nations, 2012, p. 51. V. égal. KLÄGER R., 'Revising Treatment Standard – Fair and Equitable Treatment in Lights of Sustainable Development,' in HINDELANG S., KRAJEWSKI M., *Shifting Paradigms in International Investment Law – More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, OUP, 2016, pp. 74-75 et 79-80.

¹⁰⁴⁴ JADEAU F., FABIEN G., « CETA's definition of the fair and equitable treatment standard: toward a guided and constrained interpretation », *Transnational Dispute Management*, 13, 1, 2016, p. 2 et s.

¹⁰⁴⁵ Tous ses accords prévoient une telle référence.

¹⁰⁴⁶ Cf. art. 2.5 API UE Viet Nam.

¹⁰⁴⁷ DUMBERRY P., 'The "Minimum Standard of Treatment" in international investment law: the fascinating story of the emergence, the decline and the recent resurrection of a concept', in PASQUET L., VAN DER PLOEG K.P., CASTELLANOS JANKIEWICZ L. (dir.), *International law and time: narratives and techniques: proceedings of the conference international law and time (Genève, Suisse, 2015)*, Springer, 2018.

¹⁰⁴⁸ DUMBERRY P., The formation and identification of rules of customary international law in international investment law, CUP, p. 104 et s.

équitable. Cette analyse est confortée par la reconnaissance du caractère évolutif de la clause qui accentue le rôle de la volonté des Etats. En effet dans tous les accords de l'UE, il est prévu qu'à la demande d'une partie, une situation ne figurant pas dans la liste arrêtée peut être intégrée par accord au travers d'une procédure de modification spécifique¹⁰⁴⁹.

536. Bien évidemment, les suggestions de la CNUCED dans l'IPFSD de 2012 ont été prises en compte dans le processus de rédaction, notamment durant les négociations de l'AECG. À une exception près — et non des moindres — la liste de l'IPFSD est similaire à celle des accords de l'Union¹⁰⁵⁰. Une grande partie de la doctrine¹⁰⁵¹ est d'avis que la liste proposée par la CNUCED en 2012 reflétait des situations similaires à ceux majoritairement retenus par la jurisprudence arbitrale, ainsi en est-il dans la sentence *Rumeli Telekom*¹⁰⁵². Il faut préciser qu'à l'égard de la liste de CNUCED, une question était de savoir dans quelle mesure certains éléments controversés, mais récurrents, dans la jurisprudence, devaient impérativement figurer dans la liste et quel était le seuil de

¹⁰⁴⁹ Ex. Art. 8.10, 3) AECG : « Les Parties examinent, sur une base régulière ou à la demande d'une Partie, la teneur de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable. Le Comité des services et de l'investissement créé en application de l'article 26.2.1 b) (Comités spécialisés) peut formuler des recommandations à cet égard et soumettre celles-ci au Comité mixte de l'AECG pour décision. » V. égal. Art. 2.5, 3) API UE Viet Nam et art. 2.4, 4) AII UE Singapour. Sur ce point, v. KRIEBAUM U., « FET and expropriation in the comprehensive Economic Trade Agreement between the European Union and Canada (CETA) » *TDM*, 1, 2016, pp. 21–22. On notera que dans une ancienne version de l'AECG, ce caractère évolutif était lié à l'état de la coutume dès lors qu'il était spécifié qu'une situation non prévue pouvait être prise en compte s'il était contraire à l'obligation de TJE tels que reconnue dans la pratique générale des États et acceptée comme étant de droit. V. DUMBERRY P., 'The "Minimum Standard of Treatment" in international investment law: the fascinating story of the emergence, the decline and the recent resurrection of a concept', *op. cit.*

¹⁰⁵⁰ CNUCED, 'Fair and Equitable Treatment', in UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, vol. II, United Nations, 2012 p. 51: '(a) Denial of justice and flagrant violations of due process; (b) Manifestly arbitrary treatment; (c) Evident discrimination; (d) Manifestly abusive treatment involving continuous, unjustified coercion or harassment; (e) Infringement of legitimate expectations based on investment-inducing representations or measures, on which the investor has relied.'

¹⁰⁵¹ CNUCED, 'Fair and Equitable Treatment', in UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, vol. II, United Nations, 2012, p. 62; SCHILL S.W., 'Fair and Equitable Treatment, The rule of Law and Comparative Public Law,' in SCHILL S.W. (dir.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, OUP, 2010, p. 151; VANDEVELDE K., 'A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment', *NYU Journal of International Law and Politics*, 2010, p. 43

¹⁰⁵² CIRDI, 29 juillet 2008, sentence, *Rumeli Telekom SA e.a c. Kazakhstan*, aff. No. ARB/05/16, para. 609 : 'The parties rightly agree that the fair and equitable treatment standard encompasses inter alia the following concrete principles: the State must act in a transparent manner; the State is obliged to act in good faith; the State's conduct cannot be arbitrary, grossly unfair, unjust, idiosyncratic, discriminatory, or lacking in due process; the State must respect procedural propriety and due process. The case law also confirms that to comply with the standard, the State must respect the investor's reasonable and legitimate expectations.' Dans le même sens, v. CIRDI, 18 juillet 2008, sentence, *Bivater Gauß Ltd c. Tazmanie*, aff. n° ARB/05/22, para 60 ; CIRDI, 24 août 2009, sentence, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS c. Pakistan*, aff. n° ARB/03/29, para. 178.

responsabilité¹⁰⁵³. Ce débat ne pouvait être résolu qu’au cas par cas à l’issue du processus de négociations des rédacteurs des traités.

537. Mais lorsqu’on s’y attarde plus attentivement, il ressort davantage que les listes de l’UE — fruit des négociations avec le Canada — dans leur contenu et leur portée, sont largement inspirées de la jurisprudence de l’ALENA dans l’interprétation de l’article 1105 de cet instrument. Dès lors, il est logique de supposer que l’interprétation des clauses du TJE des AII de l’UE s’inspirera de la jurisprudence des tribunaux ALENA. D’une part, parce que cette jurisprudence concentre les analyses les plus fournies sur la clause TJE et d’autre part parce que l’expérience de l’article 10.5 CAFTA-DR démontre que face à une clause TJE s’inspirant de l’ALENA, les arbitres s’en remettent constamment à la jurisprudence de l’ALENA¹⁰⁵⁴.

538. Ce qui résulte du reste des formulations des AII de l’UE et de la jurisprudence de l’ALENA, c’est une interprétation stricte de la clause que ce soit dans l’identification du contenu ou du seuil de mise en jeu de la responsabilité.

§2. La promotion d’une clause strictement qualifiée

539. L’analyse de l’article 1105 de l’ALENA met en évidence un contexte d’interprétation spécifique qui est à l’origine d’une jurisprudence dense. Parmi les paramètres spécifiques, il faut noter le libellé de l’article selon lequel les parties doivent assurer un traitement juste et équitable « *in accordance with international law* ». À cela, s’ajoute la note de la FTC qui, soucieux d’encadrer davantage la mise en œuvre de la clause, a explicitement précisé que le niveau de protection offert par le traitement juste et équitable de l’article 1105 est le même que celui offert par le standard minimum de traitement du droit international coutumier. C’est ce contexte rédactionnel qui a contraint l’interprétation jurisprudentielle permettant de faire ressortir deux caractéristiques. D’une part, l’article 1105 ne peut couvrir qu’un nombre limité de situations et, d’autre part, une interprétation stricte et un seuil élevé d’engagement de la responsabilité de l’État en découlent¹⁰⁵⁵.

540. La rédaction des clauses de TJE de l’UE, dont la première manifestation provient de l’article 8.10 de l’AECG, intègre globalement ces deux aspects. L’impératif de clarifier les standards

¹⁰⁵³ V. KLÄGER R., ‘Revising Treatment Standard – Fair and Equitable Treatment in Lights of Sustainable Development’, in HINDELANG S., KRAJEWSKI M., *Shifting Paradigms in International Investment Law – More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, OUP, 2016, p. 79.

¹⁰⁵⁴ Par ex. CIRDI, 29 juin 2012, sentence, *Railroad Development Corporation (RDC) c. Guatemala*, aff. No. ARB/07/23, paras. 218–219.

¹⁰⁵⁵ À l’appui de la doctrine, le Tribunal dans l’affaire *Apotex Holding* en vient à cette conclusion. V. CIRDI, 25 août 2014, sentence, *Apotex Holdings Inc & Apotex Inc. c. États-Unis d’Amérique*, aff. No ARB (AF)/12/1, part IX, paras. 9.41 et 9.47.

de traitement, affiché comme un objectif clé de la politique européenne d'investissement dans la mise en œuvre de sa compétence nouvelle¹⁰⁵⁶, implique de dessiner strictement les contours internes et externes de la norme du traitement juste et équitable. D'une part, les précisions apportées suggèrent une interprétation stricte des éléments du TJE. D'autre part, une plus grande clarté est requise dans le rapport de la clause avec des concepts flous qui gravitent autour de la norme de traitement juste et équitable et participent ainsi à son dévoiement. Il s'agit en l'occurrence des concepts d'attentes légitimes, de respects des engagements contractuels ou de pleine et entière protection. C'est sur ce constat qu'il est donc nécessaire d'apprécier dans un premier temps l'interprétation stricte des éléments du traitement juste et équitable (A) de sorte à pouvoir mettre en lumière les précisions apportées dans la redéfinition de l'étendu matérielle de la clause (B).

A. La définition stricte du contenu de la clause de traitement juste et équitable

541. En optant pour des listes fermées, les AII de l'UE s'opposent radicalement aux solutions généralement retenues dans la jurisprudence arbitrale qui se résument dans une conception large et ouverte d'une clause TJE toujours apte à intégrer des situations diverses¹⁰⁵⁷. Ce faisant, ils adoptent

¹⁰⁵⁶ PIGEON N., La mise en œuvre de la compétence de l'UE en matière d'investissements internationaux, op. cit., p. 538. cf. égal. PARLEMENT EUROPEEN, Résolution sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux, 6 avril 2011, JOUE n° C 296 E, pt. 24. Les parlementaires signifient leur « [...] profonde inquiétude face au degré de discrétion accordé aux arbitres internationaux pour procéder à une interprétation large des clauses relatives à la protection de l'investisseur, conduisant ainsi à l'exclusion de réglementations publiques légitimes » et invitaient la Commission à « [...] établir des définitions claires des normes de protection de l'investisseur afin d'éviter de tels problèmes dans les nouveaux accords d'investissement ». V. aussi : pt. G : « “[...] l'apparition des premières affaires soumises au règlement des différends dans les années 1990 [...] a révélé plusieurs aspects problématiques en raison de l'utilisation, dans les accords, de libellés vagues sujets à l'interprétation, notamment en ce qui concerne le risque de conflit entre intérêts privés et mission régulatrice de la puissance publique, par exemple dans les cas où l'adoption d'une législation légitime a conduit à la condamnation d'un État par des arbitres internationaux pour violation du principe de ‘traitement juste et équitable’”. Dans sa réponse, la Commission avait fait état d'un certain étonnement à l'égard des interrogations soulevées, et ce en mettant notamment en avant un fait contestable selon lequel les normes de protection et de traitement évoqué trouvent leur origine le “droit (public) international [et que] certaines d'entre elles, dont le standard minimum de traitement à appliquer à l'égard des ressortissants étrangers, font l'objet d'un consensus entre les experts du domaine (juristes, universitaires, arbitres, magistrats) quant à leur teneur et leur signification” : COMMISSION EUROPEENNE, Suite donnée à la résolution du Parlement européen sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux, 5 juillet 2011.

¹⁰⁵⁷ PICHERACK JR., « The expanding scope of the fair and equitable treatment standard: have recent tribunals gone too far? », *JWIT*, 9, 4, 2008, p. 271. Les tribunaux ALENA ont toujours réfuté les théories qui assimilent la norme TJE à l'État de droit dans l'ordre juridique interne ou plus largement à l'idée de justice. C'est ainsi qu'ils ont évincé des éléments généralement retenus dans la doctrine ou la jurisprudence hors ALENA. V. par ex. CIRDI, 25 août 2014, sentence, *Apotex Holdings Inc & Apotex Inc. c. États-Unis d'Amérique*, aff. No ARB (AF)/12/1, part IX, para. 9.41. Et pour les théories non retenues, v. SCHILL S., 'Fair and equitable treatment as an embodiment of the rule of law', in HOFMANN R, TAMS C (dir.), *The international convention on the settlement of investment disputes (ICSID): taking Stock after 40 years*, Nomos, 2007, pp. 34, 40–41 et 79–80; DIEHL A., *The core standard of international investment protection: fair and equitable treatment*, Wolters Kluwer, 2012, pp. 330–337; VANDEVELDE K.J., « A unified theory of fair and equitable

et approfondissent la conception spécifique des tribunaux ALENA d'une « *shopping list* » restreinte¹⁰⁵⁸. Cette volonté de réduire la marge de manœuvre induite par le traitement juste et équitable est particulièrement mise en évidence par la sentence *Waste Management* qui dresse, de manière très circonscrite, le contenu de la clause¹⁰⁵⁹. Au demeurant, les listes des AII européens, au-delà de certaines particularités, recoupent les catégories mises en évidence par la jurisprudence de l'ALENA. Les libellés retenus suggèrent ainsi une définition étroite de chaque catégorie ainsi qu'un seuil élevé d'engagement de la responsabilité.

542. L'étude de la définition stricte des éléments du traitement juste et équitable (1) précèdera donc celle de seuil d'engagement de la responsabilité de l'État (2).

1. Un contenu limité strictement défini

543. Les éléments listés par les dispositions des accords de l'UE permettent d'identifier trois grandes catégories de traitements prohibés. Ces catégories recoupent le contenu de la « *shopping list* » des tribunaux ALENA. S'inspirant de ces derniers, les AII européens sanctionnent ainsi tout

treatment », *New York University Journal of International Law & Politics*, 2010, 43, pp. 52 et 106 et KLÄGER R., *Fair and equitable treatment in international investment law*, CUP, 2011, pp. 129 et s.

¹⁰⁵⁸ DUMBERRY P., *The fair and equitable treatment standard: a guide to NAFTA case law on Article 1105*, Kluwer Law International, 2013, pp. 127–274. V. par ex, CIRDI (CNUDCI), 8 juin 2009, sentence, *Glamis Gold, Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, para. 627 ; CIRDI, 18 septembre 2009, sentence, *Cargill, Inc. c. Mexique*, aff. No. ARB(AF)/05/02, para. 296 ; CIRDI, 22 mai 2012, décision sur la responsabilité, *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation c. Canada (Mobil Investment c. Canada I)*, aff. No. ARB (AF)/07/4, para. 152; CIRDI (CNUDCI), 16 mars 2017, sentence finale, *Eli Lilly and Company c. Canada*, aff. No. UNCT/14/2, para. 222 ; CPA (CNUDCI), 17 mars 2015, sentence sur la compétence et la responsabilité, *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton et Bilcon Of Delaware, Inc c. Canada (Clayton/Bilcon)*, aff. No. 2009-04, paras. 442-443 ; CPA (CNUDCI), 24 mars 2016, sentence, *Mesa Power Group, LLC c. Canada*, aff. No. 2012-17, para. 502. V. le raisonnement du tribunal dans la sentence *Windstream* qui ne suit pas cette approche : CPA (CNUDCI), 27 septembre 2016, sentence, *Windstream Energy Llc c. Canada*, paras. 347 et s.

¹⁰⁵⁹ CIRDI, 30 avril 2004, sentence, *Waste Management, Inc. c. Mexique (II)*, aff. n° ARB(AF)/00/3, para. 98: "Taken together, the S.D. Myers, Mondev, ADF and Loewen cases suggest that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety – as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process. In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant. Evidently the standard is to some extent a flexible one which must be adapted to the circumstances of each case". Ce contenu a par la suite été confirmé. V. entre autres : CPA (CNUDCI), 17 mars 2015, sentence sur la compétence et la responsabilité, *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton et Bilcon Of Delaware, Inc c. Canada*, aff. n° 2009-04, paras. 442-443 ; CPA (CNUDCI), 24 mars 2016, sentence, *Mesa Power Group, LLC c. Canada*, aff. N° 2012-17, para. 501.

traitement injuste et inéquitable s'assimilant à un traitement arbitraire ou discriminatoire (a) ou à un déni de justice ou une application irrégulière du droit (b).

a. L'interdiction des traitements arbitraires

544. La prohibition des comportements arbitraires, reconnus par de nombreux tribunaux comme une composante traditionnelle de la coutume¹⁰⁶⁰, a également été élément du TJE au titre de l'article 1105 de l'ALENA. C'est à partir de l'interprétation jurisprudentielle des tribunaux ALENA que les accords de l'UE ont élevé l'interdiction des traitements discriminatoires en un élément autonome de la clause du TJE.

545. On note effectivement que, dans les AII de l'UE, les hypothèses « de harcèlement, de contrainte, d'abus de pouvoir ou d'acte de mauvaise foi similaire » sont énumérées dans un alinéa distinct de celui prohibant les « cas d'arbitraire » de sorte qu'on pourrait penser qu'il s'agit de deux éléments autonomes¹⁰⁶¹. Toutefois, l'analyse de la jurisprudence ALENA contredit cette approche. Effectivement, la sentence *Mesa* nous précise que pour déterminer le caractère arbitraire d'une mesure, il faut examiner si elle « *lacked a justification, and whether there [is] a reasonable relationship between the justification supplied and the terms* »¹⁰⁶². Or il est incontestable que cette hypothèse correspond à celle où un comportement révèle un abus de pouvoir par défaut de justification de sorte qu'il faudrait considérer qu'il s'agit d'une manifestation non autonome de l'arbitraire. Au-delà d'une simple manifestation, l'interprétation stricte donnée par les tribunaux ALENA nous laisse penser qu'il s'agirait davantage d'un critère révélant un comportement arbitraire.

546. S'appuyant sur l'état de la coutume, les tribunaux ALENA ont constamment exigé un seuil d'examen élevé pour la caractérisation d'un comportement arbitraire¹⁰⁶³. C'est en ce sens que le

¹⁰⁶⁰ DUMBERRY P, *The fair and equitable treatment standard: a guide to NAFTA case law on Article 1105*, op. cit., p. 181 et s. V. égal. T. *Ad Hoc* (CNUDCI), 13 novembre 2000, sentence partielle, *S.D. Myers Inc. c. Canada*, para. 263 ; CIRDI, 30 avril 2004, sentence, *Waste Management, Inc. c. Mexique (II)*, aff. n° ARB(AF)/00/3, para. 98 ; T. *Ad hoc* (CNUDCI), 15 novembre 2004, sentence, *Gami Investments, Inc. c. Mexique*, pts. 98 et 103 ; CIRDI (CNUDCI), 26 janvier 2006, sentence, *Thunderbird c. Mexique*, para. 194 ; CIRDI (CNUDCI) 31 mars 2010, sentence, *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canada*, para. 208 ; CIRDI, 18 septembre 2009, sentence, *Cargill Incorporated c. Mexique*, aff. No. ARB(AF)/05/2, paras. 292–293 ; CIRDI, 22 mai 2012, décision sur la responsabilité, *Mobil Investment c. Canada (I)*, aff. No. ARB(AF)/07/4, p. 152 ; CIRDI (CNUDCI), 8 juin 2009, sentence, *Glamis*, para. 626 ; CIRDI (CNUDCI), 16 mars 2017, sentence finale, *Eli Lilly*, aff. No. UNCT/14/2, paras. 122, 416 et s. ; CPA (CNUDCI), 24 mars 2016, sentence, *Mesa*, aff. No. 2012-17, para. 502.

¹⁰⁶¹ Art. 2.4, 2), c) et d) API UE Singapour.

¹⁰⁶² CPA (CNUDCI), 24 mars 2016, sentence, *Mesa*, aff. No. 2012-17, para. 579.

¹⁰⁶³ Ils ont ainsi fait référence à un traitement qui « *rises to the level that is unacceptable from the international perspective* » (T. *ad hoc* (CNUDCI), 13 novembre 2000, sentence partielle, *S.D. Myers*, para. 263) à un comportement « *wholly*

tribunal dans l'affaire *Glamis* a déclaré que l'article 1105 « *requires something greater than mere arbitrariness, something that is surprising, shocking, or exhibits a manifest lack of reasoning* »¹⁰⁶⁴, ce qui impose nécessairement un « *manifest arbitrariness* »¹⁰⁶⁵. C'est cette analyse, suivie par l'ensemble des tribunaux ALENA¹⁰⁶⁶ qui semble se retrouver dans les accords de l'UE lorsque dans un litige, il est fait référence à l'abus de pouvoir, au harcèlement, ou à tout autre acte de mauvaise foi similaire et que dans un autre, on exige « un cas d'arbitraire manifeste »¹⁰⁶⁷.

547. En somme, il sera très certainement exigé, dans la lignée de la jurisprudence de l'ALENA, quelque chose de plus que la simple illégalité. Le comportement arbitraire de l'État doit par exemple consister en un rejet pur et simple¹⁰⁶⁸ de ses propres lois et règlements avec une absence manifeste de motifs¹⁰⁶⁹. Une autre hypothèse est celle où une législation cible spécifiquement un investisseur avec l'intention expresse de causer des dommages à son investissement¹⁰⁷⁰, ce qui relève d'un cas de harcèlement. En outre, les tribunaux dans les sentences citées ont toujours rappelé que l'examen du comportement devait toujours tenir compte de la « *deference which NAFTA Chapter 11 tribunals owe a State when it comes to assessing how to regulate and manage its affairs* »¹⁰⁷¹. Sans doute une telle déférence à l'égard de la marge de manœuvre réglementaire de l'État devra être respectée dans le cadre européen et ce d'autant que les accords de l'UE démultiplient les références et les garanties explicites à la capacité normative de l'État.

548. Il n'est dès lors pas surprenant que, à la différence de la jurisprudence fondée sur d'autres AII, dans le cadre de l'ALENA, seuls deux tribunaux aient caractérisé un comportement

arbitrary » (CIRDI, 30 avril 2004, sentence, *Waste Management (II)*, aff. n° ARB (AF)/00/3 para. 115) et à un « *manifest arbitrariness falling below international standards* » (CIRDI (CNUDCI), 26 janvier 2006, sentence, *Thunderbird*, para. 194).

¹⁰⁶⁴ CIRDI (CNUDCI), 8 juin 2009, sentence, *Glamis*, para. 617.

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*, paras. 626–627. V. égal. CIRDI (CNUDCI), 16 mars 2017, sentence finale, *Eli Lilly*, aff. No. UNCT/14/2, paras. 222–223; CIRDI, 18 septembre 2009, sentence, *Cargill*, aff. No. ARB (AF)/05/2, para. 296, qui fait référence à des mesures « *arbitrary beyond a merely inconsistent or questionable application of administrative or legal policy or procedure so as to constitute an unexpected and shocking repudiation of a policy's very purpose and goals [...]* ».

¹⁰⁶⁶ Quelques tribunaux évoquent seulement la notion d'arbitraire : CIRDI (CNUDCI) 31 mars 2010, sentence, *Merrill & Ring*, para. 208 ; CIRDI, 22 mai 2012, décision sur la responsabilité, *Mobil (I)*, aff. No. ARB(AF)/07/4, para. 152 ; CPA (CNUDCI) 17 mars 2015, sentence sur la compétence et la responsabilité, *Bilcon*, aff. No. 2009-04, para. 591.

¹⁰⁶⁷ cf. art. 8.10, 2), c) AECG. V. KRIEBAUM U, « FET and expropriation in the comprehensive Economic Trade Agreement between the European Union and Canada (CETA) », *TDM*, 1, 2016, pp. 17 et s., qui note que le qualificatif « manifest » se réfère au caractère évident et clair de la conduite arbitraire plutôt qu'à sa gravité ou à son sérieux.

¹⁰⁶⁸ T. Ad hoc. (CNUDCI), 15 novembre 2004, sentence, *Gami*, paras. 91, 103-104.

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*, paras. 759, 763–765, 803 et 817.

¹⁰⁷⁰ CIRDI, 18 septembre 2009, sentence, *Cargill*, aff. No. ARB(AF)/05/2, paras. 298, 300-301 ; CIRDI (CNUDCI), 8 juin 2009, sentence, *Glamis*, paras. 542, 689, 763–765 et 793–794.

¹⁰⁷¹ Sentence *Glamis Ibid.*, para. 553.

arbitraire¹⁰⁷². Et lorsqu'on y regarde de plus près, dans l'affaire *Bilcon*, le tribunal a adopté une conception plus souple¹⁰⁷³. Cette approche avait alors été réfutée par le professeur Donald MCRAE qui dans son opinion dissidente estimait que la solution du tribunal conduisait à opérer une assimilation entre le comportement arbitraire et n'importe quel manquement au droit national qui relève déjà de la compétence des tribunaux nationaux¹⁰⁷⁴. L'article 8.10, paragraphe 7 de l'AECG semble être une réaction à ces critiques :

Il est entendu que le fait qu'une mesure viole le droit interne n'établit pas en soi qu'il y a eu violation du présent article. Pour déterminer si la mesure viole le présent article, le Tribunal doit examiner si la Partie a agi d'une manière incompatible avec les obligations prévues au paragraphe 1.

549. Cette précision est toutefois absente des autres accords de l'UE, mais le contexte de rédaction ainsi que les libellées retenues permettent de penser que la même conclusion sera possible même en l'absence d'une telle précision comme ce fut le cas dans l'ALENA.

550. L'influence de la jurisprudence de l'ALENA est davantage perceptible dans la conception du champ de l'interdiction des traitements discriminatoire. Effectivement, la formulation de l'interdiction des traitements discriminatoire, que ce soit dans l'AECG ou dans l'Accord de protection des investissements avec le Viet Nam, questionne quelque peu. Il est précisé qu'une violation de l'obligation de traitement juste et équitable peut être constatée lorsque le traitement constitue « une discrimination ciblée basée sur des motifs manifestement illicites, comme le sexe, la race ou les croyances religieuses »¹⁰⁷⁵. L'existence d'un double principe de non-discrimination, applicable en matière d'admission et d'établissement *lato sensu* de l'investissement, à côté d'une clause TJE applicable au traitement de l'investissement post-établissement laisse supposer que les deux principes ont des champs d'applications distincts et exclusifs. Le principe de non-

¹⁰⁷² Il s'agit des sentences *Cargill* et *Bilcon op. cit.* V. En ce sens STONE J., « Arbitrariness, the fair and equitable treatment standard and the international law of investment », *Leiden Journal of International Law*, 2012, 25, 1, p. 103.

¹⁰⁷³ CPA (CNUDCI), 17 mars 2015, sentence sur la compétence et la responsabilité, *Bilcon*, aff. No. 2009-04, para. 591: 'The JRP [Joint Review Panel] effectively created, without legal authority or fair notice to Bilcon, a new standard of assessment [i.e. the "community core values" factor] rather than fully carrying out the mandate defined by the applicable law'

¹⁰⁷⁴ CPA (CNUDCI), 17 mars 2015, sentence sur la compétence et la responsabilité, *Bilcon*, aff. No. 2009-04, MCRAE D, opinion dissidente, para. 36: 'none of this demonstrates anything more than that potentially the JRP approach would have been found by a federal court not to be in conformity with Canadian law... [The solution] not meet the high threshold of the Waste Management standard solution'. En ce sens « any departure from Canadian law is arbitrary » (para. 37 de l'opinion dissidente). Plus loin, le professeur note que « the majority makes no attempt, beyond an assertion of arbitrariness, to show how the actions of the JRP were, in fact, arbitrary » ou que la JRP avait « deliberately or willfully disregarded the law to be applied ».

¹⁰⁷⁵ Art. 2.5, 2), d) API UE Viet Nam; art. 8.10, 2), d) AECG.

discrimination viserait les discriminations fondées sur la nationalité en matière d'admission et la clause du TJE toutes les autres discriminations à l'exclusion de celle fondée sur la nationalité.

551. Même si l'usage du terme « comme » dans le libellé permettrait dans l'absolu d'intégrer les traitements fondés sur la nationalité, le raisonnement suivi par la jurisprudence dans le cadre de l'ALENA confirme notre première conclusion. Dans leur majorité, les tribunaux de l'ALENA ont estimé que la discrimination fondée sur la nationalité n'est pas couverte par l'article 1105¹⁰⁷⁶. Leur analyse s'est fondée sur la coutume qui en l'état ne contient aucune interdiction générale de la discrimination à l'égard des investisseurs étrangers. Pour ces tribunaux, *a contrario* des tribunaux en dehors de l'ALENA, le TJE issu de l'article 1105 de l'ALENA couvre certaines « discriminations » spécifiques — autres que celles fondées sur la nationalité — telles que les préjugés sexistes ou raciaux¹⁰⁷⁷.

552. L'AECG et l'API UE/ Viet Nam reprennent cette solution en parlant de « discrimination ciblée basée sur des motifs manifestement illicites, comme le sexe, la race ou les croyances religieuses ». On en veut pour preuve que les expressions « discrimination ciblée » et « manifestement illicite » sont indubitablement empruntées aux sentences *Cargill* et *Glamis*¹⁰⁷⁸.

553. L'absence d'une référence au traitement discriminatoire dans les éléments du TJE de l'article 2.4 de l'API UE Singapour est questionnable, mais nous ne pensons pas qu'il aboutira à une interprétation en termes d'exclusion du traitement discriminatoire. Et l'influence de la jurisprudence ALENA, perceptible dans l'ensemble des autres aspects de la clause laisse penser que la non-discrimination sera appréciée de la même façon que dans l'ALENA. Cette filiation exacerbée avec la jurisprudence de l'ALENA et donc le contenu de la coutume est encore visible dans le cadre des traitements relatifs au déni de justice.

¹⁰⁷⁶ T. Ad hoc (CNUDCI), 3 août 2005, sentence finale sur la compétence et le fond, *Methanex c. États-Unis d'Amérique*, Part IV, Chap. C, paras. 14–27 ; T. ad hoc, 12 janvier 2011, sentence, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. e. a c. États-Unis d'Amérique*, para. 208–209 ; CIRDI (CNUDCI), 8 juin 2009, sentence, *Glamis*, paras. 542 et s. Une seule exception est notable : CIRDI (CNUDCI) 31 mars 2010, sentence, *Merrill & Ring*, para. 208.

¹⁰⁷⁷ CIRDI, 30 avril 2004, sentence, *Waste Management (II)*, aff. n° ARB(AF)/00/3, para. 98. Confirmé par CIRDI, 22 mai 2012, décision sur la responsabilité, *Mobil (I)*, para. 152 ; CPA (CNUDCI), 24 mars 2016, sentence, *Mesa*, aff. No 2012-17, para. 502 ; CIRDI (CNUDCI), 16 mars 2017, sentence finale, *Eli Lilly*, aff. No. UNCT/14/2, paras. 416, 431 et s. On retrouve en particulier les notions de préjugés raciaux et sexistes dans la sentence *Waste Management* (para. 98).

¹⁰⁷⁸ CIRDI, 18 septembre 2009, sentence, *Cargill*, aff. No. ARB (AF)/05/2, paras. 300 et 550 ; CIRDI (CNUDCI), 8 juin 2009, sentence, *Glamis*, para. 828 (« *discriminatory targeting* »). Dans l'analyse des discriminations dans le contexte du TJE, le tribunal *Glamis* évoque la notion d'« evident discrimination » (paras. 542 et 549). L'expression se retrouve à plusieurs reprises dans l'analyse des autres éléments du TJE (paras. 22, 24, 616, 627, 762, 765, 776, 779, 788, 824 et 828). Pour les autres termes des dispositions de l'AECG et de l'API UE Singapour, l'UE semble s'être inspirée de la pratique et de la coutume : KRIEBAUM U, « FET and expropriation in the (Invisible) EU Model BIT », *JWTT*, 15, 2014, pp. 474 et s.

b. L'interdiction du déni de justice ou de toute application irrégulière du droit

554. Sur le fondement de la coutume et du standard minimum de traitement, tous les tribunaux de l'ALENA ont reconnu, dans le cadre du traitement juste et équitable, l'interdiction du déni de justice et le respect du principe de l'application régulière de la loi¹⁰⁷⁹. Les instruments européens reprennent ces éléments dans l'identification du contenu de la clause du TJE même si des différences formelles se notent. Même si les tribunaux ALENA ont examiné les deux concepts ensemble¹⁰⁸⁰, les instruments européens les distinguent de sorte qu'ils soient présentés comme deux aspects autonomes de la clause¹⁰⁸¹. En réalité, il s'agit de deux manifestations des principes fondamentaux du droit à une procédure équitable. Ceci est confirmé par l'accord avec Singapour qui parle d'« une violation fondamentale des droits de la défense » à côté du déni de justice, mais aussi par le modèle de TBI des États-Unis d'Amérique de 2012 dont le langage a influencé la formulation du déni de justice dans les accords de l'UE¹⁰⁸².

555. Pour ce qui est du « déni de justice dans les procédures pénales, civiles ou administratives », la jurisprudence de l'ALENA permet d'éclairer sur la portée de ce principe dans le TJE¹⁰⁸³. Son évaluation nécessite une appréciation globale du système judiciaire de l'État¹⁰⁸⁴ même si la jurisprudence atténue l'obligation en la limitant aux recours qui sont effectifs, adéquats et

¹⁰⁷⁹ CIRDI, 1er novembre 1999, sentence, *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca c. Mexique (Azinian c. Mexique)*, aff. No. ARB (AF)/97/2, paras. 102–103; CIRDI, 30 août 2000, sentence, *Metalclad*, aff. No. ARB (AF)/97/1, paras. 91 et 93; CIRDI (CNUDCI), 10 avril 2001, sentence sur le fond phase II, *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, p. 181; CIRDI (CNUDCI), 31 mai 2002, sentence sur la réparation, *Pope & Talbot c. Canada*, para. 68; CIRDI, 2 octobre 2002, sentence, *Mondev International Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, aff. No. ARB(AF)/99/2, paras. 96, 126–127; CIRDI, 23 juin 2003, sentence, *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. États-Unis d'Amérique (Loewen)*, aff. No. ARB(AF)/98/3, paras. 54–55, 87, 119, 122, 124–137; CIRDI (CNUDCI), 8 juin 2009, sentence, *Glamis*, para. 22; CIRDI, 30 avril 2004, sentence, *Waste Management (II)*, aff. n° ARB(AF)/00/3, paras. 95, 97–98; CIRDI (CNUDCI), 26 janvier 2006, sentence, *Thunderbird*, para. 194; T. ad hoc (CNUDCI), 3 août 2005, sentence finale sur la compétence et le fond, *Methanex*, Part IV, Chap. C, para. 15; T. Ad Hoc (CNUDCI), 13 novembre 2000, sentence partielle, *S.D. Myers*, para. 134; CIRDI, 22 mai 2012, décision sur la responsabilité, *Mobil (I)*, aff. No. ARB(AF)/07/4, para. 152; CIRDI, 25 août 2014, sentence, *Apotex*, aff. No. ARB (AF)/12/1, para. 9.16.

¹⁰⁸⁰ DUMBERRY P., *The fair and equitable treatment standard: a guide to NAFTA case law on Article 1105*, Kluwer Law International, 2013, p. 225 et s. V. par ex. CIRDI (CNUDCI), 26 janvier 2006, sentence, *Thunderbird*, para. 186; CIRDI, 25 août 2014, sentence, *Apotex*, aff. No. ARB (AF)/12/1, para. 9.41.

¹⁰⁸¹ Art. 8.10, 2), a-b) AECG; art. 2.4, 2), a-b) API UE Singapour; art. 2.5, 2), a-b) API UE Viet Nam. Le langage utilisé pour le déni de justice s'inspire du modèle de TBI de 2012 des USA : Art. 5, 2) a) 2012 US BIT Model.

¹⁰⁸² Art. 5, 2), a) 2012 US Model BIT: “fair and equitable treatment” includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world’ [souligné par nous]. L’art. 14.6, 2), a) de l’ACEUM (ex-ALENA) reprend cette formulation.

¹⁰⁸³ DUMBERRY P., *The fair and equitable treatment standard: a guide to NAFTA case law on Article 1105*, op. cit., p. 225.

¹⁰⁸⁴ En outre, l’investisseur étranger doit avoir épuisé tous les recours nationaux disponibles.

raisonnablement accessibles à l'investisseur étranger¹⁰⁸⁵. Dans l'optique d'un tel examen, le tribunal *Mondev* a mis en avant un test général à partir duquel le déni de justice est constaté si, une décision nationale est manifestement inappropriée et critiquable en ce qu'elle « *shocks, or at least surprises* » tout observateur impartial et susciterait des « *justified concerns as to the judicial propriety of the outcome* »¹⁰⁸⁶. En d'autres termes, le déni de justice implique une appréciation stricte et un seuil d'analyse élevé¹⁰⁸⁷. Le déni de justice doit être flagrant et plus précisément il doit être manifestement inférieur aux normes internationales acceptables «¹⁰⁸⁸. C'est notamment le cas lorsque le déni de justice provient d'un retard excessif ou d'un refus d'administrer la justice révélateur d'une discrimination ou d'une méconnaissance manifestement malveillante envers l'investisseur étranger¹⁰⁸⁹.

556. L'obligation d'application régulière de la loi, principe largement reconnu¹⁰⁹⁰, implique de se conformer à un ensemble de principes inhérents au droit à un procès équitable. C'est le cas de la transparence, qui est citée explicitement dans certains AII de l'UE, et qui suppose par exemple que l'investisseur soit effectivement informé et invité à comparaître et à présenter des preuves¹⁰⁹¹. Mais à ce sujet, la sentence *Apotex* rappelle la nécessaire appréciation contextuelle et la marge de manœuvre dont disposent les États, et leurs organes notamment, dans les hypothèses de mise en œuvre de mesures d'intérêt public. C'est notamment le cas dans le contexte d'importation de produits pharmaceutiques à risque issus de producteurs variés¹⁰⁹².

¹⁰⁸⁵ CIRDI, 23 juin 2003, sentence, *Loewen*, aff. No. ARB(AF)/98/3 para. 168.

¹⁰⁸⁶ CIRDI, 2 octobre 2002, sentence, *Mondev*, aff. No. ARB (AF)/99/2 para. 127. V. aussi CIRDI, 23 juin 2003, sentence, *Loewen*, aff. No. ARB (AF)/98/3 para. 133.

¹⁰⁸⁷ CIRDI (CNUDCI), 16 mars 2017, sentence finale, *Eli Lilly*, aff. No. UNCT/14/2, para. 224.

¹⁰⁸⁸ CIRDI (CNUDCI), 26 janvier 2006, sentence, *Thunderbird*, para. 194. CIRDI (CNUDCI), 8 juin 2009, sentence, *Glamis*, paras. 22, 24, 614, 616, 625 et 627. Dans cette dernière sentence, le tribunal parle à plusieurs reprises de « gross » [denial of justice] et de « complete » [lack of due process]. V. aussi CIRDI, 18 septembre 2009, sentence, *Cargill*, aff. No. ARB(AF)/05/2, para. 296 ; CIRDI (CNUDCI), 16 mars 2017, sentence finale, *Eli Lilly*, aff. No. UNCT/14/2, paras. 222–223.

¹⁰⁸⁹ CIRDI, 1er novembre 1999, sentence, *Azinian*, aff. No. ARB(AF)/97/2, paras. 102–103. Une décision de justice contraire au droit interne ne constitue pas un déni de justice en soi.

¹⁰⁹⁰ V. CIRDI (CNUDCI), 8 juin 2009, sentence, *Glamis*, para. 22 ; CIRDI, 30 avril 2004, sentence, *Waste Management (II)*, aff. n° ARB(AF)/00/3, para. 98 ; CIRDI (CNUDCI), 26 janvier 2006, sentence, *Thunderbird*, para. 85 ; CPA (CNUDCI) 2 août 2010, sentence, *Chemtura Corporation c. Canada*, para. 145 ; CIRDI, 25 août 2014, sentence, *Apotex*, aff. No. ARB(AF)/12/1, paras. 9.41 et s. et 9.49.

¹⁰⁹¹ CIRDI (CNUDCI), 26 janvier 2006, sentence, *Thunderbird*, para. 198 : En l'espèce, l'investisseur étranger n'avait pas été informé ni invité à comparaître devant un organe administratif pour présenter des preuves relatives à une demande de permis.

¹⁰⁹² CIRDI, 25 août 2014, sentence, *Apotex*, aff. No. ARB(AF)/12/1, paras. 9.36, 9.50, 9.53, 9.58, 9.61 et 9.65. Le tribunal a conclu que les États-Unis pouvaient décider d'arrêter l'importation d'un médicament en raison de préoccupations de santé publique sans avoir à donner à l'investisseur un préavis et la possibilité de présenter des preuves lors d'une audience. Et ce d'autant que l'investisseur disposait de procédures administratives pour contester la mesure, lesquelles n'ont pas été poursuivies. Le tribunal a conclu qu'il ne voyait pas « *this FDA practice as unreasonable* ».

557. En matière de procédure administrative, le seuil de gravité semble ainsi plus élevé. Les simples irrégularités ne suffisent pas. On exige par exemple de mettre en évidence un comportement choquant révélateur d'une intention de nuire à l'investisseur étranger en particulier¹⁰⁹³. Le tribunal *Thunderbird* a par ailleurs noté que, par principe, “*los requisitos del debido proceso administrativo son menos severos que los de un proceso judicial*”¹⁰⁹⁴. En d'autres termes, le droit international est moins strict en ce qui concerne les normes de comportement exigées de l'administration qu'envers celles exigées des tribunaux judiciaires.

558. À l'égard à tout ceci, la sentence *Bilcon* se démarque quelque peu. Cette dernière s'aligne sur le principe que l'exercice d'un usage arbitraire du pouvoir ou de quelques irrégularités n'est pas en soi constitutif d'une violation du TJE¹⁰⁹⁵. Toutefois, l'analyse et la solution démontrent le contraire. En érigeant en critère fondamental le concept de “*community core values*”¹⁰⁹⁶ mise en avant par une commission d'examen environnementale — *la Joint Panel Review, JRP* — le tribunal considère que les irrégularités de procédures et les manquements en matière de transparence et de droit de la défense¹⁰⁹⁷ permettaient de conclure que l'ensemble de la procédure devant la *JRP* s'écarterait des normes d'évaluation du droit canadien¹⁰⁹⁸. Dans son opinion dissidente, le professeur MCRAE considère que si la question de la violation du droit national est pertinente pour l'examen de l'article 1105 de l'ALENA¹⁰⁹⁹, elle n'est pas suffisante pour caractériser une violation¹¹⁰⁰. Pour ce dernier, le comportement de la *JRP* n'atteint pas le seuil de gravité fixé dans la sentence *Waste Management*¹¹⁰¹. La solution de la sentence *Bilcon*, qui contraste fortement avec la majorité des tribunaux¹¹⁰² semble donc être rejetée par les accords de l'Union qui exigent une “une violation

or abusive in the particular regulatory context, involving imports of drug products potentially bearing serious risks to public health and originating from a wide variety of manufacturers of varying quality (and even integrity) in numerous foreign jurisdictions. ».

¹⁰⁹³ CIRDI (CNUDCI), 26 janvier 2006, sentence, *Thunderbird*, paras. 198 et 200 ; CIRDI, 30 août 2000, sentence, *Metalclad*, aff. No. ARB (AF)/97/1, paras. 91 et 93 ; CIRDI (CNUDCO), 10 avril 2001, sentence sur le fond phase II, *Pope & Talbot*, paras. 180–181 ; CIRDI (CNUDCI), 31 mai 2002, sentence sur la réparation, *Pope & Talbot*, para. 68.

¹⁰⁹⁴ CIRDI (CNUDCI), 26 janvier 2006, sentence, *Thunderbird*, para. 200.

¹⁰⁹⁵ CPA (CNUDCI), 17 mars 2015, sentence sur la compétence et la responsabilité, *Bilcon*, aff. n° 2009-04 para. 437.

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*, para. 452, 503, 505, 573. Cette conclusion est rejetée par le professeur McRae D., cf. op. dissidente paras. 9 et s.

¹⁰⁹⁷ *Ibid.*, para. 451, 590, 592.

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*, para. 444.

¹⁰⁹⁹ Il reconnaît que la procédure aurait pu être annulée par la Cour fédérale du Canada dans le cadre d'un contrôle judiciaire. *Ibid.*, McRae, opinion dissidente para. 30.

¹¹⁰⁰ *Ibid.*, para. 31. Il poursuit : ‘But the NAFTA standard is not the domestic law standard and a NAFTA claim must meet the NAFTA standard. Showing that domestic law could have been violated does not mean that there has been a violation of Article 1105’ (para. 42).

¹¹⁰¹ *Ibid.*, para. 40.

¹¹⁰² CIRDI (CNUDCI), 8 juin 2009, sentence, *Glamis*, para. 627 ; CIRDI, 18 septembre 2009, sentence, *Cargill*, aff. No. ARB (AF)/05/2 para. 296 ; CIRDI (CNUDCI), 16 mars 2017, sentence finale, *Eli Lilly*, aff. No. UNCT/14/2,

fondamentale du principe de l'application régulière de la loi¹¹⁰³ ou une "violation fondamentale des droits de la défense"¹¹⁰⁴.

559. On peut enfin souligner que l'article 8.10, paragraphe 2), litera b) de l'AECG mentionne la "violation fondamentale de la transparence" comme une hypothèse de violation de l'obligation de procédure régulière. Dans les négociations, l'UE avait proposé de considérer l'obligation de transparence comme autonome du paragraphe 2¹¹⁰⁵. En raison de son expérience, le Canada a rejeté cette proposition. Effectivement, tous les tribunaux de l'ALENA ont estimé que la transparence n'était pas un élément autonome de la norme TJE et qu'il n'impose aucune obligation aux États d'accueil en vertu de l'article 1105¹¹⁰⁶. La seule exception est la sentence de *Metalclad*¹¹⁰⁷, qui a été annulée en révision judiciaire devant un tribunal de la Colombie-Britannique précisément sur ce point¹¹⁰⁸. L'AECG semble donc avoir confirmé la position du tribunal dans l'affaire *Waste Management* qui a considéré le concept de transparence comme pertinent pour évaluer l'obligation de procédure régulière¹¹⁰⁹. L'ajout du qualificatif "fondamental" suggère donc qu'il s'agit d'un compromis entre les États¹¹¹⁰. On s'étonne toutefois que la transparence ne soit pas mentionnée dans les autres accords de l'Union.

paras. 222–223; CPA (CNUDCI), 24 mars 2016, sentence, *Mesa*, aff. N° 2012-17 para. 502 ; CIRDI, 23 juin 2003, sentence, *Loewen*, aff. No. ARB (AF)/98/3, para. 132.

¹¹⁰³ Art. 8.10, 2), b) AECG.

¹¹⁰⁴ KRIEBAUM U., "FET and expropriation in the comprehensive Economic Trade Agreement between the European Union and Canada (CETA)", *TDM*, 1, 2016 p. 17. L'auteur met en avant l'ambiguïté du langage qui ne permet pas de savoir si on exige la violation d'une obligation fondamentale ou si la violation doit être grave et manifeste ou les deux.

¹¹⁰⁵ BERNASCONI-OSTERWALDER N., "Commentary to the draft investment chapter of the Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)", *IISD*, 2013.

¹¹⁰⁶ CIRDI (CNUDCI), 8 juin 2009, sentence, *Glamis*, 561 ; CIRDI, 18 septembre 2009, sentence, *Cargill*, aff. No. ARB(AF)/05/2, para. 294. V. cependant, CIRDI (CNUDCI) 31 mars 2010, sentence, *Merrill & Ring*, para. 231. Le tribunal indique que même si elle tend vers, rien ne prouve à ce stade que l'obligation de transparence fait partie du droit international coutumier.

¹¹⁰⁷ CIRDI, 30 août 2000, sentence, *Metalclad Corporation c. Mexique*, aff. No. ARB (AF)/97/1, paras. 70, 76, 88, 99.

¹¹⁰⁸ Supreme Court of British Columbia, 2 mai 2001, *Mexique c. Metalclad*, aff. 2001 BCSC 664, paras. 68 et 72.

¹¹⁰⁹ CIRDI, 30 avril 2004, sentence, *Waste Management (II)*, aff. n° ARB(AF)/00/3, para. 98. V. aussi CNUCED, *Fair and Equitable Treatment*, (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, 2012, p. 90 qui indique que « transparency, consistency, legality and stability of regulatory framework » ne ressortent pas de la coutume.

¹¹¹⁰ Les accords de protections de l'investissement avec le Viet Nam et avec Singapour ne mentionnent pas la transparence. Notons que la sentence *Mesa* rendue en 2016 fait référence à un manque complet de transparence. CPA (CNUDCI), 24 mars 2016, sentence, *Mesa*, aff. N° 2012-17, para. 502. Le tribunal mentionne aussi (para. 595) que « the existence of an obligation of transparency under international law and under Article 1105 of the NAFTA in particular is a controversial issue », mais décide qu'il n'est pas "necessary to enter into the merits of this debate in the context of this dispute".

560. De cette étude, il apparaît donc clairement que la formulation des éléments du TJE dans les accords de l’UE est directement inspirée des interprétations données dans le cadre de l’ALENA. Ces interprétations suggèrent au demeurant l’existence d’un seuil élevé dans l’évaluation du comportement de l’État.

2. Un seuil élevé d’engagement de la responsabilité

561. L’étude des éléments constitutifs de la clause du traitement juste et équitable dans les accords d’investissements de l’UE démontre clairement que leur interprétation suggère un seuil élevé de violation de l’État. Effectivement, les formules retenues renvoient nettement aux solutions dégagées par les tribunaux de l’ALENA¹¹¹¹ qui ont toujours exigé un tel seuil conformément à l’article 1105¹¹¹². Les tribunaux dans les affaires *Glamis* et *Cargill* ont par ailleurs avancé qu’un tel seuil élevé est évident au regard de l’utilisation constante par les tribunaux de qualificatifs tels que “manifest”, “gross”, “plain”, “obvious” et “complete”¹¹¹³. L’AECG ainsi que les API UE/Viet Nam et UE/Singapour ont suivi en employant les termes “fondamental” et “manifeste” à plusieurs reprises¹¹¹⁴.

562. Ce niveau d’exigence est largement reconnu comme la caractéristique prédominante de la jurisprudence de l’ALENA¹¹¹⁵. La majorité des autres tribunaux ont amplement fait usage d’un seuil de responsabilité plus bas lors de l’application d’une clause TJE, qui plus est lorsque la clause n’était

¹¹¹¹ CIRDI (CNUDCI), 8 juin 2009, sentence, *Glamis*, para. 627 ; CPA (CNUDCI), 24 mars 2016, sentence, *Mesa*, aff. N° 2012-17 paras. 504, 512 ; CIRDI, 18 septembre 2009, sentence, *Cargill*, aff. No. ARB(AF)/05/2 paras. 285 et 296 ; CIRDI, 30 avril 2004, sentence, *Waste Management (II)*, aff. n° ARB(AF)/00/3, para. 115 ; CIRDI, 9 janvier 2003, sentence, *ADF Group Inc. c. États-Unis d’Amérique*, aff. No. ARB (AF)/00/1, para. 190 ; CIRDI (CNUDCI), 26 janvier 2006, sentence, *Thunderbird*, para. 194 ; CIRDI (CNUDCI), 16 mars 2017, sentence finale, *Eli Lilly*, aff. No. UNCT/14/2, paras. 222–223 ; CIRDI, 25 août 2014, sentence, *Apotex*, aff. No ARB (AF)/12/1, para. 9.47-9.

¹¹¹² On recense que deux sentences ALENA ayant adopté un avis différent ; CIRDI (CNUDCO), 10 avril 2001, sentence sur le fond phase II, *Pope & Talbot*, para.118 ; CIRDI (CNUDCI) 31 mars 2010, sentence, *Merrill & Ring*, paras. 210 et 213.

¹¹¹³ CIRDI, 18 septembre 2009, sentence, *Cargill*, aff. No. ARB (AF)/05/2, para. 616 ; CIRDI (CNUDCI), 8 juin 2009, sentence, *Glamis*, para. 616. V. égal. CIRDI (CNUDCI), 16 mars 2017, sentence finale, *Eli Lilly*, aff. No. UNCT/14/2, paras. 222–223.

¹¹¹⁴ Dans une version antérieure de l’AECG, il était fait référence à l’exigence générale selon laquelle le traitement doit être « inacceptable » du point de vue du droit international. V. Projet de texte du 7 février 2013 qui empruntait à T. *ad hoc* (CNUDCI), 13 novembre 2000, sentence partielle, *S.D. Myers*, para. 263 ; CIRDI (CNUDCI), 26 janvier 2006, sentence, *Thunderbird*, para. 194.

¹¹¹⁵ CNUCED, *Fair and Equitable Treatment*, (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, 2012, p. 56.

pas qualifiée¹¹¹⁶. Par conséquent, seuls quelques tribunaux ont conclu à une violation de l'article 1105 de l'ALENA¹¹¹⁷ comme l'avait auparavant constatée la CNUCED¹¹¹⁸.

563. À la suite de la sentence *Bilcon*, la cohérence de la jurisprudence ALENA fut quelque peu ébranlée. En dépit d'une référence à un seuil élevé¹¹¹⁹, le tribunal a précisé, sans justifications, qu'il n'était toutefois pas nécessaire que dans tous les cas le niveau du comportement soit choquant¹¹²⁰. La sentence *Windstream* est allée encore plus loin. Dans son analyse de l'article 1105, le tribunal n'a évoqué à aucun moment l'existence d'un seuil de gravité. Aucune référence n'a d'ailleurs été faite à la jurisprudence antérieure sur ce point. Le tribunal s'est contenté d'affirmer que son rôle consistait à déterminer si un comportement pouvait être considéré comme "unfair" or "inequitable" *in accordance with the customary international law minimum standard of treatment*¹¹²¹. L'examen de la clause n'a pas non plus été mené conformément aux éléments de la « *shopping list* » sur laquelle se fondaient les parties¹¹²². Le tribunal s'est seulement et à plusieurs reprises tenu à l'idée que l'analyse consiste à déterminer si la conduite est injuste ou inéquitable¹¹²³. La focale ainsi déplacée sur ces termes suppose une certaine souplesse et donc un seuil bas. Ce raisonnement, qu'on retrouve dans certains tribunaux hors ALENA fait échos, dans une certaine mesure, à celui adopté par le tribunal *Merrill*, qui a déclaré que le standard minimum de traitement « *provides for the fair and equitable treatment of alien investors within the confines of reasonableness* »¹¹²⁴. C'est en ce sens que, dans cette affaire, l'absence

¹¹¹⁶ PICHERACK JR., "The expanding scope of the fair and equitable treatment standard: have recent tribunals gone too far?" *JWTT* 9, 4, 2008, pp. 268–270.

¹¹¹⁷ CIRDI, 18 septembre 2009, sentence, *Cargill*, aff. No. ARB(AF)/05/2 ; CIRDI (CNUDCI), 10 avril 2001, sentence sur le fond phase II, *Pope & Talbot* ; T. *Ad Hoc* (CNUDCI), 13 novembre 2000, sentence partielle, *S.D. Myers*.

¹¹¹⁸ CNUCED, « Fair and Equitable Treatment », in UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, vol. II, United Nations, 2012, p. 64, qui note une différence significative dans la réussite des réclamations TJE fondées sur l'ALENA (très faible) et d'autres AII (très élevé).

¹¹¹⁹ CPA (CNUDCI), 17 mars 2015, sentence sur la compétence et la responsabilité, *Bilcon*, aff. No. 2009-04, paras. 440–444.

¹¹²⁰ *Ibid.*, para. 444: 'The formulation also recognises the requirement for tribunals to be sensitive to the facts of each case, the potential relevance of reasonably relied-on representations by a host state, and a recognition that injustice in either procedures or outcomes can constitute a breach'. Le tribunal *Glamis* avait dit exactement le contraire : CIRDI (CNUDCI), 8 juin 2009, sentence, *Glamis*, para. 616 : « to violate the customary international law minimum standard of treatment codified in Article 1105 of the NAFTA, an act must be sufficiently egregious and shocking [...] so as to fall below accepted international standards and constitute a breach of Article 1105 (1) ». V. égal. CIRDI, 18 septembre 2009, sentence, *Cargill*, aff. No. ARB (AF)/05/2, para. 296; CIRDI, 2 octobre 2002, sentence, *Mondev*, aff. No. ARB(AF)/99/2, para. 127. Au demeurant, le tribunal *Bilcon*, par usage d'un seuil bas a conclu que le Canada a violé l'article 1105. V. l'opinion dissidente de Douglas MCRAE dans l'affaire *Bilcon* qui note que le tribunal a appliqué « the standard in a way that it is met simply by an allegation of a breach of Canadian law ». *op. cit.*

¹¹²¹ CPA (CNUDCI), 27 septembre 2016, sentence, *Windstream*, para. 358.

¹¹²² *Ibid.*, para. 298.

¹¹²³ *Ibid.*, paras. 376 et 379.

¹¹²⁴ CIRDI (CNUDCI), 31 mars 2010, sentence, *Merrill & Ring*, para. 213. V. égal. : « [w] hat matters is that the standard protects against all such acts or behavior that might infringe a sense of fairness, equity and reasonableness »

d'études scientifiques appropriées pour imposer un moratoire sur le développement de l'énergie éolienne en mer ainsi que la passivité du gouvernement pour remédier aux difficultés juridiques et contractuelles dans lesquelles l'investisseur se trouvait après le moratoire était constitutive d'un traitement injuste et inéquitable¹¹²⁵. En ce sens, le tribunal octroie une portée particulièrement large à la clause qui intègre ainsi l'obligation pour l'État de maintenir un environnement commercial et juridique stable. Or de nombreux tribunaux ALENA avaient refusé de voir cet aspect comme un élément autonome de la clause TJE¹¹²⁶. Il est significatif à cet égard que l'ensemble des récents accords de l'UE, dans leur définition du traitement juste et équitable, ne mentionne pas l'obligation de garantir un environnement stable pour les investisseurs étrangers, et ce, contrairement à de nombreux TBI, dont le traité sur la charte de l'Énergie¹¹²⁷.

564. Au-delà jurisprudence de l'ALENA et regard du langage restrictif des clauses TJE dans ces instruments, cette absence peut s'assimiler à un refus d'intégrer cet aspect dans le champ de la clause. Sur ce point, les accords européens par leur langage ont permis d'éclaircir certains points sur la portée de la clause notamment en termes d'inclusions d'éléments controversés telles que la protection des attentes légitimes ou la protection des engagements contractuels.

B. L'encadrement des éléments connexes à l'obligation de traitement

565. Le parti pris pour des clauses détaillées et qualifiées a permis de clarifier, au-delà du contenu même du traitement juste et équitable, la nature et le statut d'éléments connexes souvent rattachés, non sans controverses, à l'obligation de traitement juste et équitable. En s'inspirant, une fois n'est pas coutume, de la pratique des tribunaux de l'ALENA, les accords européens définissent de manière cohérente la nature et le contenu de la clause de pleine et entière protection et sécurité ainsi que l'obligation de protection des attentes légitimes. Si la première est identifiée de manière autonome comme une obligation au contenu restreint, la seconde n'est vue que comme un facteur

(para. 210). Le tribunal expliquait en l'occurrence la convergence du standard minimum de traitement avec la clause TJE. Ainsi le premier aurait un périmètre plus large qu'initialement.

¹¹²⁵ CPA (CNUDCI), 27 septembre 2016, sentence, *Windstream Energy Llc c. Canada*, para. 378-380. Le tribunal avait néanmoins reconnu l'enjeu politique des mesures gouvernementales : paras. 376-377.

¹¹²⁶ CIRDI, 22 mai 2012, décision sur la responsabilité, *Mobil (I)*, aff. No. ARB(AF)/07/4, para. 153 rejette l'existence d'une obligation de ce genre. Toutefois, CIRDI (CNUDCI), 31 mars 2010, sentence, *Merrill & Ring*, para. 232, note que « the stability of the legal environment is also an issue to be considered in respect of fair and equitable treatment » et que « State practice and jurisprudence have consistently supported such a requirement [...] ».

¹¹²⁷ Art. 10, 1) Traité En.C : « Chaque partie contractante encourage et crée, conformément aux dispositions du présent traité, des conditions stables, équitables, favorables et transparentes pour la réalisation d'investissements dans sa zone par les investisseurs des autres parties contractantes. Ces conditions comprennent l'engagement d'accorder, à tout instant, un traitement loyal et équitable aux investissements des investisseurs des autres parties contractantes [...] »

d'analyse de la clause TJE. Cette conception cohérente s'oppose toutefois à la définition de l'obligation de respect des engagements contractuels dont l'exclusion n'est pas certaine dans l'ensemble des instruments de l'UE.

566. Il s'agira donc de voir dans un premier temps l'encadrement cohérent des attentes légitimes et de l'obligation de protection et de sécurité (1), et dans un second temps l'incertitude dans l'exclusion d'obligation de respect des engagements contractuels (2).

1. Pleine et entière protection et sécurité et attentes légitimes

567. Les accords de l'UE, dans une démarche cohérente, consacrent dans un premier temps le consensus qui se dessine dans la jurisprudence récente autour d'une obligation de pleine et entière protection autonome et exclusive de la norme de TJE, mais au contour strictement défini (a). Cette cohérence se retrouve dans la définition du rôle restreint du concept d'attente légitime tirée de la jurisprudence de l'ALENA (b).

a. L'autonomisation restrictive de l'obligation de pleine et entière protection et sécurité

568. L'obligation de pleine et entière protection et sécurité (PEPS) est souvent énoncée au côté de la clause TJE, qu'elle soit qualifiée¹¹²⁸ ou non¹¹²⁹. Cette approche a largement contribué à confondre et à diluer le sens des deux obligations, d'autant qu'il est admis que l'obligation de protection intégrale est une composante traditionnelle du standard minimum de traitement de la coutume¹¹³⁰. Or il est admis que l'obligation de PEPS recouvre un sens plus précis, exclusif de la norme de traitement juste et équitable. S'il est possible de concevoir que la norme TJE a trait davantage au processus décisionnel administratif et judiciaire, il semble largement admis que la norme de protection intégrale soit généralement comprise comme l'obligation pour l'État d'accueil d'adopter toutes les mesures raisonnables pour protéger physiquement l'investisseur et

¹¹²⁸ Ex. Art. 4, 1) TBI Suisse Turkménistan « Protection, traitement » : « Les investissements et revenus des investisseurs de chaque Partie Contractante se verront accorder à tout moment un traitement juste et équitable, et jouiront d'une protection et d'une sécurité pleines et entières sur le territoire de l'autre Partie Contractante [...] ».

¹¹²⁹ Art. 2, 3), a) Bahrein-USA (1999) : « Each Party shall at all times accord to covered investments fair and equitable treatment and full protection and security, and shall in no case accord treatment less favorable than that required by international law »

¹¹³⁰ Dans l'affaire du *personnel diplomatique à Téhéran*, la CIJ conclue à une violation de l'obligation à la fois au regard du Traité d'Amitié et de Commerce de 1995 entre l'Iran et les USA, mais également au regard du droit international coutumier : CIJ, 24 mai 1980, *affaire relative au personnel diplomatique et consulaire à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, Rec. 1980, p. 3, paras 61-63. V. OCDE, 2004, la norme du traitement juste et équitable, p. 10.

l'investissement¹¹³¹. Si des ponts existent, l'obligation de protection intégrale ne doit donc pas être assimilée à la clause du TJE, et en particulier au regard des situations de « traitement abusif des investisseurs, tel que la coercition, la contrainte et le harcèlement » qu'elle vise¹¹³². Elle ne doit pas non plus être confondue avec la clause sur l'expropriation, à laquelle elle est souvent liée et dont le sens est plus spécifique¹¹³³.

569. Cette conception est confirmée par les accords de l'UE. Même si les deux obligations de traitement sont évoquées ensemble, une distinction substantielle est opérée. Par exemple, l'article 8.10 de l'AECG relatif au « Traitement des investisseurs et des investissements visés » après avoir énuméré la liste exhaustive des éléments du TJE rappelle, dans un paragraphe distinct, que la protection et la sécurité intégrales « font référence aux obligations de la Partie en ce qui concerne la sécurité physique des investisseurs et des investissements visés »¹¹³⁴.

570. Cette formule reprend donc la conception aujourd'hui majoritaire dans la jurisprudence qui limite l'obligation aux seules atteintes physiques¹¹³⁵. En outre, si la clause TJE vise exclusivement le comportement de l'État, la jurisprudence démontre que l'obligation PEPS appréhende

¹¹³¹ CNUCED, "Fair and Equitable Treatment", (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, 2012, p. 36, NANTEUIL (DE) A., *Droit international de l'investissement*, op. cit., p. 384. ; SACERDOTI G., « Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection », RCADI, Tome 269, 1997, p. 347. V. égal. CIRDI, 27 juin 1990, sentence, *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka (AAPL c. Sri Lanka)*, aff. No. ARB/87/3, paras. 45-46 et 78-79 ; CIRDI, 8 décembre 2000, sentence, *Wena Hotels Ltd. c. Égypte*, aff. No. ARB/98/4, para. 84 ; CIRDI, 21 février 1997, sentence, *American Manufacturing & Trading, Inc. c. Zaïre (AMT c. Zaïre)*, aff. No. ARB/93/1, paras. 6.02-6.03 ; CIRDI, 29 mai 2003, sentence, *Tecmed c. Mexique*, aff. No. ARB(AF)/00/2, paras. 175-177.

¹¹³² Art. 8.1, 2), e) AECG. En fait, c'est le seul élément de la liste de TJE qui ne semble pas avoir été emprunté à la jurisprudence de l'ALENA, mais plutôt au rapport 2012 de la CNUCED. Et au demeurant, dans ce rapport, la CNUCED élabore la liste en se basant sur le contenu de la coutume : CNUCED, "Fair and Equitable Treatment", op. cit., p. 108. Les arts 2.5, 2), e) API UE Viet Nam et 2.4, 2), d) API UE Singapour et semble plus clairs sur cet élément : « une forme de harcèlement, de contrainte, d'abus de pouvoir ou d'acte de mauvaise foi similaire ».

¹¹³³ Ex. art. 3 TBI Suisse Tanzanie : « 1. Les investissements des ressortissants ou sociétés de l'une des Parties Contractantes jouiront sur le territoire de l'autre Partie Contractante d'une protection et d'une sécurité complètes. 2. Les investissements des ressortissants ou sociétés de l'une des Parties Contractantes ne seront pas expropriés ou nationalisés sur le territoire de l'autre Partie Contractante [...] ».

¹¹³⁴ Art. 8.10, 5) AECG. cf. art. 2.4, 5) API UE Singapour : « Il est entendu que le terme "protection et sécurité intégrales" ne désigne que l'obligation incombant aux parties en ce qui concerne la sécurité physique des investisseurs et des investissements visés. » ; art. 2.5, 5) API UE Viet Nam : « Il est entendu que les termes "protection et sécurité intégrales" visés au paragraphe 1 renvoient aux obligations de la partie d'agir d'une manière raisonnablement nécessaire le cas échéant pour protéger la sécurité physique des investisseurs et des investissements visés. »

¹¹³⁵ V. not. CPA, CNUDCI, 17 mars 2006, sentence partielle, *Saluka Investments B.V. c. République tchèque*, aff. n°2001-04, para. 484 ; CIRDI, 22 septembre 2014, sentence, *Gold Reserve Inc. C. Venezuela*, aff. No ARB(AF)/09/01, para. 622 ; CIRDI, 30 juillet 2010, décision sur la responsabilité, *Suez Sociedad de Aguas de Barcelona S.A. c. Argentine*, aff. No ARB/03/19, para. 179 ; CIRDI, 8 décembre 2000, sentence, *Wena Hotels Ltd. c. Égypte*, aff. No. ARB/98/4, para. 84 ; CIRDI, 21 février 1997, sentence, *American Manufacturing & Trading, Inc. c. Zaïre (AMT c. Zaïre)*, aff. No. ARB/93/1, paras. 6.02-6.03. V. égal. SCHREUER C., DOLZER R., *Principles of international investment law*, op. cit., p. 166 ;

essentiellement les atteintes des tiers afin de contraindre l'État à agir. Autrement dit, elle s'assimile à une obligation de *due diligence*¹¹³⁶. S'inspirant de l'affaire *ELSI* de la Cour internationale de justice, les tribunaux retiennent généralement une conception stricte de la notion avec un seuil d'engagement de la responsabilité élevé¹¹³⁷. Il s'agit d'une obligation de moyen évaluée au regard du contexte et des capacités de l'État¹¹³⁸. Il est vraisemblable que ce soit l'approche favorisée par les négociateurs des accords de l'UE dès lors qu'elle correspond à la conception retenue du traitement juste et équitable et plus globalement au principe du respect du droit à réglementer de l'État reconnu par les traités de l'Union. L'accord avec le Viet Nam confirme cette idée en indiquant que l'obligation de protection renvoie «aux obligations de la partie d'agir d'une manière raisonnablement nécessaire le cas échéant pour protéger la sécurité physique des investisseurs et des investissements visés»¹¹³⁹. Les tribunaux interprétant les instruments européens devraient donc rejeter les solutions concluant à une violation de la clause en l'absence d'atteintes physiques, et ce, même dans les hypothèses de droits intangibles¹¹⁴⁰. En tout état de cause, l'obligation de protection intégrale ne peut intégrer des éléments relevant du concept de sécurité juridique¹¹⁴¹.

571. Cette exclusion du concept de sécurité juridique résonne alors avec le concept d'attentes légitimes qui a longtemps servi comme clause de stabilisation du droit applicable pour l'investisseur.

b. Une prise en compte relativisée des attentes légitimes

572. En dépit des doutes émis à l'égard d'une protection conventionnelle des attentes légitimes de l'investisseur, de nombreux tribunaux ont consenti à en faire un élément du traitement juste et équitable susceptible d'engager la responsabilité internationale de l'État¹¹⁴². Dans le cadre de l'ALENA, seul le tribunal *Bilcon*¹¹⁴³ se démarque. Il est le seul à avoir conclu à la violation des

¹¹³⁶ cf. CPA, 30 janvier 2007, sentence partielle, Channel Tunnel Group Ltd., France-Manche S.A. c. Royaume-Uni, France, para. 305. NANTEUIL (DE) A., Droit international de l'investissement, op. cit., p. 385.

¹¹³⁷ cf. CIRDI, 8 décembre 2000, sentence, *Wena Hotels Ltd. c. Égypte*, aff. No. ARB/98/4, para. 84.

¹¹³⁸ TA, CNUDCI, 3 septembre 2001, sentence définitive, *Ronald S. Lauder c. République tchèque*, para. 308 ; CIRDI, 10 mars 2014, sentence, *Tulip Real Estate Investment*, aff. n°ARB/11/28, para. 430 ; CIRDI, 23 septembre 2010, sentence, *AES Summit Generation Limited AES-Tisza Erőmű KFT c. la République de Hongrie*, n°ARB/07/22, para. 13.3.2 ; CIRDI, 30 juillet 2009, sentence, *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers c. Albanie*, aff. n°ARB/07/21, para. 81.

¹¹³⁹ Arts 2.5, 2), e) API UE Viet Nam.

¹¹⁴⁰ CIRDI, 8 décembre 2003, décision sur la compétence, *Azurix Corporation c. République d'Argentine*, aff. n°ARB/01/12, para. 406.

¹¹⁴¹ CIRDI, 6 février 2007, sentence, *Siemens A.G. c. République argentine*, aff. n°ARB/01/23, para. 303

¹¹⁴² V. l'étude de DUPUY F., DUPUY P.-M., « What to expect from legitimate expectations? A critical appraisal and look into the future of the "Legitimate Expectations" Doctrine in international investment law », in, RAOUF MA, LEBOULANGER P, ZIADÉ NG (dir.), *Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri – From the Arab World to the Globalization of International Law*, Kluwer Law International, 2015 pp. 273–298.

¹¹⁴³ CPA (CNUDCI), 17 mars 2015, décision sur la compétence et la responsabilité, *Bilcon*, aff. No. 2009-04.

atteintes légitimes¹¹⁴⁴, même si, auparavant, la sentence *Glamis*¹¹⁴⁵ — et dans une certaine mesure la sentence *Thunderbird*¹¹⁴⁶ — avait abondé dans l'idée que le concept d'attentes légitimes soit un élément autonome de la norme du TJE de l'article 1105¹¹⁴⁷. C'est le tribunal *Mobil* qui paraît le plus convaincant dans sa prise en compte des attentes légitimes eu égard à la caractérisation du TJE¹¹⁴⁸. Pour le tribunal *Mobil*, les attentes légitimes ne peuvent caractériser une violation du traitement juste et équitable, elles sont, au mieux, des facteurs, parmi d'autres, à considérer pour établir ou non la violation d'un élément établi de la norme TJE¹¹⁴⁹. Cette approche est au demeurant conforme à la volonté des parties exprimée dans la note de la FTC et dans la coutume internationale avec le standard minimum de traitement.

573. Les derniers accords de l'Union adoptent cette approche étroite¹¹⁵⁰, même s'il est intéressant de noter l'évolution de la position européenne sur ce point. En effet, dans des versions antérieures, l'AECG et l'Accord entre l'Union et Singapour incluaient les attentes légitimes à la liste des éléments autonomes du TJE¹¹⁵¹. La dernière solution s'apparente donc à un compromis issu des négociations avec le Canada. Elle ne rejoint toutefois pas la solution de l'exclusion ferme qu'on retrouve dans l'accord de Partenariat transpacifique (CPTPP) conclu entre le Canada et dix autres partenaires¹¹⁵². Cette prise en compte comme simple facteur complète en outre les dispositions relatives à la protection de la capacité réglementaire des États qui excluent l'atteinte aux attentes de l'investisseur comme cause de violation des accords¹¹⁵³.

¹¹⁴⁴ CPA (CNUDCI), 17 mars 2015, décision sur la compétence et la responsabilité, *Bilcon*, aff. No. 2009-04, paras. 444–445, 448–449, 455 et s. et 589.

¹¹⁴⁵ CIRDI (CNUDCI), 8 juin 2009, sentence, *Glamis*, para. 627. cf. CIRDI (CNUDCI), 16 mars 2017, sentence finale, *Eli Lilly*, aff. No. UNCT/14/2, para. 381. Le tribunal adopte le raisonnement tenu dans la sentence *Glamis* sans, toutefois, en tirer des conclusions au fond.

¹¹⁴⁶ CIRDI (CNUDCI), 26 janvier 2006, sentence, *Thunderbird*, para. 147. V. égal. *Wälde T*, opinion dissidente, para. 37, qui se positionne en faveur de l'idée que les attentes légitimes sont « self-standing subcategory and independent basis for a claim under the “fair and equitable standard” as under Art. 1105 of the NAFTA ».

¹¹⁴⁷ DUMBERRY P, The fair and equitable treatment standard: a guide to NAFTA case law on Article 1105, op. cit., p. 138 et s.

¹¹⁴⁸ CIRDI, 30 avril 2004, sentence, *Waste Management, Inc. c. Mexique (II)*, aff. n° ARB(AF)/00/3, para. 98 ; CIRDI, 18 septembre 2009, sentence, *Cargill*, aff. No. ARB(AF)/05/2, para. 296 (le tribunal n'inclut pas les attentes légitimes dans le TJE issue de l'art. 1105 ALENA); CPA (CNUDCI), 24 mars 2016, sentence, *Mesa*, aff. N° 2012-17, para. 502.

¹¹⁴⁹ CIRDI, 22 mai 2012, décision sur la responsabilité, *Mobil (I)*, aff. No. ARB(AF)/07/4, para. 152.

¹¹⁵⁰ 8.10.4 AECG ; art. 2.4 API UE Viet Nam. Notons que ce dernier accord protège dans des conditions strictes certains engagements contractuels.

¹¹⁵¹ BERNASCONI-OSTERWALDER N., “Commentary to the draft investment chapter of the Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)”, *IISD*, 2013, pp. 17–19. Art. 2.4., 2) e) API UE Singapour.

¹¹⁵² Art. 9.6, 4) CPTPP : « Il est entendu que le simple fait qu'une Partie prenne ou omette de prendre une mesure qui pourrait être contraire aux attentes d'un investisseur ne signifie pas qu'il y a eu manquement au présent article, même si cela a pour effet d'entraîner une perte ou un dommage à l'investissement visé. »

¹¹⁵³ Art. 8.9, 2) AECG : « Il est entendu que le simple fait qu'une Partie exerce son droit de réglementer, notamment par la modification de sa législation, d'une manière qui a des effets défavorables sur un investissement ou

574. Les rédactions retenues consacrent en outre la conception étroite, dans la jurisprudence ALENA, des atteintes légitimes visant à en réduire leur portée au travers de quatre critères. Il faut des déclarations, ou représentations provenant de l'État d'accueil ; l'investissement doit être fondé sur ces déclarations ; la confiance de l'investisseur dans ces déclarations doit être raisonnable ; et l'État a renié ces déclarations de sorte à caractériser un préjudice pour l'investisseur¹¹⁵⁴. Au regard de ces critères, la jurisprudence de l'ALENA est allée encore plus loin pour restreindre davantage la qualification des attentes légitimes. La sentence *Glamis*¹¹⁵⁵ exigeait ainsi que les attentes de l'investisseur soient fondées sur des engagements¹¹⁵⁶ ou des assurances¹¹⁵⁷ « specific », « definitive, unambiguous and repeated »¹¹⁵⁸, pris par l'État d'accueil pour avoir « délibérément et spécifiquement incité l'investisseur à investir »¹¹⁵⁹.

575. Les dispositions des instruments européens contiennent des qualificatifs similaires. Elles exigent des « déclarations spécifiques ou dénuées d'ambiguïté » à un investisseur « en vue de l'amener à effectuer »¹¹⁶⁰ ou « d'encourager investissement »¹¹⁶¹. On précisera toutefois que l'exigence fondamentale qu'on retrouve dans de nombreuses sentences¹¹⁶² — ainsi que la sentence *Bilcon*¹¹⁶³ — que la confiance de l'investisseur doit être objectivement raisonnable ne s'y retrouve pas. La mention du caractère raisonnable des attentes sans autres précisions permet de s'en tenir à une analyse subjective de l'investisseur¹¹⁶⁴.

qui interfère avec les attentes d'un investisseur, y compris ses attentes de profit, ne constitue pas une violation d'une obligation prévue dans la présente section ». Dans le même sens : Art. 2.2, 2) API UE Viet Nam ; art. 2.2, 2) API UE Singapour. L'accord avec Singapour est plus explicite. Une note de bas de page précise qu'« Il est entendu que l'atteinte aux attentes légitimes au sens du paragraphe ci-dessus ne constitue pas en elle-même une violation du paragraphe 2, et qu'une telle atteinte doit intervenir dans le contexte des mêmes événements ou circonstances que ceux dans lesquels s'inscrit la violation du paragraphe 2.

¹¹⁵⁴ CIRDI (CNUDCI), 26 janvier 2006, sentence, *Thunderbird*, para. 147.

¹¹⁵⁵ Confirmée par d'autres : CIRDI, 18 septembre 2009, sentence, *Cargill*, aff. No. ARB(AF)/05/2, para. 290 ; CIRDI, 22 mai 2012, décision sur la responsabilité, *Mobil (I)*, paras. 152 et 170 ; T. ad hoc (CNUDCI), 12 janvier 2011, sentence, *Grand River Enterprises Six Nations*, para. 141.

¹¹⁵⁶ CIRDI (CNUDCI), 8 juin 2009, sentence, *Glamis*, para. 767.

¹¹⁵⁷ *Ibid.*, paras. 800–801.

¹¹⁵⁸ CIRDI (CNUDCI), 8 juin 2009, sentence, *Glamis*, para. 802. Qui cite la sentence *Metaclad*.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*, paras. 766–767.

¹¹⁶⁰ Art. 2.4, 3) API UE/ Singapour

¹¹⁶¹ Art. 8.10, 4) AECG.

¹¹⁶² CIRDI (CNUDCI), 26 janvier 2006, sentence, *Thunderbird*, para. 147 (qui se réfère à des « reasonable and justifiable expectations ») ; CIRDI (CNUDCI), 8 juin 2009, sentence, *Glamis*, paras. 621–622 ; CIRDI, 30 avril 2004, sentence, *Waste Management, Inc. c. Mexique (II)*, aff. n° ARB(AF)/00/3, para. 98 ; CIRDI, 22 mai 2012, décision sur la responsabilité, *Mobil (I)*, aff. No. ARB(AF)/07/4, para. 152.

¹¹⁶³ CPA (CNUDCI) 17 mars 2015, décision sur la compétence et la responsabilité, *Bilcon*, aff. No. 2009-04, paras. 445, 455 et s.

¹¹⁶⁴ KRIEBAUM U., « FET and expropriation in the comprehensive Economic Trade Agreement between the European Union and Canada (CETA) », *TDM* 1, 2016, p. 21.

576. En outre les tribunaux ALENA, *a contrario* des autres tribunaux, estiment que les attentes légitimes ne peuvent se fonder uniquement sur la législation au moment où l'investisseur effectue son investissement. La sentence *Glamis* a souligné l'exigence *a minima* d'une relation quasi contractuelle entre l'investisseur et l'État¹¹⁶⁵. Ainsi le changement, même radical, du cadre normatif sur lequel l'investisseur a basé son investissement est exclu¹¹⁶⁶. Cette caractéristique se retrouve explicitement dans les accords de l'UE au travers de la préservation de la capacité réglementaire de l'État¹¹⁶⁷.

577. En définitive, les instruments de l'UE reproduisent, de manière quasi identique, la définition et le régime des attentes légitimes qui établissent un consensus dans la jurisprudence ALENA¹¹⁶⁸. Cette approche cohérente s'oppose dans une certaine mesure à la prise en compte hétérogène de la question du respect des engagements contractuels.

2. Respect des engagements contractuels

578. La clause de respect des engagements, plus connu sous le nom de clause *umbrella*, ou clause parapluie, dont l'enjeu est de permettre d'élever des réclamations d'origines contractuelles au niveau conventionnel, est vivement discutée en droit international des investissements. Elle nourrit de vives controverses tant dans sa portée que sa pertinence dans le corpus conventionnel. La pratique

¹¹⁶⁵ CIRDI (CNUDCI), 8 juin 2009, sentence, *Glamis*, para. 766.

¹¹⁶⁶ CIRDI, 22 mai 2012, décision sur la responsabilité, *Mobil (I)*, aff. No. ARB(AF)/07/4, para. 153. V. égal. CPA (CNUDCI), 24 mars 2016, sentence, *Mesa*, aff. N° 2012-17, para. 619 qui soutient l'idée que l'art. 1105 ne protège pas contre les modifications législative et réglementaire.). CIRDI (CNUDCI), 8 juin 2009, sentence, *Glamis*, para. 620 confirme également l'idée que les attentes légitimes ne sont pas violées par la simple rupture d'un contrat.

¹¹⁶⁷ Art. 8.9, 2) AECG : « Il est entendu que le simple fait qu'une Partie exerce son droit de réglementer, notamment par la modification de sa législation, d'une manière qui a des effets défavorables sur un investissement ou qui interfère avec les attentes d'un investisseur, y compris ses attentes de profit, ne constitue pas une violation d'une obligation prévue dans la présente section. » ; art. 2.2, 2) API UE Viet Nam ; art. 2.2, 2) API UE Singapour.

¹¹⁶⁸ Le consensus général dans la jurisprudence l'ALENA a été perturbé par la sentence *Bilcon*. Même si elle rappelle la nécessité que les attentes reposent sur des déclarations spécifiques, et non un cadre général (para. 589), elle retient tout de même une conception large du concept en parlant d'encouragement : « '[a] series of encouragements by Nova Scotia in policy pronouncements and directly by elected officials and civil servants [...] created the expectation in the Investors, on which they could reasonably rely, that an environmental impact assessment of a coastal quarry and marine terminal project in the Whites Point area would be carried out fairly and impartially within the legislative framework provided by federal Canada and Nova Scotia » (para. 470). Ce raisonnement a été critiqué par le professeur McRae dans son opinion dissidente qui souligne que les encouragements de fonctionnaire que le droit national serait correctement appliqué ne peuvent être qualifiés d'attente légitime au sens de l'ALENA, d'autant que cette attente existe indépendamment de toute déclaration spécifique du gouvernement. op. dissidente (paras 5 et 33).

des États membres à cet égard est d'ailleurs très hétérogène¹¹⁶⁹. Des doutes avaient été mis en évidence au sein des institutions européennes sur la nécessité d'une clause parapluie dans les futurs AII¹¹⁷⁰. Ces doutes, corrélés à la pratique canadienne, expliquent sans doute le fait qu'*a contrario* des accords avec le Viet Nam et avec Singapour, l'AECG ne contient pas de clause *umbrella*¹¹⁷¹. Le refus du Canada est notamment motivé par l'idée que la clause du TJE suffit dans une mesure raisonnable à répondre aux conflits qui peuvent relever de la clause *Umbrella*, et ce, indirectement dès lors que les attentes légitimes, facteur d'appréciation de la clause TJE, nécessitent pour être considérés un engagement écrit entre l'État et l'investisseur¹¹⁷².

579. Les accords avec Singapour et le Viet Nam intègrent, à côté de la clause du TJE et de l'obligation de protection intégrale des précisions qui s'apparente à une clause d'internationalisation des revendications contractuelles¹¹⁷³. Toutefois, il faut reconnaître que les dispositions dans ces deux derniers instruments tranchent, par l'effort de précisions et de qualifications, avec les formules laconiques qu'on retrouve dans la plupart des autres instruments qui, clairement ou de manière détournée, prévoient une clause parapluie¹¹⁷⁴. Ce qu'il faut retenir, c'est que l'ensemble de ces

¹¹⁶⁹ De nombreux AII, anciens ou récents, ne contiennent pas de clause parapluie. À ce stade, c'est plus de la moitié des AII qui n'en font pas référence. Ex. TBI France Colombie 2014 (2020) ; API ASEAN Hong-kong 2016 (2019) ; TBI Cameroun Suisse (1963) ; TBI Pakistan Suède (1981).

¹¹⁷⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux, Bruxelles, 7 juillet 2010, COM (2010) 343 final, p. 9 : la Commission y voit une clause « traditionnelle » dans la pratique bilatérale des États qui doit s'imposer comme une norme essentielle de la pratique de l'Union. Pour le Conseil, une approche casuistique s'imposait : CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, Conclusions sur une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux, Luxembourg, 25 octobre 2010, pt. 14. Un rapport avait été demandé par le Parlement à la Commission sur l'impact de l'introduction d'une telle clause : PARLEMENT EUROPÉEN, Résolution sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux, 6 avril 2011, JOUE C n° 296 E, 2 octobre 2012, p. 34, pt. 20. V. égal. DE LUCA A., « Umbrella clauses and transfer provisions in the (invisible) EU model BIT », JWIT, 2014, 15, 3-4, pp. 506-533. PIGEON N., La mise en œuvre de la compétence de l'UE en matière d'investissements internationaux, op. cit., p. 545 et s. L'auteur met aussi en avant « le risque d'explosion du recours à l'arbitrage sur la base de violations de nature avant toute contractuelle [et] de concurrence entre procédures contentieuses ».

¹¹⁷¹ En dépit des doutes au sein de l'Union et de l'absence d'une telle clause dans les AII du Canada, les négociateurs européens avaient initialement pensé à inclure une clause *umbrella* dans l'AECG De LUCA A., op. cit., p. 508.

¹¹⁷² V. not. PIGEON N., La mise en œuvre de la compétence de l'UE en matière d'investissements internationaux, op. cit., p. 546.

¹¹⁷³ Art. 2.4, 6) API UE Singapour ; Art. 2.5, 6) API UE Viet Nam.

¹¹⁷⁴ Cf. Art. 7 TBI Allemagne Pakistan : « Either Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments by nationals or companies of the other Party. » Avec des formulations similaires, v. art. 8 TBI Sénégal Pays-Bas ; art. 10, 1) Traité C. en. ; art. 6 TBI Iran Japon. Dans des rédactions plus absconses, v. art. II, 4) TBI Italie Congo : « Chacune des Parties Contractantes crée et maintient dans son territoire un cadre juridique susceptible d'assurer aux investisseurs la continuité du traitement juridique, y compris le respect de bonne foi de tous les engagements pris vis-à-vis de chaque investisseur ».

précisions, qui modifient radicalement l'approche rédactionnelle en cours, vise à réagir à des controverses suscitées en particulier par certaines solutions jurisprudentielles.

580. *A contrario*, des instruments qui évoquent globalement les obligations ou les engagements sans aucune autre précision, les accords de l'Union précisent ce qu'il faut entendre par engagement. L'accord UE Singapour exige ainsi « un engagement spécifique et explicite, par un contrat écrit » qui se matérialise dans « des actes contraignants pour les deux parties qui créent des droits et obligations réciproques »¹¹⁷⁵. Si l'accord avec le Viet Nam ne va pas aussi loin dans la définition matérielle¹¹⁷⁶, il établit toutefois certaines contraintes qui limitent fortement la portée de la clause. L'accord écrit doit être « conclu et prend [re] effet après la date d'entrée en vigueur » du traité¹¹⁷⁷, et si des exceptions existent, elles sont limitées et strictement encadrées¹¹⁷⁸. Une autre condition tient à ce que l'accord doit être un fondement de la décision d'investir ou de maintien de l'investisseur dont la rupture cause un préjudice¹¹⁷⁹. Ces éclaircissements notamment sur la nature de l'acte visent à éviter qu'un acte unilatéral ou une loi nationale établissant un cadre général puissent être considérés comme un engagement pouvant relever de la compétence du juge international¹¹⁸⁰. L'engagement doit être un acte écrit spécifique et substantiel à l'opération d'investissement.

581. En outre, l'accord écrit ne doit pas prévoir de clause d'*electio fori* désignant une juridiction arbitrale internationale. Ce critère tend à apporter dans une certaine mesure, une solution aux débats inhérents au problème de compétence qu'implique une clause *umbrella*. En effet, certains notent qu'un des freins à l'internationalisation des réclamations contractuelles tient au fait que, généralement, une clause compromissoire insérée dans le contrat désigne un juge autre que celui du Traité — uniquement compétent pour cet instrument — pour savoir si le contrat avait été violé.

¹¹⁷⁵ Art. 2.4, 6 API UE Singapour.

¹¹⁷⁶ Il précise toutefois que « l'accord écrit fait naître un échange de droits et d'obligations en rapport avec ledit investissement qui sont contraignants pour les deux parties » : art. 2.5, 6), b) API UE Viet Nam. Une note de bas de page insiste également sur le fait qu'« On entend par “accord écrit” un accord conclu par écrit entre une partie et un investisseur de l'autre partie ou l'investissement de celui-ci, qui est négocié et exécuté par les deux parties, que ce soit au moyen d'un seul ou de plusieurs instruments. »

¹¹⁷⁷ Art. 2.5, 6), a) API UE Viet Nam. Une note va plus loin en indiquant que l'exclusion comprend les renouvellement ou prorogation d'accords conclus et devenus effectifs avant l'entrée en vigueur « conformément aux clauses de l'accord initial et dans les mêmes modalités et conditions ou dans des modalités ou conditions, essentiellement les mêmes que celles de l'accord initial. »

¹¹⁷⁸ Certains accords conclus avant l'entrée en vigueur du traité peuvent bénéficier de la clause s'ils concernent les relations entre le Viet Nam et certains États membres spécifiquement désignés.

¹¹⁷⁹ Art. 2.5, 6) b) et d) API UE-Vietnam.

¹¹⁸⁰ Une telle solution avait été admise dans la sentence LG&E c. Argentine : CIRDI, 3 octobre 2006, sentence, LG&E c. Argentine, aff. No. ARB/02/1, paras. 169 et s. Lorsque la rédaction du TBI prévoyait un engagement spécifique, les arbitres avaient conclu qu'il ne pouvait s'agir que d'un acte contractuel. CNUDCI, 14 décembre 2012, décision sur la responsabilité, Burlington Resources Inc, aff. n°ARB/08/05, para 206.

Ce problème, qui tient tant à des questions de compétence *ratione materiae* que d'autonomie entre le contrat et le Traité a été au cœur de la divergence entre les deux sentences *SGS*¹¹⁸¹. Dans une démarche intermédiaire, certains tribunaux, agissant notamment dans le cadre du contentieux argentin, sont par la suite venus cantonner l'effet de la clause aux hypothèses où l'État agit comme souverain¹¹⁸². Ce faisant, la relation sortirait du cadre purement privé relevant exclusivement de la compétence du droit national de sorte à pouvoir être capté par le juge international. L'autonomie entre les deux normes est ainsi pleinement assurée. C'est en adoptant cette solution que les accords de l'UE avec Singapour et avec le Viet Nam restreignent le jeu de la clause *umbrella* aux hypothèses où l'État agit comme puissance publique¹¹⁸³.

582. Même si la cohérence d'ensemble est questionnable, il est indéniable que la rédaction complexe de la clause *umbrella* constitue une avancée novatrice non négligeable dans le paysage conventionnel. Cette rédaction, qui confirme certaines solutions jurisprudentielles, désamorce en amont de nombreux débats autour du mythe de l'internationalisation du contrat¹¹⁸⁴ et du périmètre de la clause *umbrella*¹¹⁸⁵. Désormais nous sommes davantage en mesure de déterminer ce dont nous parlons¹¹⁸⁶.

CONCLUSION DE SECTION

583. La clause du traitement juste et équitable, première source d'incertitudes et de critiques dans le droit international des investissements étrangers, fait l'objet d'une refonte d'envergure afin de

¹¹⁸¹ Pour le tribunal dans la sentence *SGS C. Pakistan*, une lecture stricte s'imposait sauf à rendre inopérant la protection du TBI et dès lors qu'une réclamation fondée sur le contrat suffisait. L'internationalisation impliquait aussi de méconnaître la clause compromissoire insérée dans le contrat. Pour le tribunal dans la sentence *SGS c. Philippines*, une pleine efficacité de la clause était possible dès lors qu'on soutient l'autonomie entre les deux normes. Le juge du Traité ne peut intervenir qu'après que le juge spécialement désigné dans le contrat ait reconnu une violation du contrat. CIRDI, 6 août 2003, décision sur la compétence, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan*, aff. n° ARB/01/13, paras. 166 et s. ; CIRDI, 29 janvier 2004, Decision sur les exceptions à la compétence du tribunal, *SGS C. Philippines*, aff. n° ARB/02/6, paras 128.

¹¹⁸² Cf. CIRDI, 27 juillet 2006, décision sur la compétence, *Pan America/BP c. Argentine*, aff. n° ARB/03/13 ; CIRDI, 31 octobre 2011, sentence, *El Paso Energy international company c. Argentine*, aff. n° ARB/03/15 ; CIRDI, 12 mai 2005, sentence, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, aff. No. ARB/01/8, para. 299 ; CIRDI, 28 septembre 2007, décision sur la compétence, *Sempra Energy c. Argentine*, aff. n° ARB/02/16, para. 311

¹¹⁸³ Art. 2.4, 6 API UE Singapour ; art. 2.5, 6) API UE Viet Nam.

¹¹⁸⁴ v. LANKARANI L., *Les contrats d'État à l'épreuve du droit international*, op. cit., où l'auteure, après une étude exhaustive s'enracinant tant dans des aspects théoriques que pratiques, abouti à la conclusion de la difficile internationalisation des contrats d'investissement.

¹¹⁸⁵ SORNARAJAH M., *The international law on foreign investment*, op. cit., p. 304;

¹¹⁸⁶ LIM C.L., "Is the umbrella clause just another treaty clause? In alternative vision of the international investment law", in *Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment, Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah*, Cambridge University Press, 2016. p. 349 et s.

limiter le pouvoir des arbitres dans les instruments d'investissement de l'Union européenne. Même si cette refonte répond à des objectifs affichés par certaines institutions européennes dans la construction de la politique européenne, elle est principalement imposée et nourrie par le Canada, premier partenaire de l'Union dans un ALE contenant un chapitre spécifique sur la libéralisation et la protection des investissements étrangers.

584. L'atypisme de l'UE ne fait aucun doute avec le choix d'une clause fermée identifiant exhaustivement les éléments de la norme du traitement juste et équitable. Si un tel modèle avait déjà été proposé en 2012 par la CNUCED, aucun AII n'avait jusqu'à présent opté pour une telle approche limitative. En s'inspirant fortement de la jurisprudence de l'ALENA, le modèle européen de clause TJE s'apparente à une codification inavouée de la coutume et du standard minimum de traitement aboutissant à donner à l'État une plus grande maîtrise dans la définition de la norme. Si dans l'absolu, rien ne garantit que les arbitres ne déjoueront pas les gardes fous¹¹⁸⁷, il s'agit d'un véritable renouveau étatique qui se matérialise en l'occurrence par une clause strictement qualifiée dont l'enjeu est d'imposer d'une part une interprétation stricte des éléments du TJE et d'autre part un seuil d'engagement de la responsabilité élevé prôné par les tribunaux ALENA. Cette approche implique en outre de délimiter strictement le périmètre de la clause par rapport aux normes de protection des attentes légitimes, de protection intégrale et de respects des engagements contractuels. Si certaines incertitudes demeurent dans cette démarche, le constat est indéniable, les trois concepts mettent en avant des rédactions novatrices complexes et qualifiées qui confirment une lecture restrictive de ce dernier.

585. Cet encadrement, atypique dans le paysage conventionnel est symptomatique d'un renforcement du rôle de l'État et de la sécurité juridique¹¹⁸⁸. Il confirme en outre l'approche retenue en droit interne par le droit de l'UE pour le traitement des investissements.

¹¹⁸⁷ cf. les quelques sentences dissidentes dans la jurisprudence ALENA au regard de la coutume et de la note contraignante de la FTC. Ces tribunaux face à des critères contraignants ont simplement interprété largement le critère : CPA (CNUDCI), 17 mars 2015, décision sur la compétence et la responsabilité, *Bilcon*, aff. No. 2009-04, paras ; CIRDI (CNUDCI) 31 mars 2010, sentence, *Merrill & Ring*, para. 210 ; CIRDI (CNUDCI), 8 juin 2009, sentence, *Glamis*, para. 616. cf. JADEAU F, FABIEN G, « CETA's definition of the fair and equitable treatment standard: toward a guided and constrained interpretation », *TDM*, 2016 13, 1, p. 10 ; DUMBERRY P, *The fair and equitable treatment standard: a guide to NAFTA case law on Article 1105*, op. cit., pp. 89–124; LÉVESQUE C., 'Chronique de Droit international économique en 2010–2011 – investissement', *Canadian Yearbook of International Law/Annuaire Canadien de Droit International*, 2010, 48, pp. 311–313.

¹¹⁸⁸ AGUILAR ALVAREZ G., WILLIAM W.P., 'The new face of investment arbitration: NAFTA Chapter 11', *Yale Journal of International Law* 28, 2003, p. 365; SCHILL S., *The multilateralization of international investment law*, CUP, 2009, p. 271. SORNARAJAH M., *The international law on foreign investment*, op. cit.

SECTION 2. L'EQUILIBRE CONTEXTUEL DES NORMES DE TRAITEMENT DE L'INVESTISSEMENT EN INTERNE

586. Partant d'une divergence d'objet et de caractéristiques, les premières analyses comparées ont conclu à l'absence, entre autres, de garanties de traitement de l'investissement en droit européen similaire à celles du droit international et particulier des TBI. Ce constat est notamment celui qui a été adopté par les tribunaux *Eastern Sugar* et *Achmea* (ex. *Eureko B.V.*) qui ont observé qu'il n'existait pas dans le corpus normatif européen de normes équivalentes à celle du traitement juste et équitable¹¹⁸⁹. Cette conclusion n'a rien d'étonnante dès lors que les éléments de comparaison mis en débats s'articulaient exclusivement autour des libertés de circulation du TFUE ainsi que de son article 18 prohibant les discriminations fondées sur la nationalité¹¹⁹⁰.

587. Cette approche, qui s'inscrit essentiellement dans une confrontation entre l'objet premier de libéralisation du TFUE et l'objectif de traitement et de protection des investissements étrangers des TBI, omet inévitablement qu'au-delà du cadre normatif initial, l'ordre juridique de l'Union forme une « communauté de droit »¹¹⁹¹. En tant que tel, le droit de l'Union se caractérise par une complexité et une volonté de complétude, étrangère aux TBI, qui supposent de dépasser le seul cadre formel du TFUE pour identifier dans l'ensemble du « bloc de légalité communautaire » les normes applicables aux investissements et investisseurs étrangers¹¹⁹². Par conséquent, la prise en considération du « bloc de légalité communautaire » suppose une prise en considération des différents principes et standards qui structurent matériellement l'ordre juridique européen.

588. Effectivement, comme l'a souligné le tribunal dans la sentence *Achmea*, il n'existe pas dans le corpus normatif d'équivalent formel à la clause du traitement juste et équitable (TJE) tel qu'elle se présente en droit international. L'absence d'une clause spécifique qui se distingue par une portée corrective unique permettant d'appréhender un ensemble de comportements étatiques variés en nature et en intensité est indéniable. La diversité des sources du droit européen des investissements permet cependant de relativiser ce constat. En l'occurrence, le dynamisme et la diversité des normes du droit de l'UE permettent de pallier cette lacune. Ainsi, l'absence d'équivalence formelle directe

¹¹⁸⁹ Et ce tout en observant que le droit de l'UE traite également de l'investissement étranger. V. par ex. SCC (CNUDCI), 27 mars 2007, sentence partielle, *Eastern Sugar B.V. c. République tchèque*, aff. n° 088/2004, para Paras 159-166.

¹¹⁹⁰ CPA (CNUDCI), 26 octobre 2010, sentence sur la compétence, *Achmea (ex. Eureko B.V.) c. République de Slovaquie*, aff. No 2008-13, para. 247.

¹¹⁹¹ CJCE, 23 avril 1986, Parti écologiste « Les Verts » c. Parlement européen, aff. C-294/3, pt. 23 et s.

¹¹⁹² cf. ROBERT-CUENDET S., « Les investissements intra-communautaires entre droit communautaire et accords internationaux sur l'investissement : concilier l'inconciliable ? », *RGDIP*, 2011, p. 862.

est relativisée par l'existence dans le bloc de légalité communautaire d'un ensemble de normes écrites ou non écrites qui recourent matériellement les éléments de la clause du TJE. C'est à ce niveau que l'impact des principes généraux du droit de l'UE est le plus explicite dans le droit européen des investissements. La portée de ces principes permet de dégager une équivalence matérielle avec le contenu de la clause de TJE du droit international à même d'appréhender un ensemble de comportements étatiques variés. C'est le cas, par exemple, des principes de bonne administration, de non-discrimination ou encore d'effectivité qui permettent de recouper tant des éléments traditionnels et consensuels, que contemporains et controversés de la norme TJE¹¹⁹³.

589. Ce qui est remarquable, c'est que si le contenu matériel s'aligne sur une conception extensive de la norme TJE majoritaire dans la première génération de TBI, l'interprétation des garanties de traitements dans le droit de l'Union se rapproche davantage des approches restrictives récentes qu'on retrouve dans les API de l'UE¹¹⁹⁴. L'ordre juridique communautaire se distingue par sa complexité qui implique la prise en compte d'intérêts, autres que ceux des investisseurs, dans l'interprétation et l'application du droit de l'Union. Cette prise en compte est en l'occurrence assurée par des clauses d'exception étatique et une importance du principe de proportionnalité qui imposent nécessairement un encadrement de l'interprétation et l'application des garanties de traitements communautaires¹¹⁹⁵.

590. En l'occurrence, le principe de proportionnalité¹¹⁹⁶ — principe-cadre régissant le contrôle juridictionnel de l'ensemble de normes du droit de l'UE et érigé en PGD par la Cour de justice¹¹⁹⁷ — n'est pas étranger au contentieux des investissements. Sa relation à la norme du TJE est telle qu'il n'est pas incongru de soutenir qu'il a historiquement influencé son interprétation¹¹⁹⁸.

¹¹⁹³ Pour un aperçu des normes de droits communautaires mobilisés, v. SATTOROVA M., "Investor Rights under EU Law and International Investment Law", *The Journal of World Investment and Trade*, 2016, 17, pp. 895-918.

¹¹⁹⁴ SATTOROVA M., "Investor Rights under EU Law and International Investment Law", *The Journal of World Investment and Trade*, 2016, 17, pp. 895-918.

¹¹⁹⁵ ROBERT-CUENDET S., « Les investissements intra-communautaires entre droit communautaire et accords internationaux sur l'investissement : concilier l'inconciliable ? », *op. cit.*

¹¹⁹⁶ Pour une étude générale du principe de proportionnalité, v. STONE SWEET A., MATHEWS J., « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008, 47, pp. 73-162.

¹¹⁹⁷ La première occurrence du principe se trouve dans l'affaire Internationale Handelsgesellschaft : CJCE, 11 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, aff. C-11/70. Mais c'est véritablement dans l'affaire Schraeder que le principe est érigé au rang de PGD de l'Union : CJCE, 11 juillet 1989, Schraeder c. Hauptzollamt Gronau, aff. C-265/87. Le principe va par la suite s'ériger comme l'outil jurisprudentiel fondamental de la Cour de justice dans son interprétation de l'ensemble des normes européennes, libertés de circulation et droits fondamentaux compris. L'avènement est sa codification dans l'article 52 CDF. V. en ce sens : STONE SWEET A., MATHEWS J., 'Proportionality Balancing and Global Constitutionalism', *op. cit.*

¹¹⁹⁸ On peut en premier lieu citer le cas du contentieux argentin, qui, dans la controverse entourant l'interprétation de la clause de nécessité, a été l'occasion d'introduire une analyse en termes de proportionnalité. L'usage d'un test de proportionnalité a effectivement été mise en œuvre dans la sentence, Continental Casualty ou l'arbitre Sacerdotti s'est

Toutefois, sa centralité dans le processus interprétatif de la Cour de justice et dans la construction du droit de l'UE — le principe de proportionnalité étant lui-même induit par le principe de bonne administration, source principale des normes de traitement — suppose une vision équilibrée des normes de traitement qui dépasse nécessairement sa conception en droit international.

591. L'atypisme du droit de l'UE sur la question du traitement de l'investissement se caractérise en définitive par une extensibilité matérielle, certes fragmentée (§1) des garanties de traitement qui, en raison de la nature et des caractéristiques des normes dans lesquelles elles s'inscrivent, reçoivent une approche équilibrée des intérêts protecteurs de la capacité normative des Etats (§2).

§1. L'étendue matérielle des garanties de traitement de l'investissement

592. En l'absence de compétence explicite en matière d'investissement, et par conséquent de normes spécialement orientées vers la matière des investissements étrangers, la question du traitement des investissements passe au travers des différentes normes et principes de traitement des individus agissant du droit de l'UE. Le développement de ces normes de traitement s'est fait, d'une part dans la volonté d'approfondissement et d'effectivité des libertés de circulation, et d'autre part dans la perspective d'approfondissement politique de l'intégration européenne. Cette double aspiration s'est traduite par l'élaboration prétorienne de principes généraux visant à garantir un ensemble de droits fondamentaux et de concepts inhérents à l'Etat de droit susceptible d'être invoqué par les investisseurs étrangers agissant dans le cadre du droit de l'UE.

593. Les principes généraux du droit de l'Union, compris comme des principes juridiques fondamentaux structurellement indéterminés visant à assurer la cohérence normative de l'ordre

inspiré de la jurisprudence de l'Organe d'appel de l'OMC, CIRDI, 5 septembre 2008, sentence, *Continental Casualty Company c. République d'Argentine*, aff. No. ARB/03/9, paras. 192. La solution fut approuvée par le Comité ad hoc dans la procédure d'annulation, 16 septembre 2011, décision sur la demande d'annulations partielles, paras. 127-128 et 133. D'autres sentences ont par la suite pleinement usé du principe de proportionnalité dans l'interprétation du TJE : CPA (CNUDCI), 26 avril 2009, sentence, *García Armas et García Gruber c. Venezuela*, aff. No. 2013-3, para. 343 ; CIRDI, 8 octobre 2009, sentence, *EDF c. Roumanie*, aff. ARB/05/15, paras. 293 et s. ; CIRDI, 25 novembre 2015, sentence, *Electrabel c. Hongrie*, aff. ARB/O7/19, paras. 179. V. égal. CPA, CNUDCI, 17 mars 2006, sentence partielle, *Saluka Investments B.V. c. République tchèque*, aff. n°2001-04 ; CIRDI, 23 septembre 2010, sentence, *AES Summit Generation Limited AES-Tisza Erőmű KFT c. la République de Hongrie*, n° ARB/07/22, CIRDI, décision sur la compétence et la recevabilité, 24 septembre 2008, *Ioan Micula, Viorel Micula e. a. c. Roumanie*, aff. n°1RB/05/20. La sentence RREEF c. Espagne va jusqu'à identifier la transparence comme un élément autonome du TJE. Pour approfondir sur la question du principe de proportionnalité dans le contentieux de la norme TJE v. : BÜCHELER, G., *Proportionality in Investor-State Arbitration*, OUP, 2015, not. p. 31 ; PALOMBINO F.M., 'FET and Proportionality', in PALOMBINO F.M. (DIR.), *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, T.M.C. Asser Press, 2008, pp. 123-142 ; STONE SWEET A., CANANEIA(DELIA) D., 'Proportionality, General Principles of Law, and Investor-State Arbitration: A Response to Jose Alvarez', *New York University Journal of International Law and Politics*, 2014, Vol. 46, 3, pp. 916-954.

juridique de l'Union, sont considérés comme un type de norme juridique de l'UE et comme une source de droit primaire — non écrite — de l'UE¹¹⁹⁹. Ces principes généraux se sont principalement exprimés dans le champ des droits fondamentaux et du concept de l'Etat de droit, et ce en particulier sous l'impulsion des cours constitutionnelles nationales¹²⁰⁰.

594. La codification de ces principes dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE¹²⁰¹ et dans d'autres parties du droit primaire et secondaire de l'UE n'a en rien diminué leur importance dans la définition des droits et libertés des opérateurs privés. Et ce même si, à partir de 2010, la Charte a été comprise comme le point de départ dans le raisonnement de la Cour dans le domaine des droits fondamentaux¹²⁰². Nonobstant, ce constat n'a pas toujours été suivi d'effet en pratique. En outre, il n'implique en rien une priorité dans le raisonnement à adopter entre un droit issu de la Charte ou d'un principe général ni une hiérarchie formelle en cas de conflit¹²⁰³. C'est donc tant vers la Charte que de la jurisprudence qu'il faut aller pour identifier les normes de traitement de l'investissement.

595. La diversité, des droits et libertés fondamentales de la Charte ainsi que l'étendue matérielle des principes généraux du droit de l'Union permettent d'isoler deux types de garanties que l'on retrouve classiquement dans les clauses de TJE. Il est ainsi possible de distinguer d'une part, des principes visant à protéger la personne et l'intégrité de l'investisseur —, et ce en prohibant les traitements discriminatoires et arbitraires — et d'autre part des principes veillant à ce que l'investisseur bénéficie de garanties procédurales lui permettant de sanctionner effectivement

¹¹⁹⁹ PESCATORE P., « Les principes généraux du droit en tant que source du droit communautaire », in PESCATORE P. (dir), *Études de droit communautaire européen 1962 – 2007*, (Bruylant, 2008), pp. 691-730. Ce dernier point peut notamment se déduire des art. 263, 1) et 340, 2) TFUE.

¹²⁰⁰ Parmi les principes généraux de l'UE qui découlent des traditions communes des États membres de l'UE, les droits fondamentaux de l'UE sont les plus historiques et les plus établis aux travers la jurisprudence de la CJUE. V. aff. Emblématiques CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder*, aff. C-29/69, point 7 ; CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. C-4/73, point 13 ; CJCE, 11 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. C-11/70, pts. 3 et 4 ; CJCE, 4 juin 2002, *Commission c. France (Elf Aquitaine)*, aff. C-483/98 point 112 ; CJUE, 24 avril 2012, *Kamberaj*, aff. C-571/10, pts 60 et 61.

¹²⁰¹ Article 6(3) TUE ; article 52(4) Charte ; préambule.

¹²⁰² V. ex CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert Schecke*, aff jointes C-92/09 et 93/09, CJUE, 1^{er} Mars 2011, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats e.a.*, aff. C-236/09.

¹²⁰³ Effectivement, la relation normative entre les principes généraux, d'une part et les autres sources du droit de l'UE, d'autre part, ne s'adapte pas exactement à la hiérarchie formelle des sources dans la pratique. Ainsi, aucune priorité ou hiérarchie formelle ne devrait être supposée entre les droits fondamentaux de l'art. 6, 1) et 3) TUE en fonction de leurs sources respectives (v. égal. l'art. 52 4) CDFUE *a fortiori*). En ce sens, v. HOFFMANN V.H., MIHAESCU B., « Relation Between Charter 's Fundamental Rights and Unwritten General Principles », *European Constitutional Law Review*, 2013, 9, pp. 73-101, 77 -82. Egal aff. C-604/12. V. BESSON B., 'General Principles and Customary Law in the EU Legal Order', in VOGENAUER S., WEATHERILL S. *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives*, Hart Publishing, 2017, pp. 105–130. L'auteur assimile, au regard de leurs fonctions et de leurs caractéristiques spécifiques en droit de l'UE, les principes généraux du droit de l'UE à des principes coutumiers de l'ordre juridique européen.

l'ensemble des droits et intérêts dont il bénéficie —, notamment, au travers du principe-cadre de bonne administration dont l'objet est de garantir une application régulière de la loi, *lato sensu*.

596. Par conséquent, l'étude des normes de protection de la personne de l'investisseur (A) précédera celle de l'application régulière de la loi dans sa dimension procédurale (B).

A. La prohibition des traitements arbitraires et la protection de la personne de l'investisseur

597. La question de la protection de la personne et de l'intégrité physique de l'investisseur étranger est un enjeu majeur en droit de l'UE qui a été la source principale d'élaboration des droits fondamentaux. Effectivement, il s'agissait pour la Cour de justice, dans la perspective de mise en œuvre des libertés de circulations, de s'assurer que les opérateurs bénéficient de droits et libertés fondamentales de traitement les protégeant de tout comportement arbitraire des autorités qui auraient pour effet de restreindre la portée des libertés économiques. Cette approche fonctionnaliste des droits et libertés fondamentales est particulièrement mise en évidence au travers du principe de non-discrimination, ou d'égalité de traitement. L'importance de ce principe matière de maximisation des libertés économiques le rend incontournable en droit de l'Union. Il a été compris par la Cour de justice à de nombreuses reprises comme un principe général de l'ordre juridique européen¹²⁰⁴. L'extension matérielle des politiques européennes a permis au principe de dépasser le seul cadre des discriminations fondées sur la nationalité — *a priori* invocables limitées au stade de l'admission comme en droit international — pour appréhender divers types de comportements discriminatoires — susceptibles de se dérouler dans la phase post-admission. C'est cette même extension des enjeux sociaux et politiques de l'UE qui implique également qu'au-delà de la discrimination, le droit de l'UE contient un ensemble de normes et de principes qui permettent d'appréhender tout comme en droit international, toute manifestation d'arbitraire allant des atteintes à la sûreté et la sécurité physique de l'investisseur ou à toute forme d'abus de pouvoir, de harcèlement, ou tout autre acte de mauvaise foi similaire.

598. En ce sens, si le principe de non-discrimination demeure un outil privilégié dans le traitement des investissements tout comme en droit international (1) le droit de l'UE mobilise d'autres principes à même d'appréhender de manière plus précise un ensemble vaste de comportements arbitraires menaçant l'intégrité de l'investisseur (2).

¹²⁰⁴ Pour une analyse détaillée, TRIDIMAS T., *The General Principles of EC Law*, *op. cit* pp. 59–64; MAZIERE P., *Le principe d'égalité en droit privé*, PUAM, 2003, p. 429.

1. L'interdiction des traitements discriminatoires comme outils privilégiés de traitement des investisseurs

599. Élaboré dans la perspective d'une intégration effective des activités économiques, le principe de non-discrimination suppose que les opérateurs agissant dans le champ du marché doivent être traités sur un pied d'égalité s'ils se trouvent dans une situation comparable. Le droit européen approfondit cette égalité en exigeant qu'il ne soit pas soumis à une égalité de traitement s'ils se trouvent dans des situations différentes, à moins que cette différence ne soit objectivement justifiée¹²⁰⁵. L'extension du domaine normatif des textes européens a permis, par une prise en considération croissante des enjeux sociaux impliqués par le développement du marché, d'intégrer au-delà des discriminations fondées sur la nationalité, celle reposant sur d'autres critères tels que le genre, l'orientation sexuelle, religieuse ou encore l'origine ethnique. Toutefois, il est établi une distinction entre la prohibition des discriminations fondées sur la nationalité, qui s'applique uniquement dans le champ des dispositions du traité et donc des quatre libertés, et la prohibition des autres discriminations, applicables au-delà du cadre de libéralisation du marché¹²⁰⁶. Cette distinction, qui recoupe celle qui a cours en droit international,¹²⁰⁷ apparaît clairement au travers des diverses consécutions du principe en droit de l'UE.

600. Le principe de non-discrimination est consacré tant par le TFUE¹²⁰⁸ que par la Charte des droits fondamentaux¹²⁰⁹. L'article 19 du TFUE, qui recoupe le domaine matériel du paragraphe 1 de l'article 21 de la Charte va au-delà de la Charte en conférant à l'Union un pouvoir d'édiction de normes antidiscriminatoires¹²¹⁰. L'article 21, paragraphe 1, ne vise que les discriminations pratiquées par les institutions et organes de l'Union lorsqu'ils exercent des pouvoirs conférés par les traités, et

¹²⁰⁵ cf. CJCE, 19 octobre 1977, *Albert Ruckdeschel & Co. et Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. c. Hauptzollamt Hamburg-St. Annen* ; *Diamalt AG c. Hauptzollamt Itzehoe*, aff. jointes 117/76 et 16/77, pt. 7 ; CJCE, 17 avril 1997, *EARL de Kerlast c. Union régionale de coopératives agricoles (Unicopa) et Coopérative du Trieux*, aff. C-15/95, pt. 35 ; CJCE, 16 décembre 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres c. Premier ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable et Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, aff. C-127/07, pt. 23.

¹²⁰⁶ Art. 21 CDFUE, distinction entre alinéa 1 et alinéa 2.

¹²⁰⁷ Où la clause du traitement juste et équitable exclut de son champ d'application la discrimination à raison de la nationalité qui est alors uniquement appréhendée par la clause de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée. Cf, *supra*.

¹²⁰⁸ Art. 18 et 19 TFUE

¹²⁰⁹ Art. 21 CDFUE

¹²¹⁰ L'UE est en mesure d'adopter des actes législatifs, notamment en matière d'harmonisation des législations nationales, afin de lutter les formes de discrimination, limitativement énumérées dans cet article. Ces actes législatifs peuvent couvrir l'action des autorités des États membres (ainsi que les relations entre particuliers) dans tout domaine relevant des compétences de l'Union. En revanche, la disposition de l'article 21, paragraphe 1, ne crée aucun pouvoir d'édiction de lois antidiscriminatoires.

par les États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. La combinaison de ces deux dispositions abouties à une portée plus dynamique du principe en droit de l'UE.

601. Le paragraphe 2 de l'article 21, qui correspond à l'article 18, premier alinéa, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne vise quant à lui la prohibition des discriminations sur la nationalité et doit donc être interprété de la même manière. La structure de l'article 21 de la Charte, selon laquelle la discrimination fondée sur la nationalité est traitée séparément et différemment de la discrimination fondée sur d'autres motifs de statut, indique les contours distincts donnés à la discrimination fondée sur la nationalité dans l'UE¹²¹¹.

602. L'article 21, paragraphe 1, renvoie à l'important corpus législatif européen en matière d'égalité et de lutte contre la discrimination fondée sur un ensemble large de critères inhérents au statut¹²¹². Cet important corpus législatif, principalement contenu dans des directives¹²¹³, est accentué par les transpositions en droit national. Sa portée est large à deux égards. Premièrement, il cite expressément beaucoup plus de motifs de statut que ceux couverts par les bases juridiques du TFUE¹²¹⁴. Deuxièmement, par l'utilisation de l'expression « notamment », l'article 21, paragraphe 1, de la Charte crée une liste ouverte de motifs de discrimination prohibés.

603. Son champ d'application doit être lu conformément à l'article 51 de la Charte. L'article 21 fournit sur ce point une base pour contrôler les actes des institutions et organes de l'UE lorsqu'ils

¹²¹¹ Néanmoins, leur juxtaposition peut traduire une parenté. Ceci est illustré par les conclusions de l'avocat général KOKOTT dans l'affaire Italie/Commission, où elle soutient que l'interdiction de la discrimination fondée sur la langue à l'article 21, paragraphe 1, est une expression de l'interdiction générale de la discrimination fondée sur la nationalité, v. KOKOTT J., conclusions présentées le 12 juin 2012, aff. C-566/10 P *République italienne c. Commission européenne*.

¹²¹² cf. race, sexe, orientation sexuelle, handicap, religion et convictions et âge. V. not. CONSEIL UE, Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine, JO L 180/22, 19.7.2000, p. 22-26 ; CONSEIL UE, Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO L 303/16, 2.12.2000, p. 16-22 ; CONSEIL UE, Directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès des biens et services et la fourniture de biens et services, JO L 373/37, 21.12.2004, p.37-43; PARLEMENT EUROPEEN ET CONSEIL UE, Directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), JO L204/23, 26.7.2006, p. 23-36; CONSEIL CE, Directive 79/7/CEE du 19 décembre 1978, relative à la mise en oeuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, JO L6/24, 10.1.1979, p. 24-25 ; PARLEMENT EUROPEEN ET CONSEIL UE, Directive 2010/41/UE du 7 juillet 2010 concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, JO L180/1, 15.7.2010, p. 1-6.

¹²¹³ Pour un autre type de source, v. ex. CONSEIL UE, Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, JO L328/55, 6.12.2008, p. 55-58.

¹²¹⁴ Pour donner deux exemples, les caractéristiques génétiques et l'appartenance à une minorité nationale.

exercent des pouvoirs conférés par les traités¹²¹⁵. En ce qui concerne l'action des États membres, il faut considérer que le critère pertinent est que l'État membre applique le droit communautaire, critère qui renvoie à un ensemble vaste de situations selon la jurisprudence de la Cour¹²¹⁶.

604. L'article 21, paragraphe 2, qui concerne la discrimination fondée sur la nationalité, limite expressément son champ d'application aux dispositions pertinentes des traités, en précisant en outre qu'il est « sans préjudice de leurs dispositions particulières ». Le renvoi à l'article 18, paragraphe 1 du TFUE est alors évident¹²¹⁷ dès lors que le libellé des deux dispositions est, à tous égards, identique¹²¹⁸. La relation entre un motif de discrimination fondé sur le statut et l'interdiction de la discrimination fondée sur la nationalité à l'article 21, paragraphe 2, renvoie aux efforts visant à maintenir la discrimination fondée sur la nationalité en tant que régime distinct et séparé dans le droit communautaire. Si la structure à deux branches de l'article 21 reflète cette position, elle la perturbe également par sa juxtaposition des deux branches¹²¹⁹. Ces doutes raisonnent alors avec les mêmes questionnements qui ont été mis en avant s'agissant de la pertinence de cette distinction dans la jurisprudence arbitrale, notamment dans le cadre de l'ALENA, et dans les accords de l'UE.

¹²¹⁵ V. TFPUE, 11 septembre 2008, *Bui Van c. Commission européenne*, aff. F-51/07, dans laquelle le Tribunal de la fonction publique a clairement indiqué que le statut des fonctionnaires de l'UE doit être lu à la lumière de la Charte ; pour les applications de l'article 21 Charte, v. TFPUE, 14 octobre 2010, *W c. Commission européenne*, aff. F-86/09 (orientation sexuelle) ; CJUE, 27 novembre 2012, *République italienne c. Commission européenne*, aff. C-566/10 P, dans laquelle la grande chambre a invoqué l'interdiction de la discrimination linguistique prévue à l'article 21 Charte pour annuler des concours portant sur trois langues officielles seulement.

¹²¹⁶ La Cour de justice a déclaré que lorsque le droit communautaire s'applique, la Charte s'applique également, refusant de faire la distinction entre une option plus étroite d'hypothèse de mise en œuvre du droit communautaire pour l'applicabilité de la Charte et une sphère plus large de situation entrant dans le champ d'application du droit communautaire, conformément à l'art. 51 de la Charte. Ainsi, le droit national qui n'est pas adopté pour transposer le droit communautaire, mais qui sert néanmoins à exécuter une obligation de droit communautaire, entre dans le champ d'application de la Charte. V. CJUE, 26 février 2013, *Aklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, pt 6, pts. 20-21. V. égal. CJCE, 22 novembre 2005, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, aff. C-144/04.

¹²¹⁷ Art. 18, 1) TFUE : « Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité. »

¹²¹⁸ Cette construction est toutefois silencieuse sur un très grand nombre de sources de discrimination sur la nationalité, celles qui concernent les ressortissants de pays tiers. La question se pose dès lors que cette problématique est abordée dans certains accords de l'UE et certaines directives sur les ressortissants de pays tiers. V. CONSEIL UE, Directive 2003/109/CE du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, JO L16/44, 23.1.2004, p. 44-53 ; CONSEIL UE, Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JO L251/12, 3.10.2003, p. 12-18.

¹²¹⁹ L'article 21, en particulier sa juxtaposition de la discrimination raciale et de la discrimination fondée sur la nationalité, pourrait ouvrir un nouvel espace textuel permettant de relier plus étroitement la discrimination fondée sur ces deux motifs. Un argument particulier pour le faire en ce qui concerne les ressortissants de pays tiers est qu'ils ne bénéficient pas, comme nous l'avons vu, jusqu'à présent de l'article 18 du TFUE. Dans l'affaire *Kamberaj*, la Cour a refusé d'aller au-delà des limites fixées par la directive sur l'égalité raciale pour examiner l'applicabilité de l'interdiction de la discrimination raciale aux ressortissants de pays tiers. Toutefois, démontrant une fois de plus les liens étroits entre la discrimination raciale et la discrimination fondée sur la nationalité, la Cour était prête à considérer qu'un refus d'employer des « immigrants » constituait une discrimination raciale directe en vertu de la directive sur l'égalité raciale. V. CJUE, 24 avril 2012, *Kamberaj*, aff. C-571/10.

Toutefois, elle met en exergue l'idée que la libéralisation de l'investissement, qui passe par une promotion spécifique de la non-discrimination, met en jeu des problématiques différentes de l'objectif de prohibition des traitements discriminatoires des investisseurs admis — prohibition qui s'inscrit davantage dans le standard général de traitement des étrangers du droit international.

605. La problématique de la non-discrimination dans le cadre de la Charte s'étend au-delà de l'article 21. En ce sens, on pense immédiatement à l'article 20, qui fournit une garantie générale d'égalité devant la loi. Dans certaines affaires la Cour de justice a fait appel à plusieurs dispositions de la Charte en même temps¹²²⁰. Pour ce qui est des opérateurs économiques l'article 15, paragraphe 3, de la Charte est pertinent dans la mesure où, sous la rubrique plus large de la protection de la liberté professionnelle et du droit de travailler, il fournit une forme de garantie d'égalité de traitement en termes de conditions de travail des investisseurs étrangers et du personnel clé¹²²¹.

2. La protection physique de l'investisseur et la prohibition des traitements arbitraires au-delà de la non-discrimination

606. La question de la protection physique de l'investisseur est en premier lieu couverte par l'article 6 de la Charte qui instaure un droit à la liberté et à la sûreté¹²²². En relation avec l'article 45 de la Charte, il s'agit de s'assurer que toute contrainte, détention ou sanction, prise en vertu de la loi, ne s'inscrit pas dans un comportement arbitraire portant atteinte à la substance même du droit en raison du caractère manifestement disproportionné de la sanction¹²²³. Ainsi, la référence à la

¹²²⁰ V. CJUE, arrêt (gde chambre), 1er mars 2011, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL et autres c. Conseil des ministres*, aff. C-236/09, Recueil 2011, p. I-773.

¹²²¹ Les ressortissants de pays tiers qui sont autorisés à travailler sur le territoire des États membres ont droit à des conditions de travail équivalentes à celles des citoyens de l'Union.

¹²²² Cette disposition peut être lue avec le droit des citoyens de l'UE de circuler et de séjourner librement dans l'Union en vertu des articles 20 et 21 du TFUE, qui implique nécessairement le respect du droit à la liberté et à la sûreté de la personne.

¹²²³ CJCE, 17 février 2005, *Oulane*, aff. C-215/03, pt. 40 : La Cour a estimé que, si les États membres pouvaient infliger une sanction pour défaut de détention d'un document d'identité, la rétention et l'expulsion fondées sur le seul défaut d'accomplissement par l'intéressé des formalités légales relatives au contrôle des étrangers portent atteinte à la substance même du droit de séjour conféré directement par le droit communautaire et sont manifestement disproportionnées par rapport à la gravité de l'infraction. Plus précisément, à l'époque des faits, il avait le droit de rester jusqu'à trois mois pour bénéficier des services prévus par l'article 56 du TFUE, en plus des droits découlant de la citoyenneté européenne. Les modalités d'exercice de ce droit, y compris le droit d'entrer sur la base de la présentation d'une carte d'identité ou d'un passeport, ont été définies dans la directive 73/148/CE relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des États membres en matière d'établissement et d'accueil. Elles relèvent désormais de la directive 2004/38/CE concernant le droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. V. égal. CJCE, 29 février 1996, *Skanavi et Chrysanthakopoulos*, aff. C-193/94.

« liberté » ne désigne pas un concept plus large de liberté, mais simplement le droit de ne pas être soumis à une contrainte corporelle arbitraire, ce qui *de facto* intègre le droit à la sécurité¹²²⁴. L'exigence la plus fondamentale est que la détention doit être conforme à une procédure légale, ce qui recouvre l'exigence d'impartialité et d'indépendance¹²²⁵.

607. Au-delà de ce cadre spécifique, la Charte a consacré le droit à l'intégrité de la personne, qui dans son article 3 vise tant l'intégrité physique que mentale sans circonscrire la notion d'intégrité dans des domaines particuliers. Le droit à l'intégrité imprègne donc tous les domaines du droit et de la politique de l'UE.¹²²⁶ L'intégrité physique concerne le droit d'être libre de toute atteinte, violation physique de sa personne. Cela inclut potentiellement toute une série de questions telles que la torture¹²²⁷ ou la prise forcée de substance¹²²⁸. L'intégrité mentale fait référence à l'absence de pression psychologique et de souffrance mentale¹²²⁹.

608. En tout état de cause, l'ensemble de ces principes par leur diversité et leur plasticité sont susceptibles de remplir les mêmes fonctions, si ce n'est davantage, que la clause de pleine et entière protection et sécurité du droit international. Au-delà de ces dispositions qui visent à prohiber les comportements arbitraires dirigés contre la personne de l'investisseur, d'autres principes ont pour vocation d'interdire toute forme d'arbitraire dans le traitement des affaires de l'investisseur.

B. L'application régulière de la loi et les garanties de traitement des intérêts de l'investissement

609. L'approfondissement du droit de l'UE s'est traduit par le développement d'un ensemble de principes qui ont pour objectifs d'asseoir le principe de la soumission de l'UE à l'Etat de droit, conformément aux exigences venues des Etats membres. Entre autres, il est impossible de ne pas

¹²²⁴ CEDH, arrêt, 18 décembre 1986, *Bozano c. France*, Req. n° 9990/82, pt. 297.

¹²²⁵ CEDH, arrêt, 16 juin 2005, *Storck c. Allemagne*, Req. n° 61603/00, pt. 96. Dans sa jurisprudence sur l'article 5, paragraphe 1 a de la CEDH, source de l'article 6 de la Charte, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que la question cruciale est que l'emprisonnement fasse suite à une condamnation par un tribunal indépendant, ayant le pouvoir, en vertu du droit national, d'ordonner la détention en question, qui est distincte à la fois du pouvoir exécutif et des parties. V. CEDH, arrêt, 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp (« Vagrancy ») c. Belgique*, Req. n° 2832/66, 2835/66 et 2899/66. Dans l'UE, v. ex. CJUE, arrêt, 6 décembre 2012, *Md Sagor*, aff. C-430/11.

¹²²⁶ CJCE, 9 octobre 2001, *Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil*, aff. C-377/98, Recueil 2001, p. I-7079, p. 70.

¹²²⁷ À cet égard, il y a en outre l'art. 4 CDFUE « Interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

¹²²⁸ CEDH, 10 juin 2010, *Témoins de Jéhovah de Moscou c. Russie*, Req. n° 302/02, pt. 135 ; v. égal. CEDH, arrêt, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, Req. n° 2346/02, pt. 63.

¹²²⁹ V. le sens exact : CEDH, 1^{er} juillet 2006, *Jalloh c. Allemagne*, Req. n° 54810/00, pt. 79.

faire mention du principe général de bonne administration¹²³⁰ qui peut être perçu comme un principe-cadre duquel dérive l'ensemble des principes confirmant la soumission de l'ordre juridique européen aux exigences de l'Etat de Droit. Ce principe est décliné à l'article 41 de la Charte qui vise dans son paragraphe 1 le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions, organes et organismes de l'Union. Le paragraphe 2 liste alors trois composantes essentielles qui toutefois n'épuisent pas le principe de la bonne administration¹²³¹. En tout état de cause les références à un impératif de bonne administration sont plus anciennes¹²³², de sorte que le principe doit être entendu comme standard minimum applicable au traitement des investissements étrangers en droit de l'UE susceptible d'aller au-delà de la lettre de l'article 41¹²³³.

610. Par conséquent, une interprétation extensive permet d'intégrer un bon nombre des questions telles que celles énumérées par le Médiateur européen dans le Code de bonne conduite administrative¹²³⁴ comme faisant partie du droit à une bonne administration. Relève notamment de ce principe-cadre le principe de non-discrimination, mais également la proportionnalité, l'objectivité, l'impartialité et l'indépendance, les attentes légitimes, le droit d'être entendu, la motivation et l'équité. En ce sens, il est indéniable que le corpus normatif européen interdit d'une part la question du déni de justice — élément central et incontournable de la clause de traitement juste et équitable — tout en allant au-delà afin d'appréhender un ensemble disparate de problématiques relatives à l'accès à la justice qui participent à une pleine effectivité du principe de bonne administration. Il est également indéniable que la plasticité du principe de bonne administration et la diversité des principes qui en découle impliquent en outre que des aspects plus controversés de la clause du traitement juste et équitable — à l'instar des attentes légitimes ou des clauses *umbrella* — peuvent être intégrés en tant qu'éléments d'une vision extensive du principe

¹²³⁰ V. CJCE, 31 mars 1992, *Burban*, aff. C-255/90 P, Rec. 1992, p. I-2253 ; TPICE, 18 septembre 1995, *Nölle c. Conseil et Commission*, aff. T-167/94, Rec. 1995, p. II-2589 ; TPICE, 9 juillet 1999, *New Europe Consulting et autres*, aff. T-231/97, Rec. 1999, p. II-2403.

¹²³¹ Cela ressort clairement du libellé qui précise que « ce droit comprend notamment » les points a) à c). V. égal. KANSKA K., "Towards Administrative Human Rights in the EU. Impact of the Charter of Fundamental Rights", *European Law Journal*, Vol. 10, n°3, 2010, pp. 296-326 ; WARD A., "Access to Justice", in PEERS S., WARD A. (dir.), *The EU Charter of Fundamental Rights, Politics, Law and Policy*, Oxford, Hart, 2004, pp. 123-140.

¹²³² 61-76, *Geist c. Commission* (1977) pt. 44 ; 270/82, *Estel c. Commission*, pt. 15.

¹²³³ CJCE, 18 mars 1997, *Guérin automobile*, aff. C-282/95 P, pt.37 ; TPICE, 9 juillet 1999, *New Europe Consulting et Michael P. Brown c. Commission*, aff. T-231/97, pts. 38 et s. ; TPICE, 3 avril 2003, *Royal Philips Electronics NV c. Commission*, aff. T-119/02..

¹²³⁴ MÉDIATEUR EUROPEEN, *Le Code européen de bonne conduite administrative*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2005, 19 p., disponible sur www.ombudsman.europa.eu/resources/code.faces,. V. égal. CEDEFOP, *Décision relative à la bonne conduite comportement administratif*, JO C285/3, 29.9.2011.

d'application régulière de la loi. L'accès à la justice (1) précédera ainsi celle de l'application régulière de la loi (2).

1. Le principe de bonne administration comme vecteur d'une protection protéiforme de l'interdiction du déni de justice

611. Dans le système normatif européen, le droit à la défense, le droit à un procès équitable et l'interdiction du déni de justice et plus généralement le droit d'être entendu sont des constructions prétoriennes. L'importance de ces garanties procédurales dans le droit de l'UE est telle que la jurisprudence proactive de la Cour de justice a abouti à isoler une multitude de sous-catégorie de normes visant à encadrer, de manière plus précise qu'en droit international, tous les aspects impliqués par le déni de justice et le droit à un procès équitable. Ces développements jurisprudentiels se sont pour la plupart développés sous les auspices du principe de bonne administration. En l'occurrence, la Charte des droits fondamentaux¹²³⁵ conçoit le droit d'être entendu, *lato sensu*, comme une partie intégrante de ce principe.

612. De cette approche, il est possible de distinguer entre le principe général du droit d'être entendu, notamment dans les procédures administratives (a) et le principe plus spécifique du droit à un recours effectif (b).

a. Le droit d'être entendu dans les procédures administratives

613. Élément symptomatique, les traités ne prévoient pas de droit général à un recours dans les procédures administratives¹²³⁶. L'enjeu était donc de combler un vide juridique insoutenable dans le projet intégratif européen. La reconnaissance d'un tel droit s'est alors faite à mesure que l'ordre juridique européen se complexifiait par une extension de son champ d'application. Désormais, la Charte des droits fondamentaux entend le droit à un recours comme partie intégrante du principe de bonne administration¹²³⁷. Cette affirmation précède l'action de la Cour qui avait promu les droits

¹²³⁵ Art. 41, CDFUE.

¹²³⁶ DUE O, « le respect des droits de la défense dans le droit administratif communautaire », *CDE*, 1987, p. 383 et s ; GOFFIN L., « La jurisprudence de la Cour de justice sur les droits de la défense », *CDE*, n° 16, 1980, p. 127 et s ; BRAUN A., « Les droits de la défense devant la Commission et la Cour de justice des Communautés européennes », *IRCL*, Vol.2, 1980, p. 141 et s.

¹²³⁷ L'art. 41, al. 2 CDFUE prévoit ainsi que le principe de bonne administration sous-entend entre autres :

« a) le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre; b) le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires ».

de la défense au rang de principe général du droit dans l'arrêt *Alvis c. Conseil*¹²³⁸. La formule employée à cette occasion a permis de dégager une conception générale du droit à un recours qui intègre nécessairement une vision duale. Selon la Cour, le droit d'être entendu participe d'une part à la qualité de la décision, aux fins d'une meilleure motivation. D'autre part, il s'agit également d'un critère formel de la justice inhérent à l'État de droit. Ce sont là les deux aspects qui sous-tendent les droits procéduraux en général¹²³⁹. Ces droits procéduraux ont par la suite principalement été élaborés sous le prisme du principe général d'équité et d'application régulière¹²⁴⁰ ou encore du concept des droits de la défense¹²⁴¹.

614. Le droit d'être entendu s'est d'abord affirmé dans le cadre des procédures disciplinaires, mais rapidement il s'est affirmé dans toutes les procédures administratives ayant pour objet de sanctionner les opérateurs économiques¹²⁴². Il est pleinement admis comme un principe fondamental qui s'applique dans toutes les procédures où une personne est susceptible de se voir infliger une sanction¹²⁴³ ou dans les procédures qui, sans être dirigées contre la personne, sont susceptibles d'affecter ses intérêts¹²⁴⁴. Autrement dit, lorsque les intérêts juridiques d'un investisseur sont susceptibles d'être remis en cause directement par une procédure ou un acte qui ne le

¹²³⁸ CJCE, arrêt, 4 juillet 1963, *M. Maurice Alvis c. Conseil de la Communauté économique européenne*, aff. 32-62, p.114 : « Attendu que, selon une règle généralement admise par le droit administratif en vigueur dans les États membres de la Communauté économique européenne, les administrations de ceux-ci doivent mettre leurs préposés en mesure de répondre aux faits incriminés, préalablement à toute décision disciplinaire prise à leur égard ;

Que cette règle, qui répond aux exigences d'une saine justice et d'une bonne administration, doit être suivie par les organismes communautaires. »

¹²³⁹ CRAIG P., *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 2003, pp. 408 et s.

¹²⁴⁰ V. CJCE, arrêt, 23 octobre 1974, *Transocean Marine Paint c. Commission*, aff. 17/74 ; CJCE, arrêt, 18 mai 1982, *AM & S c. Commission*, aff. 155/79.

¹²⁴¹ Qui intègre par exemple le droit d'être assisté d'un avocat : V. CJCE, arrêt, 17 décembre 1981, *Demont c. Commission*, aff. 115/80 ; CJCE, arrêt, 21 septembre 1989, *Hoescht c. Commission*, aff. jointes 46/87 et 227/88 ; CJCE, arrêt, 18 mai 1982, *AM & S c. Commission*, aff. 155/79.

¹²⁴² CJCE, arrêt, 13 juillet 1966, *Consten and Grundig c. Commission*, aff. jointes 56 et 58/64 ; CJCE, arrêt, 13 février 1979, *Hoffman-La Roche c. Commission*, aff. 85/76.

¹²⁴³ CJCE, arrêt, 29 juin 1994, *Fiskano c. Commission*, aff. C-135/92, pts. 39-41, 44.

¹²⁴⁴ CJCE, arrêt, 10 juillet 2001, *Ismeri Europa c. Cour des comptes*, aff. C-315/99 P.

concernent pas directement, le droit d'être entendu trouve à s'appliquer¹²⁴⁵, ce qui lui octroie une portée très large¹²⁴⁶.

615. Chose particulièrement intéressante, c'est que le droit d'être entendu peut également être invoqué par les États membres¹²⁴⁷, ce qui contraste avec l'asymétrie du traitement juste et équitable en droit international.

616. Dans son champ d'application matériel, le droit d'être entendu suppose la capacité pour l'investisseur d'être en mesure de pouvoir « effectivement »¹²⁴⁸ et « utilement »¹²⁴⁹ prendre position et faire connaître son point de vue sur la pertinence des faits ainsi que, le cas échéant, sur les documents retenus contre lui. Le contenu du droit est relativement flexible et dépend en l'occurrence du type de procédure et de circonstances d'espèces¹²⁵⁰.

617. Au regard de la jurisprudence, il ressort que le droit d'être entendu suppose que l'investisseur étranger concerné par une procédure ait été en mesure de faire valoir son point de vue sur la réalité et la pertinence des faits et charges retenues par l'autorité pertinente¹²⁵¹. Lorsque la Commission initie une procédure contre un investisseur étranger, par exemple en cas

¹²⁴⁵ Dans l'aff. *Air Inter SA V. Commission*, la Commission a adopté une décision, en application d'un règlement concernant l'accès des transporteurs communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires, par laquelle elle a interdit à la France de refuser aux transporteurs aériens communautaires des droits de trafic sur certaines liaisons aériennes internes. Cette décision a eu pour effet que la société Air Inter SA, à laquelle le gouvernement français avait accordé des droits exclusifs sur ces routes, ne pouvait plus bénéficier de cette exclusivité. Le TPI a estimé que, bien que le règlement ne prévoie pas la participation directe des transporteurs aériens à la procédure administrative, les droits de la défense de la personne concernée devaient être garantis. La société avait le droit d'être entendue, car elle était la bénéficiaire directe de la mesure étatique qui lui garantissait une position privilégiée. Elle était expressément désignée dans cette mesure et supporterait les conséquences économiques de la décision contestée. V. TPICE, 19 juin 1997, *Air Inter SA V. Commission*, aff. T-260/94.

¹²⁴⁶ Dans l'aff. *Technische Universität München*, aff. C-269/90, la Cour semble admettre que le droit s'applique même dans les procédures ne peuvent pas être définies comme dirigées contre une personne. Il peut même être invoqué à l'encontre des autorités publiques dans les hypothèses où leur action n'a pas des conséquences juridiques directes, mais atteint leur réputation ou occasionne d'autres conséquences indirectes. V. CJCE, arrêt, 21 novembre 1990, *Technische Universität München*, aff. C-269/90 ; V. égal. CJCE, arrêt, 10 juillet 2001, *Isméri Europa c. Cour des comptes*, aff. C-315/99 P.

¹²⁴⁷ CJCE, arrêt, 20 mars 2003, *Danemark c. Commission*, aff. C-3/00, pt 46 ; TPICE, 19 juin 1997, *Air Inter SA V. Commission*, aff. T-260/94, pt. 80 ;

¹²⁴⁸ CJCE, arrêt, 29 juin 1994, *Fiskano c. Commission*, aff. C-135/92, pt. 40.

¹²⁴⁹ CJCE, arrêt, 21 novembre 1990, *Technische Universität München*, aff. C-269/90, pt. 67.

¹²⁵⁰ Mais, dans l'absolu, on retrouve : l'obligation de recevoir un état complet et exact des objections émises à son encontre ; le droit de pouvoir faire valoir son point de vue sur les éléments pris en compte par les autorités pour édicter leur décision, en ce compris les observations émises par des tiers ; le fait que l'autorité administrative ne puisse prendre en considération des éléments ou documents non communiqués, car couverte par le secret professionnel. Étant attendu que le secret des affaires est protégé dans le cadre de plusieurs instruments dérivés du droit de l'Union au-delà de l'article 339 TFUE. Il existe à cet égard une jurisprudence fournie qui donne à voir un encadrement strict du principe. V. CJUE, arrêt, Gde. Ch., 14 septembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals Ltd contre Commission européenne*, aff. C-550/07 P.

¹²⁵¹ CJCE, arrêt, 13 février 1979, *Hoffman-La Roche c. Commission*, aff. 85/76, pts. 9 et 11.

d'éventuelles infractions au droit de la concurrence, elle doit communiquer des informations précises et complètes sur les raisons de la procédure¹²⁵². Il en est de même lorsque la procédure est initiée par la plainte d'un tiers¹²⁵³. L'autorité doit être en mesure de prouver que les informations ont été effectivement communiquées et à temps¹²⁵⁴.

618. Dans l'affaire *Technische Universität München*, la Cour a reconnu le droit entendu comme un élément d'un ensemble vaste de droits procéduraux liés, qui sont garantis au travers du principe de bonne administration. Ces droits procéduraux comprennent l'obligation pour les institutions compétentes d'examiner attentivement et impartialement tous les aspects de chaque affaire en particulier, le droit de la personne concernée de faire savoir sa position, et le droit à une décision motivée¹²⁵⁵. Cette conception vaste est une réponse aux attentes de la Cour constitutionnelle fédérale allemande qui sollicitait l'existence d'un droit au recours substantiel.

619. Au demeurant, il ressort de cela que le champ d'application du droit d'être entendu en droit de l'UE est plus vaste et plus précis que sa conception dans le contentieux des investissements, notamment dans sa version restrictive d'inspiration nord-américaine. Par exemple il intègre le droit de ne pas s'auto-incriminer¹²⁵⁶.

b. Le droit à un recours juridictionnel effectif

620. Afin d'assurer l'efficacité des garanties substantielles telles qu'issues des libertés fondamentales, le corpus normatif européen intègre un ensemble de principes de garanties de traitement procédural allant au-delà des procédures administratives. Ces garanties s'analysent comme des droits subjectifs des investisseurs, personne physique ou morale, afin de sanctionner la

¹²⁵² TPICE, 19 juin 1997, *Air Inter SA V. Commission*, aff. T-260/94, pt. 83.

¹²⁵³ TPICE, 19 juin 1997, *Air Inter SA V. Commission*, aff. T-260/94, pt. 83

¹²⁵⁴ CJCE, arrêt, 5 juin 1980, *Belfiore c. Commission*, aff. C-108/79, pt. 7 ; CJCE, arrêt, 26 novembre 1981, *Michel c. Parlement européen*, aff. 195 /80.

¹²⁵⁵ CJCE, arrêt, 21 novembre 1990, *Technische Universität München*, aff. C-269/90 pt. 14 : La Cour a notamment reconnu davantage de droits procéduraux que dans les arrêts précédents et notamment l'arrêt sur les taxes à l'importation des appareils scientifiques.

¹²⁵⁶ CJCE, arrêt, 18 octobre 1989, *Orkem c. Commission*, aff. 374/87 ; V. égal. la même année, CJCE, arrêt, 18 octobre 1989, *Solvay c. Commission*, aff. 27/88. Il s'agissait d'une demande d'information effectuée par la Commission en vertu d'un règlement lui permettant demandée des renseignements à des entreprises dans le cadre d'une enquête en droit de la concurrence. La Cour a ainsi érigé un véritable droit au silence qui permet à tout opérateur de ne pas transmettre aux autorités administratives des informations susceptibles de confirmer l'existence d'une infraction. La charge d'une telle preuve appartient à l'administration. La Cour précise que la Commission pouvait seulement solliciter des informations factuelles et non des informations sur les objectifs de ses actes. V. égal. pour une analyse de la différence avec le principe tel qu'interprété par la CEDH : TRIDIMAS T., « The general principles of EU law », *OUP*, 2^d ed. , 2005, pp. 375-376 ; CJCE, arrêt, *Limburgse P., Vinyl Maatschappij, NV ea c. Commission*, aff. jointes C-238, 244, 245, 247, 250-252 et 254/99, paras 270 et s.

régularité et l'effectivité des recours juridiques disponibles, conformément aux traditions constitutionnelles des Etats¹²⁵⁷. Les articles 19 TUE et 47 de la Charte des droits fondamentaux recoupent l'ensemble de ces garanties de traitement. La nécessité d'un contrôle juridictionnel effectif devant le juge communautaire a été soulignée dans l'affaire *Les Verts*¹²⁵⁸. Il convient toutefois de noter que l'accès des particuliers au TPI pour annuler des mesures communautaires reste sévèrement limité. La CJCE a suivi une interprétation stricte de l'article 263, alinéa 4, et a repoussé les demandes de l'avocat général Jacobs et du TPI visant à libéraliser le *locus standi*¹²⁵⁹. Les tribunaux nationaux sont également tenus d'assurer un contrôle juridictionnel effectif pour la protection des droits communautaire¹²⁶⁰.

621. Conformément à l'article 19 du TUE¹²⁶¹ et à l'article 47 de la Charte,¹²⁶² les États membres de l'UE sont tenus d'établir des voies de recours suffisantes pour assurer une application correcte du droit communautaire dans tous les États et pour garantir que l'individu puisse contester tout acte potentiellement préjudiciable aux droits individuels qui lui sont conférés. L'article 47 de la Charte accorde un droit subjectif et invocable à tout investisseur en cas de non-respect de l'obligation de l'article 19 du TUE. Le droit à un contrôle juridictionnel effectif est notamment dépendant de l'exigence de motivation, elle-même reconnue comme un principe général¹²⁶³.

¹²⁵⁷ V. par ex. CJCE, arrêt, 15 mai 1986, *Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84 pt 18 ; CJCE, arrêt, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-50/00 P, pt. 39 ; CJCE, arrêt ; 1^{er} avril 2004, *Commission c. Jégo-Quéré*, aff. C-263/02 P, pt. 29.

¹²⁵⁸ CJCE, arrêt, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c. Parlement européen*, aff. 294/83, pt. 23.

¹²⁵⁹ V. CJCE, arrêt ; 1^{er} avril 2004, *Commission c. Jégo-Quéré*, aff. C-263/02 P ; CJCE, arrêt, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-50/00 P ; A.G. JACOBS, conclusions présentées le 21 mars 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-50/00 P.

¹²⁶⁰ L'affaire la plus emblématique est *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, v. CJCE, arrêt, 15 mai 1986, *Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84, pts. 18-20.

¹²⁶¹ Art. 19, 1), al. 2 TUE : « Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union. »

¹²⁶² Art. 47 CDFUE (*Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial*) : « Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. »

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.

Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice. »

¹²⁶³ CJCE, arrêt, 15 octobre 1987, *UNECTEF c. Heylens*, aff. C-222/86, pt. 15 ; CJCE, arrêt, 7 mai 1991, *Vlassopoulou c. Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, aff. C-340/89, pt. 22 ; CJCE, 31 mars 1993, *Kraus*, aff. C-19/92, pt. 40. Ce principe s'applique à toute autorité. V. UK COURT OF APPEAL, arrêt, 8 mai 1998, *R c. Secretary of State for the Environment, Transport and Regions, and Parçeforoe, exp Marson* : Dans cette affaire, une Cour d'appel a jugé que le Secrétaire d'État n'était pas tenu de motiver son refus de procéder à une évaluation des incidences sur l'environnement en vertu d'un acte nationale mettant en une directive. V. égal. A.G. FENELLY, conclusions présentées le 6 février 1997, *Sodemare SA c. Regione Lombardia*, aff. C—70/95.

622. Considérant que l'exigence d'effectivité du recours inclut l'accès à la justice et le procès équitable, la Cour a développé — sur le fondement des principes de primauté et de coopération loyale — deux principes, désormais contenus dans l'article 47 de la Charte : le principe d'effectivité et le principe d'équivalence. Le principe d'effectivité implique qu'aucune « disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire » ne puisse, ne serait-ce que temporairement, faire obstacle à la pleine efficacité du droit communautaire¹²⁶⁴. Le principe d'équivalence a pour objet de s'assurer que les procédures administratives et les recours judiciaires offerts pour l'application des normes européennes ne soient pas moins favorables que celles qui existent pour le droit national¹²⁶⁵. Ce qui est en jeu, c'est l'unité du droit de l'Union, ce qui explique la portée de ces principes.

623. Le principe d'effectivité, reconnu en tant que principe général du droit¹²⁶⁶, est à la base d'un certain nombre de développements en matière de protection judiciaire¹²⁶⁷. Dans la perspective du caractère décentralisé du système juridictionnel européen, ce principe est alors un palliatif à l'intérêt à agir restrictif des investisseurs, personnes physiques ou morales, conformément à l'article 263, paragraphe 4, du TFUE qui implique, de manière indirecte, que les juridictions nationales sont souvent les seules options viables¹²⁶⁸. Dans ce cadre processuel, ce principe est l'assurance d'un droit à un recours effectif opposable à toute juridiction.

¹²⁶⁴ CJCE, arrêt, 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e.a.* (Factortame), aff. C-213/89, pts. 20-22 ; CJCE, arrêt, 4 juillet 1991, *Association de soutien aux travailleurs immigrés (ASTI) c. Chambre des employés privés*, aff. C-213/90 pts. 18-21 ; CJUE, arrêt, Gde ch., 13 mars 2007, *Unibet (London) Ltd et Unibet (International) Ltd contre Justitiekanslern*, aff. C-6432/05, pt. 43 ; CJUE, 19 septembre 2006, *i24 Germany e.a.*, aff. jointes C-392/04 et C-422/04, pt. 57.

¹²⁶⁵ CJUE, arrêt, Gde ch., 13 mars 2007, *Unibet (London) Ltd et Unibet (International) Ltd contre Justitiekanslern*, aff. C-6432/05, pt. 43 ; CJUE, 19 septembre 2006, *i24 Germany e.a.*, aff. jointes C-392/04 et C-422/04, pt. 57.

¹²⁶⁶ CJCE, arrêt, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur (Ex. Factortame Ltd)*, aff. jointes C-46 et C-48/93, pt. 95. A.G. LEGER, conclusions présentées le 20 juin 1995, aff. C-5/94, *The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex p Hedley Lomas (Ireland) Ltd*, pts 174-176. Dans d'autres affaires, la Cour a fait mention de l'effectivité du droit de l'Union plutôt qu'au principe d'effectivité : v. CJCE, arrêt, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal*, aff. 106/77, pts. 18, 20, 22-23 ; CJCE, arrêt, 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e.a. (Factortame)*, aff. C-213/89, pt. 21 ; CJCE, arrêt, 30 septembre 2003, *Köbler c. Republik Österreich*, aff. C-224/01, pt. 33.

¹²⁶⁷ Pour un aperçu des nombreux écrits sur ce point v. TRIDIMAS T., « judicial review and the community judicature : Towards a new European constitutionalism ? », *Turku Law Journal*, 3, 2001, pp. 119-129 ; VAN GERVEN W., « Of rights, Remedies, and Procedures », *CML Rev.*, 37, 2000, pp. 501 et s.

¹²⁶⁸ Ainsi, l'interprétation stricte de la Cour de justice dans l'affaire Jégo-Quéré ne peut avoir eu comme effet que de renforcer les autres options pour les individus. V. CJCE, arrêt ; 1^{er} avril 2004, *Commission c. Jégo-Quéré*, aff. C-263/02 P : où la Cour a censuré l'arrêt du Tribunal proposant de libéraliser l'accès à la justice des individus. V. TPICE, arrêt, 3 mai 2002, *Jégo-Quéré & Cie SA contre Commission*, aff. T-177/01. V. égal. A.G. JACOBS, conclusions présentées le 21 mars 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-50/00 P.

624. En considération des affaires *Rene* et *Comet*¹²⁶⁹, en l'absence de règles communautaires, c'est à l'ordre juridiction de chaque Etat de déterminer la juridiction compétente et les règles de procédures applicables dans les litiges relatifs au droit de l'Union. Partant du principe d'équivalence, les règles en cause ne doivent pas être moins favorables que celles applicables dans le cadre des litiges internes. En outre, elles ne doivent pas rendre l'application du droit communautaire virtuellement impossible ou excessivement difficile, et ce conformément au principe d'effectivité (ou de traitement minimum). Une troisième condition semble émerger et tend à imposer que les règles nationales de compétence et de procédure soient conformes aux droits fondamentaux tels que notamment garantis par la CESDH¹²⁷⁰.

625. Les principes d'équivalence et d'effectivité sont complémentaires. Le principe d'équivalence, qui assure une égalité procédurale dans la mise en œuvre des droits, permet de légitimer des incursions dans le domaine de la procédure et des recours nationaux. Il impose de ce fait une prise en considération du droit de l'Union dans les règles de procédures internes. Le principe d'effectivité va au-delà des standards nationaux et confère au droit communautaire un visage quasi constitutionnel. La portée de la combinaison des deux principes est importante. Il oblige les juridictions nationales à considérer les règles de procédures nationales et les recours différemment afin d'en exposer leurs objectifs, limites et atouts. Une règle de preuve¹²⁷¹ ou de délai¹²⁷² qui rend la protection du droit communautaire ineffective doit être mise de côté même si elle s'applique également à des recours similaires fondés sur le droit national. Dans l'affaire *Peterbroeck*, la Cour a expliqué que pour déterminer dans quelle mesure une règle rend l'application du droit communautaire ineffective, il faut la considérer dans son système nationale¹²⁷³.

626. Cette nécessité de prise en considération du système juridictionnel dans son ensemble est révélatrice de la démarche pragmatique de l'UE dans l'encadrement du principe, et ce notamment au regard de la préservation des intérêts étatiques.

¹²⁶⁹ CJCE, 20 février 1979. - *Rene-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, aff. 120/78, pt. 5 ; CJCE, arrêt, 16 décembre 1976, *Comet BV c. Produktschap voor Siergewassen*, aff. 45-76, pt. 12-16 et par la suite, v. par ex. CJCE, arrêt, 5 novembre 1995, *Franovich c. République italienne*, aff. C-479/93, pt. 43 ; CJCE, arrêt, 2 octobre 2003, *Weber's Wine World Handels-GmbH et autres c. Abgabenberufungskommission Wien*, aff. C-147/01, pt. 103.

¹²⁷⁰ CJCE, arrêt, 10 avril 2003, *Steffensen*, aff. C6276/01.

¹²⁷¹ CJCE, arrêt, 9 novembre 1983, *Administration des finances de l'État italien c. SpA San Giorgio*, aff. 199/82,

¹²⁷² CJCE, arrêt, 14 décembre 1985, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS c. Etat belge*, aff. C-312/93.

¹²⁷³ CJCE, arrêt, 14 décembre 1985, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS c. Etat belge*, aff. C-312/93, pt. 14 : « la question de savoir si une disposition procédurale nationale rend impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire doit être analysée en tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités, devant les diverses instances nationales. Dans cette perspective, il y a lieu de prendre en considération, s'il échet, les principes qui sont à la base du système juridictionnel national, tels que la protection des droits de la défense, le principe de la sécurité juridique et le bon déroulement de la procédure ».

2. Le principe de bonne administration comme vecteur d'une conception extensive de l'obligation d'application régulière de la loi

627. L'élévation du principe en tant que principe général du droit de l'UE s'est faite concomitamment au développement des capacités d'action administratives des institutions européennes qui ont contraint la Cour à élaborer des mécanismes de contrôle et d'engagement de la responsabilité et ce au travers des concepts de bonne gouvernance ou d'*accountability* qui renvoient à des aspects disparates. Toutefois, son régime en tant que PGD, n'est pas clairement défini. Il transcende les matières, mais il semble qu'il soit uniquement cantonné à l'exécutif et ne puisse s'appliquer au législateur¹²⁷⁴. Nonobstant, son inclusion dans la Charte est une réponse aux exigences modernes et légitimes de transparence et d'impartialité de l'administration communautaire¹²⁷⁵ de sorte qu'il a été modelé pour intégrer d'autres droits préexistants, mais qui n'étaient pas explicitement protégés¹²⁷⁶. Ce contexte d'élaboration et l'objet du principe de bonne administration lui donnent une certaine plasticité lui permettant de sanctionner un certain nombre d'aspects disparate allant du principe de célérité aux exigences de transparence. C'est cette même plasticité et son rapport étroit au concept d'*accountability* qui ont permis d'en extraire des principes susceptibles de donner la possibilité aux investisseurs de contester l'atteinte à tout type d'engagements tels que les attentes légitimes.

628. Il importe ainsi de mettre sommairement en évidence la plasticité du principe (a) qui lui permet d'appréhender des éléments controversés en droit international tels que les attentes légitimes (b).

a. La plasticité du principe de bonne administration

629. Après une définition générale de la bonne administration qui suppose un traitement impartial, équitable et dans un délai raisonnable, l'article 41 détaille dans son paragraphe 2 le contenu, non exhaustif, du principe. Le paragraphe 3 rappelle que ce principe implique un droit à réparation en cas de dommages tandis que le 4^e paragraphe rappelle le droit des citoyens de l'UE de communiquer dans la langue communautaire de leur choix. Au demeurant, la lecture de l'article 41 met en évidence que le principe comprend des droits autonomes, tels que le droit d'être

¹²⁷⁴ C'est ce qui relativise sa portée en tant que principe fondamental à valeur « constitutionnel » et ce d'autant qu'il semble être exclusivement mis en œuvre de manière subsidiaire.

¹²⁷⁵ V. sur la nature juridique de la Charte : COM(2000) 644, Bruxelles, 11 octobre 2000, pt. 2.

¹²⁷⁶ V. COM (2000) 559, Bruxelles, 13 septembre 2000, pt. 9 et CONV 828/1/03, Bruxelles, 18 juillet 2003. cf. rédaction de l'article.

entendu ou l'obligation de motivation, et un ensemble d'exigences connexes, principalement procédurales, établies par la jurisprudence. Mais son contenu va au-delà des garanties procédurales, exemple en est de la référence au droit d'accès de toute personne à son dossier. Cette référence se comprend alors comme une protection du droit à l'information et d'accès au document qui dépasse l'hypothèse où cette exigence découle du droit d'être entendu ou de l'obligation de motivation. C'est par conséquent une protection large du droit à l'information qui innervé d'autres garanties spécifiques¹²⁷⁷.

630. Le droit de voir son affaire traitée impartialement et équitablement, qui suppose un traitement dénué de tout conflit d'intérêts, implique également que l'administration fasse preuve de diligence raisonnable¹²⁷⁸, ce qui comprend nécessairement le délai raisonnable. Ce dernier point est une exigence découlant de l'impératif de sécurité juridique¹²⁷⁹ qui s'applique dans toute procédure susceptible d'affecter les intérêts des individus¹²⁸⁰. Sur ce point, le délai raisonnable est apprécié au cas par cas en considération des circonstances particulières de chaque affaire¹²⁸¹. Le principe de bonne administration est principalement utilisé par le juge dans une perspective subsidiaire ou supplétive¹²⁸².

631. On le voit, par sa plasticité, le principe de bonne administration contient un ensemble de sous-garantie qui recoupent celle du traitement juste et équitable — ainsi en est-il du déni de justice ou de l'obligation de transparence — tout en étant plus précis. À certains égards, cette plasticité permet d'englober des éléments méconnus du traitement juste et équitable — ainsi de l'obligation

¹²⁷⁷ Au-delà de la transparence, on peut penser au droit à la protection des données à caractère personnelles et d'accès à ces données garantie par l'article 8 de la Charte.

¹²⁷⁸ CJCE, arrêt, 7 mai 1991, *Estabelecimentos Isodoro M. Oliveira SA c. Commission*, Aff. C-304/89, pt. 32 ; TPICE, 3 février 2005, *Comafrika SpA et Dole Fresh Fruit Europe Ltd & Co. c. Commission*, aff. T-139/01 (l'obligation de prendre une décision reposant sur des données suffisantes et au travers d'investigations approfondies) ; TPICE, 15 mars 1995, *Cobrecapex c. Commission*, aff. T-514/93, pt. 70 (le droit de voir une erreur rectifiée dans un délai raisonnable) ; TPICE, 4 octobre 2006, *Tillack c. Commission*, aff. T-194/04 (le droit de ne pas être indu en erreur).

¹²⁷⁹ TPICE, 12 juillet 2007, *Eagle et al. c. Commission*, aff. T-144/02 ; CJCE, arrêt, 14 juillet 1972, *J.R. Geigy AG c. Commission*, aff. 52/69, pt 20-21.

¹²⁸⁰ CJCE, arrêt, 11 décembre 1973, *Gebrüder Lorenz GmbH contre République fédérale d'Allemagne et Land de Rhénanie-Palatinat*, aff. 120/73, pt. 4 ; 223/85 ; CJCE, arrêt, 24 novembre 1987, *RSV c. Commission*, aff. C-223/85, pts. 12-17 ; CJCE, 18 mars 1997, *Guérin automobile*, aff. C-282/95 P, pts. 37-38.

¹²⁸¹ TPICE, 27 novembre 2003, *Regione Siciliana*, aff. T-190/00.

¹²⁸² Il faut préciser sur ce point que le respect du principe de bonne administration constitue un des objectifs du médiateur de l'Union (Ombudsman), sorte de défenseur des droits. V. Art. 43 CDFUE, Art. 228 TFUE. Sur les rapports entre le Médiateur et les recours juridiques, v. CJCE, arrêt, 23 mars 2004, *Médiateur européen c. Franck Lamberts*, aff. C-234/02 P. Dans l'affaire *Tillack* (pt. 60) il est précisé que le constat par le Médiateur d'une mauvaise administration n'implique pas nécessairement que le principe de bonne administration tel qu'entendu par le juge européen est été enfreint. V. TPICE, 4 octobre 2006, *Tillack c. Commission*, aff. T-194/04, pt. 60.

de ne pas s'auto-incriminer — ou contester — ainsi de la protection des attentes légitimes et des engagements contractuels.

b. La protection des attentes légitimes et de tout autre engagement

632. Bien que mentionnées ensemble en substance, la sécurité juridique et l'attente légitime sont deux principes distincts. Alors que la sécurité juridique exige que les individus soient en mesure de déterminer quels sont leurs droits et leurs obligations, et qu'elle repose fortement sur des principes tels que l'égalité des chances, la rétroactivité, la confiance légitime est ancrée dans le concept de la bonne foi, et suppose de protéger les pertes subies du fait du désengagement de l'administration qui a incité son comportement. Éléments du principe de bonne administration, ils permettent d'offrir une protection conventionnelle aux attentes légitimes et aux engagements contractuels de l'investisseur.

633. Le principe de sécurité juridique suppose une parfaite visibilité sur l'ensemble des normes applicables tout en offrant aux individus la capacité de réglementer leur conduite afin de se protéger. En ce sens, il s'insère comme un outil de lutte contre l'arbitraire en ce qu'il suppose une prévisibilité maximale du comportement de l'administration. La sécurité juridique exige qu'il n'existe aucun doute sur le droit applicable et donc sur le caractère licite de certains actes ou comportement¹²⁸³. La sécurité juridique, en tant qu'exigence centrale de l'État de droit, est protégée depuis le tout début du processus d'intégration de l'Europe¹²⁸⁴.

634. La dimension temporelle, qui implique l'interdiction de la rétroactivité, conduit à offrir aux investisseurs étrangers une protection contre les changements arbitraires du cadre normatif sans pour autant offrir une clause de gel du droit applicable¹²⁸⁵. En droit de l'UE, il signifie que les effets produits avant la publication de l'acte ne doivent pas être réglementés par les actes juridiques ultérieurs. Toutefois, il n'est pas considéré comme rétroactif si l'acte réglemente rétroactivement les effets futurs des situations existant avant la publication de l'acte en question¹²⁸⁶. La deuxième dimension du principe de la sécurité juridique est la clarté, elle suppose que les mesures se doivent d'être claires et prévisibles¹²⁸⁷.

¹²⁸³ V. CJCE, 13 novembre 1990, *The Queen contre Minister of Agriculture, Fisheries and Food et Secretary of State for Health*, ex parte: *Fedesa e.a.*, Aff. C-331/88.

¹²⁸⁴ CJUE, arrêt, 10 mars 2009, *Heinrich*, aff. C -345/06, para. 44.

¹²⁸⁵ CJCE, 16 mai 1979, *Tomadini c. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, Aff. 84/78.

¹²⁸⁶ CJCE, Arrêt, 10 juillet 1984, *R. c. Kent Kirk*, Aff. 63/83, not. pt. 21 et s.

¹²⁸⁷ CJCE, arrêt, 15 décembre 1987, *Irlande c. Commission*, Aff. 325/85 ; CJCE, arrêt, 22 novembre 2001, *Pays-Bas c. Conseil*, Aff. C-301/97. En outre, la publication des mesures est une condition *sine qua non* du respect du principe. V. CJUE, arrêt, 10 mars 2009, *Heinrich*, aff. C -345/06.

635. Le principe du respect des attentes légitimes, s'il est complémentaire au premier¹²⁸⁸, est toutefois plus délicat à délimiter. Ce qui est certain, c'est que le principe de la protection de la confiance légitime est une expression sous forme de droit subjectif du principe de sécurité juridique¹²⁸⁹. Deux éléments sont essentiels dans la caractérisation de la confiance légitime en droit de l'UE : les pertes subies par l'individu et la bonne foi dans les relations avec l'administration. L'administration, une fois qu'elle a incité des individus à entreprendre une action, ne doit pas revenir sur sa décision, dans la mesure où l'individu incité a subi des pertes.

636. La définition la plus complète de la confiance légitime en droit européen a été donnée par la Cour de justice dans l'affaire Branco¹²⁹⁰. La Cour de justice a dégagé à cette occasion trois conditions pour sanctionner une atteinte à la confiance légitime. Premièrement, des engagements précis, inconditionnels et cohérents provenant de sources autorisées et fiables doivent avoir été donnés à l'individu par les autorités communautaires. Deuxièmement, ces engagements doivent être de nature à faire naître une confiance légitime dans le chef de l'individu concerné. Enfin, les engagements donnés doivent être conformes aux règles applicables¹²⁹¹.

637. En outre, même en cas d'engagement, ils ne devraient créer des attentes légitimes que s'ils remplissent les conditions subjectives précitées, mais également d'un critère objectif. Le critère objectif est satisfait si un opérateur prudent s'y fie sur la base de la représentation légitime des autorités, ce qui invite à considérer le concept d'investisseuse raisonnable.

638. Les engagements peuvent être de nature générale ou spécifique. En tout état de cause, il n'est pas nécessaire qu'elles désignent individuellement l'investisseuse. C'est ainsi que la Cour a examiné la confiance légitime dans des hypothèses où l'individu a bénéficié d'un régime ou d'un engagement élaboré et mise en œuvre précédemment pour d'autres individus ou groupes d'individus¹²⁹². Au demeurant, la confiance légitime au sens européen donne une effectivité au concept de droits acquis tels qu'ils résulteraient d'actes étatiques ou européens.

639. Dans l'affaire *Mudler*, la Cour a également observé que le simple fait de modifier le cadre politique ne va pas à l'encontre de l'attente légitime. C'est en ce sens qu'un investisseur raisonnable doit être en mesure de prendre en compte les éventuels changements législatifs inhérents à la liberté

¹²⁸⁸ SCHONBERG S., *Legitimate Expectation in Administrative Law*, OUP, 2000, 338 pp.

¹²⁸⁹ CJCE, arrêt, 19 septembre 2000, *Ampafrance et Sanofi*, aff. C-177/99, pt. 67.

¹²⁹⁰ TPICE, 30 juin 2005, *Branco c Commission*, aff. T-347/03.

¹²⁹¹ TPICE, 30 juin 2005, *Branco c Commission*, aff. T-347/03, Pt. 102.

¹²⁹² CJCE, arrêt, 28 avril 1988, *Mudler c. Minister von Landbow en Visserij*, aff. 120/86.

de légiférer de l'Etat qui ne peut être limité. Seul un changement soudain de la politique, ayant des effets financiers inattendus, qui ne pouvaient être raisonnablement prévus, peut être censuré¹²⁹³.

640. S'agissant des droits acquis, ces derniers soulèvent deux difficultés en rapport avec la capacité de réglementer des Etats : la question de la légitimité des actes administratifs et la révocation des actes illégaux. Dans le cas d'un acte juridique créant des droits expressément pour les individus, sa révocation est interdite sans enfreindre la confiance légitime. Dans ce cadre, l'intérêt public est garanti par le fait que les actes sont légaux et s'inscrivent dans une hiérarchie normative. Dérive alors un droit à la continuité de ces actes qui ne peut toutefois pas aller à l'encontre du pouvoir discrétionnaire dont dispose toute autorité pour choisir les moyens de mettre en œuvre sa politique¹²⁹⁴. Il faut alors considérer que la confiance légitime naît uniquement lorsque les individus ont été soumis à certaines obligations vis-à-vis des autorités¹²⁹⁵. En tout état de cause, les changements dans la politique publique doivent mettre en balance l'intérêt public et les attentes protégées. Ces changements doivent être prévisibles afin de protéger les attentes nées d'engagements précis.

641. Pour ce qui est des actes illégaux, une résolution est possible si elle s'opère dans un délai raisonnable afin que les opérateurs puissent prévoir et adapter leur conduite, et que les institutions qui révoquent rétroactivement l'acte aient pris en considération si les destinataires de la mesure illégale s'étaient appuyés sur celle-ci, et, si oui, dans quelle mesure ils l'ont fait.

§2. La préservation des intérêts étatiques dans une conception équilibrée des garanties de traitement

642. Mise en cause par les cours constitutionnelles nationales en raison du déficit de normes minimales de protections des droits et libertés fondamentaux ainsi que garantis procéduraux, la réponse de la Cour de justice fut d'élargir le contenu des droits et libertés, en étant plus exigeante sur le plan substantiel, tout en préservant une certaine marge de manœuvre étatique. La préservation de cette marge de manœuvre reposait sur deux postulats. D'une part, ces droits et libertés fondamentaux impliquaient nécessairement des empiètements sur des domaines de compétences des Etats d'autre part, ces droits et libertés devaient s'accorder dans l'ensemble du système politique et normatif de l'UE où existent un certain nombre de normes et de principes poursuivant des objectifs et des intérêts susceptibles de rentrer en contradiction avec les droits et

¹²⁹³ CJCE, arrêt, 14 mai 1975, *CNTA c. Commission*, aff. 74/74.

¹²⁹⁴ CRAIG P, *EU Administrative Law*, OUP, 1e. éd., 2006, 888 pp.

¹²⁹⁵ TURK A.H., *Judicial Review in the EU Law*, Elgar European Law, 2009, 416pp., p.131.

libertés fondamentales des investisseurs. Cette démarche est parfaitement perceptible dans le cadre du principe de non-discrimination où, en dépit de son importance, l'analyse démontre que la prise en considération du principe est relative. Premièrement, l'application du principe dépendra du domaine du droit dans le contexte duquel le principe de non-discrimination est invoqué. Deuxièmement, certaines caractéristiques sur la base desquelles se produit une discrimination reçoivent une prise en considération plus stricte que d'autres¹²⁹⁶. La Cour dans l'élaboration de ces principes a ainsi mis en avant une démarche pragmatique, propre à chaque principe, visant à considérer les différents enjeux en cause et le niveau du contrôle conséquent. Ainsi, la préservation de la marge de manœuvre étatique s'insère au demeurant dans une approche casuistique où l'enjeu est de considérer, en pratique, l'ensemble des intérêts en jeu. Cette approche casuistique de mise en balance a permis d'élaborer des mécanismes correcteurs et des principes qui désormais s'imposent dans la mise œuvre de l'ensemble des normes traitements au même titre que les clauses d'exemption formulées dans les AII de l'UE. Parmi ces outils, plus élaborés qu'en droit international, on retrouve le concept d'abus de droit, qui soutient l'idée d'une possibilité de sanction du comportement de l'investisseur, ainsi que le principe de proportionnalité, principe-cadre du droit de l'UE qui suppose une permanence de la capacité réglementaire et des intérêts de l'Etat face aux intérêts de l'investisseur.

643. C'est en cela qu'il est possible de distinguer d'une part la promotion d'un équilibre des intérêts dans la formulation de chaque principe de traitement (A) au-delà des mécanismes extrinsèques de mise en balance des intérêts (B).

A. Un équilibre intrinsèque aux normes de traitement

644. Contrainte par un contexte normatif plus vaste où opèrent un nombre éparé d'objectifs et d'intérêts, la Cour de justice dans l'élaboration des principes gouvernant le traitement a nécessairement dû intégrer ces contraintes. C'est ce qui explique que leur formulation n'est jamais absolue et intègre constamment l'idée d'une possibilité de limitation ou de dérogation dans la préservation d'autres intérêts. C'est ainsi que, s'agissant du droit d'être entendu dans le cadre des

¹²⁹⁶ La discrimination a une grammaire bien établie, bien qu'évolutive, en droit communautaire, avec des configurations distinctes en fonction de motifs particuliers. Ses composantes essentielles recourent sans surprises les concepts de discrimination directe et indirecte. Dans la structure classique, la discrimination directe ne peut généralement pas être justifiée ou est soumise à des justifications plus strictes et souvent définies par la législation, que la discrimination indirecte où un éventail plus large de « justifications objectives » est généralement autorisé. De même, sans doute en raison de leur impact différent, certaines discriminations reçoivent un traitement différent. Plus généralement, il existe un ensemble plus large d'exceptions, de justifications et de dérogations pour les motifs autres que la race. La discrimination directe fondée sur l'âge, par exemple, bénéficie de larges motifs de justification.

procédures administratives, la Cour de justice, au stade de l'évaluation de la mesure, exige ainsi une atteinte manifeste, et notamment dans les hypothèses où le processus décisionnel implique une évaluation technique complexe ou dans les hypothèses où l'autorité jouit d'un large pouvoir discrétionnaire¹²⁹⁷.

645. En ce qui concerne les conséquences d'un non-respect, l'approche de la Cour pourrait être qualifiée de pragmatique, ou du moins fonctionnelle. Le non-respect du principe ne conduit à l'annulation de l'acte en cause que si l'opérateur est en mesure de prouver que l'issue de la procédure aurait été différente si le principe avait été respecté¹²⁹⁸. Dès lors les conséquences d'un non-respect sont fonctions du cas d'espèce¹²⁹⁹ et ce, d'autant que dans les hypothèses d'annulation de l'acte, la Cour peut en moduler les effets¹³⁰⁰. L'équilibre des intérêts en jeu est alors assuré au regard des effets concrets de la mesure. Une protection effective des droits des opérateurs est ainsi assurée tout en évitant un formalisme excessif qui découlerait sur usage abusif des garanties de traitement procédural. Cette interprétation de la Cour de justice permet d'affirmer que seule une atteinte manifeste et d'une particulière gravité est susceptible d'être sanctionnée¹³⁰¹, à l'instar, donc, des solutions prônées par les AII de l'UE.

646. Cette approche casuistique est plus explicite dans le cadre du droit à un recours effectif, sans doute en raison du caractère décentralisé du système juridictionnel européen qui suppose de se reposer sur des mécanismes procéduraux nationaux. Ainsi, toute la jurisprudence de la Cour met l'accent, implicitement ou explicitement, sur la nécessité d'une prise en considération du système juridictionnel dans son ensemble.

647. Dans l'approfondissement du droit à un recours effectif, il est indéniable que la soumission des règles de procédures et des recours au double principe d'équivalence — assurant une non-discrimination — et d'effectivité — assurant traitement minimum — s'est fait parallèlement à l'affirmation d'un principe de non-intervention consacrant l'autonomie juridictionnelle et

¹²⁹⁷ TPICE, 24 janvier 1992, *La cinq c. Commission*, aff. T-44/90, pt. 86 ; TPICE, 18 septembre 1992, *Asia Motor France SA ea c. Commission*, aff. T-28/90.

¹²⁹⁸ CJCE, arrêt, 21 mars 1990, *Royaume de Belgique c. Commission*, C-142/87 ; CJCE, 10 juillet 1986, *Royaume de Belgique c. Commission*, aff. C-234/84 ; Cette solution peut toutefois être assez délicate dans sa mise en œuvre : CJCE, arrêt, 18 octobre 1989, *Solvay c. Commission*, aff. 27/88

¹²⁹⁹ Cf. la lecture comparée des affaire *AZKO Chemie* (pt. 28) et *Van Landenyeck* (pts. 46-47) où la solution diffère en dépit des similarités formelles entre les deux affaires.

¹³⁰⁰ V. CJCE, arrêt, 25 octobre 1983, *AEF c. Commission*, aff. 107/82, pt. 30 ou CJCE, arrêt, 18 octobre 1989, *Solvay c. Commission*, aff. 27/88, pts 58 et 97. L'autorité administrative a même la faculté de régulariser le manquement en cours de procédure : v. CJCE, arrêt, 13 février 1979, *Hoffman-La Roche c. Commission*, aff. 85/76, pt. 15.

¹³⁰¹ TRIDIMAS T., *General principles of EU law*, op. cit., p. 393.

procédurale des Etats. Cette approche dialogique a été consacrée dans l'affaire *Rewe* de 1981¹³⁰². Cette démarche permettait alors d'inclure l'intérêt des Etats et la préservation de leur autonomie directement dans les principes garantissant les intérêts de l'UE. De la sorte, progressivement l'intérêt s'est déplacé des impératifs de non-discrimination et de traitement minimum vers la nécessité de garantir des recours effectifs en cas d'atteintes aux droits communautaires. L'effectivité du droit communautaire mis en avant, la Cour pouvait alors s'employer à des interprétations restrictives en faveur d'un traitement optimal des investisseurs étrangers agissant dans le cadre des libertés de circulation¹³⁰³. L'évolution du contrôle était ainsi perceptible dans la terminologie. Dans les premiers temps de la jurisprudence, il était seulement exigé que l'application du droit communautaire ne soit pas rendue en pratique impossible ou excessivement difficile¹³⁰⁴. Désormais, la jurisprudence a cessé de voir cette double exigence comme un élément d'un standard minimum pour en faire les éléments du principe d'effectivité¹³⁰⁵.

648. L'autonomie des Etats pouvait alors être assurée principalement au travers du principe d'équivalence. Il est constant que le principe s'applique lorsque l'objet et la cause sont semblables¹³⁰⁶. La question est donc d'identifier ce qu'est un recours semblable ou similaire. En principe, c'est aux juridictions nationales de dire si les règles nationales sont conformes au principe d'équivalence, ce sont elles qui en ont la meilleure connaissance¹³⁰⁷. Partant de là, c'est également à

¹³⁰² CJCE, arrêt, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG contre Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Aff. 33-76.

¹³⁰³ L'arrêt *Simmenthal* a été primordial en ce sens et a marqué l'évolution jurisprudentielle. L'approche interventionniste de la Cour, qui agissait incontestablement dans un approfondissement des libertés économiques, a été mise en exergue par des arrêts tels que : CJCE, arrêt, 15 mai 1986, *Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84 ; CJCE, arrêt, 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e.a. (Factortame)*, aff. C-213/89 ; CJCE, arrêt, 14 décembre 1985, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS c. Etat belge*, aff. C-312/93. Cet interventionnisme libéral s'est soldé sur la reconnaissance de la responsabilité des États et le droit à réparations des personnes privées en cas de dommages. Dans cette optique, la Cour de justice a élaboré une interprétation créative du principe de coopération loyale et de l'article 4 TUE (ex-article 10 TCE) afin de considérer que l'obligation de respect du droit communautaire doit être opposable à tous les organes de l'État, en ce compris les juridictions nationales agissant dans le cadre de l'UE. Pour une référence à ce principe, v. CJCE, arrêt, 16 décembre 1960, *Humblet c. Etat belge*, aff. 6/60 ; CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, aff. 120/78, pt. 5 ; CJCE, arrêt, 16 décembre 1976, *Comet BV c. Produktschap voor Siergewassen*, aff. 45-76, pt. 12-16 et par la suite, v. par ex. CJCE, arrêt, 5 novembre 1995, *Franovich c. République italienne*, aff. C-479/93 ; CJCE, arrêt, 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e.a. (Factortame)*, aff. C-213/89 ; CJCE, arrêt, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal*, aff. 106/77.

¹³⁰⁴ CJCE, arrêt, 9 novembre 1983, *Administration des finances de l'État italien c. SpA San Giorgio*, aff. 199/82 pt. 14 ; repris dans d'autres, v. not. CJCE, arrêt, 5 novembre 1995, *Franovich c. République italienne*, aff. C-479/93 pt. 43.

¹³⁰⁵ CJCE, arrêt, 8 mars 2001, *Metallgesellschaft Ltd et autres, Hoechst AG et Hoechst (UK) Ltd c. Commissioners of Inland Revenue et HM Attorney General*, aff. jointes C-397/98 et C-410/, pt. 85 ; CJCE, arrêt, 17 juin 1998, *Grundig Italiana SpA c. Ministero delle Finanze*, aff. C-68/96, pt. 33.

¹³⁰⁶ CJCE, arrêt, 1^{er} décembre 1998, *Levez c. Jennings (Harlow Pools)*, aff. C-326/96, pt. 41 ; CJCE, arrêt, 15 septembre 1998, *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis) contre Ministero delle Finanze*, aff. C-231/96, pt. 15.

¹³⁰⁷ CJCE, arrêt, 1^{er} décembre 1998, *Levez c. Jennings (Harlow Pools)*, aff. C-326/96, pts 39-43 ; CJCE, arrêt, 10 juillet 1997, *Rosalba Palmisani contre Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, aff. C-261/95, pt. 33.

elle de déterminer les litiges nationaux de comparaison, même si la Cour de justice fournit des lignes directrices¹³⁰⁸. En outre, le principe de l'équivalence n'impose pas que l'État membre étende ses règles les plus favorables à toutes les actions communautaires¹³⁰⁹.

649. Cette approche pragmatique est perceptible dans la problématique des délais de recours. En la matière, on peut citer les affaires *Rewe* et *Comet* où la Cour a adopté une approche pragmatique laissant une marge de manœuvre aux États pour fixer les délais de recours ainsi qu'aux juridictions nationales pour contrôler la conformité de ces délais avec l'impératif d'effectivité du droit communautaire. Elle a ainsi admis qu'en l'absence d'harmonisation, les États demeurent compétents pour fixer les délais de recours sous réserve qu'ils ne rendent pas impossible en pratique l'exercice des droits communautaire. Tel n'est pas le cas lorsque le délai fixé est raisonnable, étant entendu que le caractère raisonnable reçoit une appréciation souple¹³¹⁰. La marge de manœuvre de l'État dépend en outre de l'existence ou non d'une directive pleinement et correctement transposée¹³¹¹. De l'arrêt *Emmott*, combiné à l'arrêt *Steenhorst-Neerings* où la mauvaise transposition d'une directive n'a pas eu les mêmes conséquences¹³¹² il se déduit que la Cour exige un certain seuil de gravité dans l'atteinte au regard de l'exercice des droits communautaire pour sanctionner. Une

¹³⁰⁸ CJCE, arrêt, 6 juillet 1995, *BP Soupergaz Anonimos Etairia Geniki Emporiki-Viomichaniki kai Antiprossopeion c. Etat hellénique*, aff. C-62/93. Au demeurant, il faut établir au travers de l'objet et des caractéristiques essentiels du recours un rapport avec l'action communautaire, v. CJCE, arrêt, 1^{er} décembre 1998, *Levez c. Jennings (Harlow Pools)*, aff. C-326/96, pt. 43.

¹³⁰⁹ CJCE, arrêt, 15 septembre 1998, *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis) contre Ministero delle Finanze*, aff. C-231/96, pts. 37-38, mais aussi v. CJCE, arrêt, 15 septembre 1998 *Ministero delle Finanze contre Spac SpA*, aff. C-260/96, pts. 21-22 ; CJCE, arrêt, 17 septembre 1998, *Aprile Srl, en liquidation, contre Amministrazione delle Finanze dello Stato*, aff. C-228/96 ; CJCE, arrêt, *Ministero delle Finanze contre IN.CO.GE.'90 Srl, Idelgard Srl, Iris'90 Srl, Camed Srl, Pomezia Progetti Appalti Srl (PPA), Edilcam Srl, A. Cecchini & C. Srl, EMO Srl, Emoda Srl, Sappesi Srl, Ing. Luigi Martini Srl, Giacomo Srl et Mafar Srl*, aff. jointes C-10 à C-22/97.

¹³¹⁰ CJCE, arrêt, 16 décembre 1976, *Comet BV c. Produktschap voor Siergewassen*, aff. 45-76, pt. 18. Dans l'affaire *Rewe*, la CJCE ne s'était pas prononcée, au profit de la juridiction nationale sur le délai de 30 jours du droit germanique pour contester le paiement de charges contestées comme équivalentes à des droits de douane. Dans d'autres affaires, elle a considéré que le délai pour contester des taxes de cinq ans (v. CJCE, arrêt, 2 décembre 1997, *Fantask A/S e.a. contre Industriministeriet (Erhvervministeriet)*, aff. C-188/95) et d'un an était raisonnable, v. CJCE, arrêt, 10 juillet 1997, *Rosalba Palmisani contre Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, aff. C-261/95.

¹³¹¹ V. CJCE, arrêt, 25 juillet 1991, *Theresa Emmott c. Minister for Social Welfare et Attorney General*, aff. C-208/90 : Dans l'affaire *Emmott*, la Cour a estimé que tant qu'une directive n'a pas été correctement transposée en droit national, les particuliers ne sont pas en mesure de connaître l'étendue de leurs droits. Par conséquent, tant qu'une directive n'est pas correctement transposée, l'État membre défaillant ne peut pas se prévaloir du retard d'un particulier à engager une procédure contre lui pour protéger les droits qui lui sont conférés par la directive, et le délai fixé par le droit national pour engager une procédure ne peut pas commencer à courir avant ce moment.

¹³¹² V. CJCE, arrêt, octobre 1993, *H. Steenhorst-Neerings c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en Huisvrouwen*, aff. C-338/91 : Dans l'affaire *Steenhorst-Neerings*, la règle n'affectait pas le droit des particuliers d'invoquer la directive, mais limitait l'effet rétroactif des demandes de prestations. Cette restriction était justifiée par la nécessité de s'assurer que le demandeur remplissait les conditions d'éligibilité et par la nécessité de préserver l'équilibre financier du système de sécurité sociale. V. pour une mise en œuvre : CJCE, arrêt, 11 décembre 1997, *Magorrian c. Eastern Health and Sodal Services Board*, aff. C-246/96 ; CJCE, arrêt, 16 mai 2000, *Preston ea c. Wolverhampton Healthcare NHS Trust ea et Fletcher ea c. Midland Bank plc*, aff. C-78/98.

telle analyse¹³¹³ a été pleinement explicitée dans l'affaire *Fantask AIS ea. c. Industriministeriet (Erhvervsministeriet)*¹³¹⁴. Ainsi, la question de savoir si un délai de prescription répond au principe d'effectivité s'apprécie dans les circonstances de l'espèce, et non dans l'abstrait¹³¹⁵.

650. Cette approche est en outre perceptible en matière de disponibilité des recours où la jurisprudence considère que la disponibilité d'un contrôle juridictionnel contre les restrictions aux libertés fondamentales est nécessaire afin de garantir que ces restrictions répondent à l'exigence de proportionnalité¹³¹⁶.

651. Eu égard au droit à un recours effectif, la Cour de justice va opérer une appréciation *in concreto* permettant de prendre en considération la nature exacte du recours et des justiciables dans le contexte des recours disponibles dans l'ordre juridique national. À ce propos, la Cour de justice a expressément reconnu une marge de manœuvre de l'État en la matière notamment lorsque sont par exemple en jeu l'ordre public national et le *locus standi des étrangers*¹³¹⁷.

652. Bien que la jurisprudence garantisse le droit à un contrôle judiciaire devant les tribunaux nationaux contre toute décision niant ou restreignant les droits de la Communauté, la question de l'intensité du recours varie en fonction des domaines, et ce d'autant que dans certaines matières, le droit communautaire prévoit parfois des règles de procédure spécifique¹³¹⁸. Partant de là, la Cour

¹³¹³ Confirmée dans l'arrêt *Johnson*, v. CJCE, arrêt, 6 décembre 1994, *Johnson c. Chief Adjudication Officer*, aff. C-410/92

¹³¹⁴ Se référant aux arrêts *Johnson* et *Steenhorst-Neerings*, la Cour a déclaré que la solution adoptée dans l'affaire *Emmott* était justifiée par les circonstances particulières de cette affaire où la mesure avait pour conséquence de priver de toute possibilité de faire valoir un droit tiré d'une directive.

¹³¹⁵ Cela ressort clairement de l'affaire *Levez* dans laquelle la Cour a établi qu'une règle de droit national qui rend excessivement difficile la protection des droits communautaires illégale même lorsqu'une voie de recours alternative est disponible, si cette dernière est susceptible d'entraîner des règles de procédure ou d'autres conditions moins favorables que celles applicables à des recours internes similaires. Plus généralement, lorsque le droit national introduit un recours spécifique pour la protection des droits communautaires, ce recours principal peut être présumé être le plus approprié et un recours alternatif n'est acceptable que s'il est efficace et équivalent au recours principal. V. CJCE, arrêt, 1^{er} décembre 1998, *Levez c. Jennings (Harlow Pools)*, aff. C-326/96, pt. 31-32.

¹³¹⁶ CJCE, arrêt, 31 mars 1993, *Kraus*, aff. C-19/92, Rec. I. 1663.

¹³¹⁷ CJCE, arrêt, 17 juin 1997, *The Queen c. Secretary of State for the Home Department*, ex parte Mann Singh Shingara et Abbas Radiom, aff. jointes C-65/95 et C-111/95, pts. 30-31.

¹³¹⁸ V. CJCE, arrêt, 21 janvier 1999, *Upjohn c. Licensing Authority*, aff. C-120/97, pt. 3. Le Royaume-Uni ayant révoqué l'autorisation de mise sur le marché relative d'un la société Upjohn Ltd a demandé une révision judiciaire de la décision de révocation de l'autorisation devant les tribunaux anglais. Elle a fait valoir que la directive 65/65 sur les spécialités pharmaceutiques exigeait des juridictions nationales qu'elles exercent un contrôle complet du bien-fondé des décisions des autorités nationales compétentes, c'est-à-dire qu'elles doivent vérifier, sur la base d'un nouvel examen complet des questions de fait et de droit, l'existence d'une autorisation. La société, le droit à un réexamen complet découle de l'effet direct de l'article 11 de la directive 65/65/CEE qui fixe les critères de retrait d'une autorisation de mise sur le marché. La Cour a cependant refusé cet argument. Se référant à sa jurisprudence constante, elle rappelle que, en l'absence de règles communautaires, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de fixer les modalités procédurales des recours visant à assurer la

se refuse à imposer des critères et un niveau de contrôle absolu au niveau communautaire¹³¹⁹. La Cour n'a eu l'occasion de se prononcer sur les normes minimales à garantir en ce qui concerne le droit d'ester en justice contre des mesures nationales violant le droit communautaire que dans quelques cas¹³²⁰.

B. Un équilibre extrinsèque aux normes de traitement

653. La structure générale des droits et libertés fondamentales, mise en évidence par la Charte des droits fondamentaux, suggère que ces droits et libertés ne sont pas et ne sauraient être absolus. D'une part, car ils sont susceptibles de faire l'objet d'abus et d'autre part parce qu'ils doivent nécessairement être interprétés à la lumière des objectifs et intérêts contradictoires que d'autres droits et libertés ou que l'Etat peuvent mettre en avant. C'est de ce constat que découle l'article 52 et 54 de la Charte qui respectivement reconnaissent le concept d'abus de droit et posent des règles d'interprétation — parmi lesquels le principe de proportionnalité fait office de principe cardinal — visant à encadrer les dérogations et limitations aux droits.

654. Le concept d'abus de droit est présent dans de nombreux systèmes juridiques, même s'il est rarement utilisé, ou du moins pas avec succès. Si nous pouvons identifier sa signification à un niveau générique, déterminer sa portée exacte est une autre question. L'article 54 de la Charte trouve sa source d'inspiration en particulier dans l'article 17 de la CESDH qui pour sa part est essentiellement conçu et utilisé comme moyen de défense des critères démocratique. L'absence de précision et la complexité du système normatif de l'UE laissent penser que ce concept, inconnu en droit international des investissements, peut être mobilisé au-delà pour sanctionner le comportement des investisseurs étrangers dans l'usage des droites garanties par la Charte. En ce qui concerne l'article 52, ce dernier a pour objet de fixer la portée des droits et des principes de la Charte, et de définir les règles de leur interprétation. Le paragraphe 1 qui a trait aux modalités de limitation des droits s'inspire de la jurisprudence de la Cour de justice en reconnaissant la possibilité

sauvegarde des droits que les particuliers tirent du droit communautaire, dans le respect des principes d'effectivité et d'équivalence.

¹³¹⁹ V. égal. CJCE, arrêt, 22 octobre 2002, *Roquette Frères c. Commission*, aff. C-94/00 : qui concernait le pouvoir des tribunaux nationaux de contrôler l'exécution des décisions communautaires par les autorités nationales. La Cour a posé trois principes. En premier lieu, lorsque la Commission entend mener une enquête avec l'aide des autorités nationales, elle est tenue de respecter les garanties procédurales pertinentes prévues par le droit national. Ensuite, Les États membres sont soumis à une double exigence. D'une part, ils sont tenus d'assurer l'efficacité de l'action de la Commission ; d'autre part, ils doivent respecter les contraintes imposées par divers principes généraux du droit communautaire. Enfin, il appartient à l'instance nationale compétente d'examiner si les mesures coercitives sont arbitraires ou excessives eu égard à l'objet de l'enquête.

¹³²⁰ V. OLIVER P., "State Liability in Damages Following Factortame III: A Remedy" in BEASTON J. (dir.), TRDIMAS T. (dir.), *New Directions in European Public Law*, Hart Publishing, 1998, pp. 49 à 56.

de limiter les droits dans la poursuite d'objectifs d'intérêt général et sous réserve que l'atteinte ne soit pas disproportionnée¹³²¹. Cette possibilité de dérogation rappelle alors celle reconnue dans les AII européens, qui constituent une tendance en droit international, même si le système de dérogation en interne semble plus sophistiqué.

655. Au demeurant, il s'agira d'analyser dans un premier temps le concept d'abus de droit (1) pour, ensuite, analyser le principe-cadre de proportionnalité comme outils de limitation des droits (2).

1. Un équilibre induit par l'existence du concept d'abus de droit

656. L'article 54 de la Charte, relative à l'interdiction de l'abus de droit est une réplique, reprise de l'article 17 de la CESDH vise deux types situations similaires. Le premier les cas où les États cherchent à restreindre un droit au nom d'un autre droit. C'est l'idée que les restrictions ont pour limites la préservation de l'élément essentiel du droit — un point exprimé dans l'article 52, paragraphe 1 de la Charte. La seconde hypothèse est celle où les individus s'appuient sur un droit protégé pour restreindre ou nier d'autres droits. Cette double nature signifie que le concept peut être invoqué à la fois par les individus et part les Etats, indépendamment de l'article 52, paragraphe 1 de la Charte. Si on s'en réfère au texte interprétatif de l'article 54, il est plausible d'affirmer que le champ d'application de ladite disposition est limité à certains domaines. Le développement de l'article 17 de la CEDSH, principalement dans le champ des droits et libertés politiques telle que la liberté d'opinion¹³²², laisse penser que l'article 54 de la Charte n'aurait que très peu d'emprise dans le domaine des activités économiques et des opérations d'investissement.

657. En tout état de cause, cette disposition met en exergue l'existence en droit de l'UE d'une jurisprudence matière d'abus susceptible d'être mobilisé en matière de traitement de l'investissement. La doctrine de l'abus, élaboré à l'occasion de l'affaire *Van Binsbergen*¹³²³, est essentiellement évoquée dans les hypothèses où les individus se fondent sur les droits de libre

¹³²¹ CJCE, arrêt, 13 avril 2000, *Kjell Karlsson e.a.*, aff. C-292/97, pt 45 (motifs).

¹³²² CEDH, arrêt, 8 juillet 1999, *Sürek v Turkey*, Req. n° 24735/94, pt. 61 ; CEDH, arrêt, 27 mars 1962, *De Becker c. Belgique*, Req. n° 214/56; CDH, arrêt, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié ea c. Turquie*, Req. n° 19392/92 , pt. 47 ; CEDH, arrêt, 13 décembre 2005, *Witzsch c. Allemagne*, Req. n° 7485/03.

¹³²³ CJCE, arrêt, 3 décembre 1974, *Van Binsbergen c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, aff. 33/74, pt. 13.

circulation¹³²⁴ pour éviter les normes contraignantes nationales, notamment en matière de fiscalité. Dans certains cas, la Cour a estimé qu'un tel comportement constituait un abus du droit de l'Union et que les États membres pouvaient dépasser les prescriptions du droit de l'UE pour appréhender de tels abus. Toutefois, il semble que les conditions de détermination d'un tel abus soient restrictives¹³²⁵. Nonobstant, rien n'interdirait de mobiliser le concept d'abus de droit par exemple dans l'hypothèse où un investisseur met en avant le principe de sécurité juridique et le concept d'attentes légitimes pour contourner des réglementations nationales légitimes. Toutefois, il semble qu'en prônant une approche équilibrée dans l'interprétation des différentes normes de traitement, la Cour de justice intègre nécessairement, de manière implicite, un concept d'abus de droit. Par exemple, le principe de sécurité juridique et l'interdiction de l'effet rétroactif des mesures avant leur publication connaissent des dérogations. Pour ce faire, deux conditions doivent être remplies. Premièrement, la rétroactivité des effets de la mesure en question doit être une condition essentielle pour atteindre l'objectif de la mesure et deuxièmement, les préoccupations légitimes des personnes concernées par la mesure doivent être respectées. Dans de telles dérogations, l'importance de la question réglementée et l'objectif prévalent. La Cour de justice a jugé que la légalité d'une mesure dans le cadre de la politique agricole commune ne peut être affectée que si la mesure est manifestement inappropriée au regard de l'objectif que l'institution compétente cherche à poursuivre¹³²⁶. De même, en exigeant un seuil de gravité élevé qui implique une violation manifeste, l'ensemble des autres principes susmentionnés, intègre nécessairement une telle approche qui tend à empêcher tout abus.

¹³²⁴ CJCE, arrêt, 3 février 1993, *Vereniging Veronica Omroep Organisatie c. Commissariaat voor de Media*, aff. C-148/91; C-23/93; CJCE, arrêt, 10 janvier 1985, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc et autres contre SARL "Au blé vert" et autres*, aff. 229/83.

¹³²⁵ Il semble, depuis l'arrêt *Emsland-Stärke*, qu'un double test soit mis en place. V. CJCE, arrêt, 14 décembre 2000, *Emsland-Stärke GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, aff. C-110/99. D'une part, il faut démontrer que l'objectif des règles invoquées n'a pas été atteint et qu'il y avait une intention d'obtenir un avantage des règles de l'Union en créant artificiellement les conditions prévues pour l'obtenir. Cette intention peut être déduite de facteurs objectifs. V. CJCE, arrêt, 21 février 2006, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd et County Wide Property Investments Ltd contre Commissioners of Customs & Excise*, aff. C-255/02; v. égal. EDWARDS V., FARMER P., "The Concept of Abuse in the Freedom of Establishment of Companies: A Case of Double Standards?" in ARNULL A., EECKHOUT P., TRIDIMAS T. (dir), *Continuity and Change in EU Law: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, OUP, 2008, pp. 221–24.

¹³²⁶ V. CJCE, 13 novembre 1990, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food et Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa e.a. (Fedesa)*, aff. C-331/88, pts 45 et 48. Dans l'affaire, une directive interdisant l'utilisation de certaines hormones en agriculture a été annulée pour des raisons de procédure. Une nouvelle directive contenant les mêmes règles a été adoptée le 7 mars 1998, stipulant les effets rétroactifs à partir du début de l'année 1998. La rétroactivité de la mesure dans ce cas était justifiée par le fait que les marchés n'étaient pas réglementés pour la période antérieure à mars 1998 en raison de l'annulation de la directive précédente. La Cour de justice n'a pas constaté de violation du principe de sécurité juridique dans ce cas en raison de l'absence de modification des attentes légitimes des personnes concernées par la directive, de l'importance de la question couverte par la directive et de la courte période couverte par la directive.

2. La centralité du principe de proportionnalité dans la définition et la portée des garanties de traitement

658. L'article 52 de la Charte, en tant que clause d'interprétation, est cruciale. Au regard de la portée des normes de traitement, il vise en premier lieu à poser des règles à portée générale sur les limitations et dérogations possibles¹³²⁷. Ces règles, issues de la jurisprudence de la Cour, visent à assurer l'équilibre entre les intérêts privés défendus par la norme en cause et l'intérêt public mis en avant dans la restriction de la norme. Au-delà de cet aspect, l'article 52, qui comprend sept paragraphes qui tendent en outre à concilier les normes de traitement entre elles, mais également avec d'autres sources normatives¹³²⁸.

659. Le libellé de l'article 52, paragraphe 1 et son interprétation sont fortement influencés par la jurisprudence de la Cour de justice sur les restrictions potentielles aux droits fondamentaux en tant que catégorie de principes généraux du droit, qui pour la plupart proviennent soit des traditions constitutionnelles nationales, soit dans une large mesure, de la CEDH.

660. Malgré l'existence de règles sur les limitations et les dérogations aux droits fondamentaux dans la CEDH, la jurisprudence a su développer un cadre spécifique en matière de limitation des droits. À de nombreuses reprises, la Cour de justice a jugé que les droits fondamentaux n'étaient pas des prérogatives absolues et pouvaient faire l'objet de restrictions dans l'intérêt général, pour autant que ces restrictions « ne constituent pas, eu égard au but poursuivi, une ingérence disproportionnée et déraisonnable portant atteinte à la substance même de ce droit »¹³²⁹. À cet égard, le constat était qu'*a priori* les motifs d'ingérence étaient plus ouverts que ceux prévus par la

¹³²⁷ Au-delà règles précises élaborées pour chaque norme.

¹³²⁸ Cf. égal. « Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux », JO, 14 décembre 2007, 2007/C 303/02, Art. 52.

¹³²⁹ V. CJCE, arrêt, 5 octobre 1994, République Fédérale d'Allemagne c. Conseil (Bananes I), aff. C-280/93; CJCE, arrêt, 10 mars 1998, République Fédérale d'Allemagne c. Conseil (Bananes II), aff. C-122/95 ; TPICE, 20 mars 2001, Bocchi Foods Trade International c Commission, aff. T-30/99. Initialement, dans l'affaire Nold, il était fait mention d'un critère de nécessité et non de proportionnalité, V. CJCE, 14 mai 1974, Nold, aff. C-4/73. Cette approche a également été mise en avant dans le cadre du droit de propriété où la Cour, en indiquant que ce droit n'était pas absolu, a également précisé qu'il devait être apprécié au regard de sa fonction sociale. V par ex. CJCE, arrêt, 29 avril 1999, The Queen c. Secretary of State for the Environment and Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte H.A. Standley ea et D.G.D. Metsonea, pt. 54.

CEDH, et le seuil permettant de démontrer la justification des limitations était apparemment plus facile à franchir¹³³⁰, même si dans l'absolu, la parenté était apparente¹³³¹.

661. En l'absence de précisions, il ressort que les règles posées à l'article 52, notamment dans son paragraphe 1 relative aux limitations et dérogations, s'applique à l'ensemble des droits et libertés reconnus par la Charte, sous réserve des droits qui ne connaissent a priori aucune dérogation¹³³².

662. En ce qui concerne les conditions de justifications des atteintes, l'article 52 ne s'oppose pas fondamentalement à ce qui est prévu dans le cadre des accords externes de l'UE. Ainsi, les limitations doivent être prévues par la loi, reposées sur des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou nécessitées par la protection des droits et libertés d'autrui. C'est sur le dernier point que l'article 52 est plus sophistiqué en ce que, dans la recherche d'équilibre, il est impératif dans la mise en jeu des limitations, de respecter l'essence des droits tout en prenant en considérations les critères de proportionnalité et de nécessité.

663. L'examen de la jurisprudence démontre que la première condition, relative à la légalité de la limitation, n'a fait l'objet que de quelques très peu de développements lorsqu'il s'agissait de traiter

¹³³⁰ PEERS S. et PRECHAL S., « Article 52 Scope and Interpretation of Rights and Principles, in PEERS S., HERVEY T., KENNER J. et WARD A. (dir), *The EU Charter of Fundamental Rights A Commentary*, Hart Publishing, 2014, pp. 1455-1522.

¹³³¹ Ex. CJCE, arrêt, 13 décembre 1979, *Hauer contre Land Rheinland-Pfalz*, Aff. 44/79 ; CJCE, arrêt, 5 octobre 1994, X. c. *Commission*, Aff. C-404/92, pts.17 et 18 ; CJCE, arrêt, 20 septembre 1990, *Commission c. Allemagne*, aff. C-62/90 pt. 23 ; CJCE, arrêt, 27 octobre 1976 ? Prais c. Conseil, aff. 130/75, pts.8 et 18 ; TPICE, 19 mai 1999, *Connolly c. Commission*, aff. jointes T-34/96 et T-163/96 ; TPICE, 14 juillet 2000, *Cwik c. Commission*, aff. T-82/99 ; v. égal. CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00

¹³³² Cette interprétation est confirmée par LENAERTS K., « Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights », *European Constitutional Law Review*, Vol. 8, 2012, pp. 375 -388. SCHUTZE R., « Three “Bills of Rights” for the European Union », *Yearbook of European Law*, Vol. 30, 2011, p. 131 et 148: où l'auteur suppose le contraire sans tenir compte de cet argument. V. par ex. CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA contre Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, aff. C-70/10.

l'article 52 paragraphe 1¹³³³. C'est dans l'affaire *Knauf Gips*¹³³⁴ que cette question a été spécialement discutée pour la première fois.

664. *A contrario* de la jurisprudence de la CEDH¹³³⁵, il a été soutenu que, dans le contexte de la Charte, l'exigence devrait être restreinte de manière qu'elle ne s'applique qu'aux actes du législateur européen et/ou national à l'exclusion de l'exécutif¹³³⁶. Plusieurs critiques sont susceptibles d'être émises à cet égard. En particulier, si le législateur de l'UE ne pouvait restreindre les droits qu'au moyen d'actes législatifs, certaines bases juridiques importantes des traités seraient partiellement ou totalement inopérantes. De même, lorsque l'UE a le choix entre la voix législative et la voie d'acte d'exécution, doit-elle uniquement passer par la voix législative¹³³⁷?

665. Quant au contenu de l'exigence «prévues par la loi», il ressort, notamment de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que la «loi» en question doit avoir certaines qualités. En particulier, elle doit être claire et accessible, et les personnes qui y sont soumises doivent être en mesure de prévoir les circonstances dans lesquelles elle s'appliquera¹³³⁸. Étant donné que les auteurs de la Charte ont consciemment choisi de faire écho aux exigences de

¹³³³ CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB. c. L. E.*, aff. C-400/10 PPU ; CJUE, arrêt, 22 décembre 2010, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-279/09 ; CJUE, arrêt, 1^e mars 2011, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL ea c. Conseil des ministres*, aff. C-236/09 ; CJUE, arrêt, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA contre Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, aff. C-70/10 ; CJUE, arrêt, 24 novembre 2011, *Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) et Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEDM) c. Administración del Estado* aff. jointes C-468/10 et C-469/10 ; CJUE, arrêt, 19 avril 2012, *Bonnier Audio*, aff. C-461/10 ; Pour des exemples concrets, v. CJUE, 24 avril 2012, *Kamberaj*, aff. C-571/10 ; CJUE, arrêt, 6 septembre 2012, *Trade Agency*, aff. C-619/10 ; CJUE, ordonnance, 3 octobre 2012, *Tecnimed*, aff. T-360/10 ; CJUE, 31 janvier 2013, *McDonagh*, aff. C-12/11 ; CJUE, 22 janvier 2013, *Cloud Austria*, aff. C-283/11 ; CJUE, 4 juin 2013, *ZZ*, Aff.C-300/11 ; CJUE, Gde. Ch., 18 juillet 2013, *Commission européenne e.a. contre Yassin Abdullah Kadi*, aff. jointes C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P.

¹³³⁴ CJUE, arrêt, 1^e juillet 2010, *Knauf Gips KG c. Commission*, Aff. C-407/08 pt. 91, suivie dans l'affaire CJUE, 12 juillet 2011, *Fuji Electric Co. Ltd c. Commission*, T-132/07 Fuji, pt. 159.

¹³³⁵ TRIANTAFYLLOU D., "The European Charter of Fundamental Rights and the "Rule of Law": Restricting fundamental Rights by Reference", *Common Market Law Review*, Vol. 39, 2002, p. 53 et 60.

¹³³⁶ V. not. les avis dans l'affaire et les affaires jointes C-411/10 et C-493/10 NS et ME) : AG CRUZ VILLALON, conclusions présentées le 14 avril 2011, *Scarlet Extended*, aff. C-70/10, pt. 113 ; AG VERICA, conclusions présentées le 22 septembre 2011, aff. jointes C-411/10 et C-493/10, *N.S. et M.E.*, pt. 160. Pour une discussion sur cette question, v. TRIANTAFYLLOU D., *ibid*, pp. 59-61, et LENAERTS K., « Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights », *op cit.*, pp. 389-91.

¹³³⁷ Une telle interrogation trouve sa pertinence au travers de l'arrêt CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert Schecke*, aff jointes C-92/09 et 93/09. V. égal. CJUE, 5 septembre 2012, *PE contre Conseil*, aff. C-355/10. Cet arrêt a suggéré que toute règle de l'UE ayant un impact significatif sur les droits doit être adoptée conformément à la procédure qui confère le plus de contrôle aux organes législatifs de l'UE (le Conseil et le Parlement européen). Suite à l'arrêt de la Cour, la Commission a en effet proposé un acte législatif sur cette question : COM (2013) 197.

¹³³⁸ AG CRUZ VILLALON, conclusions présentées le 14 avril 2011, *Scarlet Extended*, aff. C-70/10.

la CEDH en matière il devrait s'ensuivre que le critère de la « qualité de la loi » est également applicable lorsqu'on invoque l'article 52, paragraphe 1¹³³⁹.

666. Compte tenu de la répartition complexe des pouvoirs entre l'UE et ses États membres, lequel d'entre eux devrait être chargé de veiller à ce que l'exigence « prévue par la loi » soit satisfaite ? Il ne semble pas y avoir de raison de principe pour que cette question reçoive une réponse standard. En fonction de l'objet de la mesure concernée, et notamment du degré d'harmonisation ou d'uniformité que le législateur de l'UE cherche à atteindre, le « droit » en question (y compris les aspects liés à la « qualité du droit ») pourrait être défini entièrement dans une mesure de l'UE, entièrement dans des mesures des États membres, ou un mélange des deux. Mais cette répartition des compétences ne doit pas masquer la responsabilité conjointe et solidaire sous-jacente de satisfaire à l'exigence « prévue par la loi ».

667. Pour ce qui est des motifs légitimes, l'article 52, paragraphe 1 fait référence à deux catégories de justifications : les objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union et la nécessité de protéger les droits et libertés d'autrui. Selon les explications de la Charte, la notion d'« objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union » couvre à la fois les objectifs mentionnés à l'article 3 du TUE et d'autres intérêts protégés par des dispositions spécifiques des traités, comme l'article 4, paragraphe 1, du TUE et les articles 35, paragraphe 3, 36 et 346 du TFUE. La note ne précise toutefois pas si ces motifs sont limités. Mais en tout état de cause, ils sont extrêmement larges, et la liste des articles du traité auxquels il est fait référence n'est certainement pas exhaustive, tel que le suggèrent les mots « comme ». Il est à noter qu'il y a implicitement deux sous-catégories : l'article 3 du TUE concerne les objectifs de l'UE, tandis que les autres articles du traité auxquels il est fait référence concernent les intérêts des États membres. Malheureusement, il semble y avoir une erreur en ce qui concerne les articles spécifiques du traité auxquels il est fait référence, surtout parce qu'il n'y a pas d'article 35, paragraphe 3, du TFUE ! Pour des raisons téléologiques, cette approche large est appropriée étant donné que la Charte ne s'applique pas seulement aux institutions de l'UE et autres, mais aussi aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'UE, un concept qui a été interprété de manière large par la Cour¹³⁴⁰.

¹³³⁹ HERINGA A., VERHEY L., 'The EU Charter: Text and Structure', *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2001, 8, p. 11, spec. p. 26. Et l'avis de différents AG. En ce sens, il faut comparer l'arrêt et l'avis dans l'affaire CJCE, 29 janvier 2008, *Productores de Música de España (Promusicae) contre Telefónica de España SAU*, aff. C-275/06. V. égal. L'avis dans l'affaire CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA contre Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, aff. C-70/10, et CJUE, 17 octobre 2017, *Schwarz*, aff. C-291/12.

¹³⁴⁰ V. l'affaire CJUE, 26 février 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10 et WARD A., "Access to Justice", *op. cit.* V. égal. PEERS S. et PRECHAL S., « Article 52 Scope and Interpretation of Rights and Principles », *op. cit.* pp. 1473 et s.

668. Le principal arrêt de la Cour sur le conflit de droits est légèrement antérieur au traité de Lisbonne. Dans l'affaire *Promusicae*, la Cour a déclaré que lorsque différents droits - en l'occurrence, les droits de propriété intellectuelle et le droit à un recours effectif, d'une part, et le droit à la vie privée, d'autre part - « un juste équilibre » devait être ménagé « entre les différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire » et il revient « aux autorités et aux juridictions des États membres » de « veiller à ne pas se fonder sur une interprétation [du droit communautaire] qui entrerait en conflit avec lesdits droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité »¹³⁴¹. Toutefois, la Cour a laissé à la juridiction nationale le soin de décider comment équilibrer ces droits.¹³⁴²

669. En pratique, il est difficile de distinguer et d'isoler les différentes conditions de limitations prévues à l'article 52, paragraphe 1. Comme le montre clairement l'arrêt *Karlsson*, l'exigence de proportionnalité et la nécessité de respecter l'essence des droits étaient présentes dans la jurisprudence antérieure à la Charte¹³⁴³. Si des divergences existent entre la CEDH et la CJUE, il est indéniable qu'en tout état de cause, comme cela a déjà été relevé, la règle de nécessité est implicite dans la règle de proportionnalité¹³⁴⁴.

670. Le premier arrêt important en la matière est celui de l'affaire *Volker et Schecke*¹³⁴⁵. Dans cet arrêt, la Cour s'est fondée sur le principe de proportionnalité, mettant en balance l'intérêt d'assurer la transparence et la responsabilité et les droits à la protection des données des personnes concernées. Les dérogations aux droits ne pouvaient s'appliquer que lorsque cela était strictement nécessaire, et le principe de proportionnalité signifiait qu'en ce cas, que les mesures mises en œuvre par les actes de l'Union européenne sont appropriées pour atteindre l'objectif poursuivi et ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre. En l'occurrence, il importait pour les institutions de l'UE d'examiner si l'objectif aurait pu être atteint par une méthode impliquant une

¹³⁴¹ CJCE, 29 janvier 2008, *Productores de Música de España (Promusicae) contre Telefónica de España SAU*, aff. C-275/06, point 68.

¹³⁴² V. égal. CJCE, 6 novembre 2003, *Lindqvist*, aff. C-101/01 et CJUE, 16 décembre 2008, *Satamedia*, aff. C-73/07. Après le Traité de Lisbonne on peut également citer CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA contre Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, aff. C-70/10.

Cette fois, la Cour a mis elle-même en balance les droits concernés et a conclu qu'un juste équilibre n'avait pas été atteint par la législation nationale pertinente, implicitement en raison d'une violation du principe de proportionnalité. Au-delà, v. égal. CJUE, 22 janvier 2013, *Cloud Austria*, aff. C-283/11 ; CJUE, 31 janvier 2013, *McDonagh*, aff. C-12/11 ; CJUE, 18 juillet 2013, *Alemo-Herron*, aff. C-426/11.

¹³⁴³ CJCE, arrêt, 13 avril 2000, *Kjell Karlsson e.a.*, aff. C-292/97.

¹³⁴⁴ T. 3^{ème} chambre, 28 mai 2018, *Trabelsi*, aff. T-187/11 assimile expressément ces deux notions [81].

¹³⁴⁵ CJUE, arrêt, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert Schecke*, aff. jointes C-92/09 et 93/09, points 72 et 86. V. égal. l'avis dans l'affaire CJUE, grande chambre, 15 juillet 2012, *Commission c. Allemagne*, C-271/08 qui, au paragraphe 207, développe certains des aspects clés du test justification.

moindre ingérence tout en contribuant efficacement à l'objectif. Ainsi comprise, la proportionnalité implique implicitement, le critère de la nécessité.

671. En définitive, il est manifeste qu'à l'instar des accords externes de l'UE, qui s'inspirent de la pratique nord-américaine, le droit de l'UE considère que la promotion de garantie de traitement de l'investisseur ne peut se faire de manière absolue. En outre, elle ne peut être considérée dans un espace clos imperméable à tout autre intérêt. C'est en considération de cela que de nombreuses clauses d'exceptions sont prévues, clause d'exception qui permettent à l'Etat de mettre en avant des intérêts légitimes justifiant une atteinte aux garanties de traitement de l'investisseur. L'équilibre entre l'intérêt de l'investisseur et la capacité de réglementer de l'Etat est alors assurée par le de proportionnalité. Sur ce point, il semble qu'une convergence est en train de s'observer entre le droit européen et le droit international.

CONCLUSION DU CHAPÎTRE

672. L'analyse des garanties de traitement de l'investissement met en exergue une approche renouvelée du droit européen par rapport à la pratique traditionnelle issue des TBI. Cet écart s'observe en particulier au travers de garanties de traitements intégrant des considérations liées à la préservation d'intérêts autres que ceux de l'investissement.

673. Fortement inspirés par les solutions conventionnelles et jurisprudentielles, en particulier dégagées dans le cadre nord-américain, les AII de l'UE imposent ainsi une clause de traitement juste et équitable fermée, au contenu strictement défini. En outre, les formulations retenues indiquent que, dans sa mise en œuvre, l'Etat bénéficie d'une marge de manœuvre. Dans le cadre intraeuropéen, l'investissement bénéficie d'un ensemble de garanties de traitement dont la portée matérielle est large. Toutefois, leur formulation dans un bloc de légalité complexe soumis à des intérêts et objectifs divers aboutit *de facto* à une mise en œuvre équilibrée de ces garanties.

CHAPITRE 2. LE RENOUVEAU DE LA PROTECTION DE LA PROPRIETE

674. La protection contre l'expropriation a longtemps été la principale garantie offerte aux investisseurs étrangers en droit international¹³⁴⁶. Mais, cette protection ne s'est jamais traduite par une interdiction de l'expropriation : les règles fixent plutôt les conditions requises pour l'adoption d'une mesure d'expropriation, à savoir l'exigence d'une justification d'intérêt public, la non-discrimination et une compensation financière. Bien qu'elles aient été contestées par les partisans d'un « nouvel ordre économique mondial » dans la seconde moitié du vingtième siècle¹³⁴⁷, ces conditions ont longtemps été acceptées comme faisant partie du droit international général. L'essor et la multiplication des traités bilatéraux d'investissement n'ont pas apporté de changement significatif à cet égard : ils comportent tous dans leur ensemble des dispositions relatives à l'expropriation¹³⁴⁸. Ces dispositions sont généralement rédigées de manière standard, indiquant que l'État est tenu de respecter les trois conditions susmentionnées. Certains instruments ajoutent une quatrième condition liée au respect de l'application régulière de la loi, mais ce n'est généralement pas le cas¹³⁴⁹.

675. Dans le cadre européen, la question de la protection contre l'expropriation et tout autre risque politique a été considérée comme relevant de la compétence exclusive des États membres. De telle sorte que la plupart des accords européens excluaient de leur champ cette problématique centrale et originelle du droit international des investissements.

676. C'est ainsi que, durant les négociations d'accords d'envergure, la participation des États membres a été considérée comme indispensable à la conclusion de ces accords incluant des dispositions afférentes à l'expropriation¹³⁵⁰. Pour certains accords, la compétence européenne en matière d'expropriation a été expressément rejetée par les États membres. Il en va ainsi de l'accord avec le Chili, de l'accord de libre-échange avec la Corée du Sud ainsi que l'accord de partenariat économique avec les États du CARIFORUM. Ces accords, bien que mixtes, omettent toutes références à l'expropriation et aux risques politiques. En outre, ils préservent expressément la

¹³⁴⁶ WORTLEY B. A., *Expropriation in Public International Law*, Cambridge University Press, 1959; FRIEDMANN W. G., PUGH R. C., 'Legal aspects of foreign investment', *AJIL*, 1959, p. xiii, 812.

¹³⁴⁷ LINARELLI J., SALOMON M. E., SORNARAJAH M., *The misery of international Law: Confrontation with Injustice in the Global Economy*, OUP, 2018.

¹³⁴⁸ OCDE (2004), p. 6. Parmi les quelque 3 000 TBI en vigueur à l'heure actuelle, seule une petite minorité ne comporte aucune disposition relative à l'expropriation.

¹³⁴⁹ Ex. art. 1110 ex. ALENA

¹³⁵⁰ Art. 13 Traité CE ; art. IV. 2.1 du texte de négociation de l'AMI arrêté en avril 1998.

validité des TBI des États membres, ces derniers formulant explicitement par là leur réticence à tout transfert de compétence à l'Union — dès lors la protection contre l'expropriation se trouvait régie individuellement par chaque État.

677. L'idée d'une compétence exclusive des États quant à la protection de la propriété — et consécutivement, quant à toute atteinte à la propriété — a été étayée en interne, faute de disposition dans les traités conférant à l'Union une capacité à régler l'expropriation, mais surtout parce que le TFUE, en son article 345 précise que « les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres »¹³⁵¹. Certains considérèrent que l'article 345 TFUE prohibait expressément toute mesure européenne pouvant agir sur le régime de la propriété des États¹³⁵². Interprété largement, l'article 345 du TFUE conduirait à considérer que toute mesure se rapportant aux droits des propriétaires dans les hypothèses d'expropriation ou de tout autre risque politique relève du champ d'application de l'article 345 et, par conséquent, de la compétence exclusive des États¹³⁵³.

678. Cette interprétation extensive n'a toutefois pas été retenue par la Cour de justice, lui préférant une conception plus restrictive. Dans une perspective d'effectivité du droit du marché intérieur, la Cour rappela assez rapidement que les États ne pouvaient jouir d'une autonomie complète en matière de propriété sur le fondement de l'article 345 TFUE, au risque de porter atteinte aux libertés fondamentales. Suggéré dans l'affaire *Costa c. ENEL*, la Cour précise clairement ce principe dans son arrêt *Fearon* où elle indique, dans le contexte de la liberté d'établissement, que l'article 345 TFUE (ex-art. 222 TCEE) ne s'oppose pas à l'application du droit européen en matière de protection de la propriété de sorte que toutes mesures nationales affectant le droit de propriété ne doivent pas porter atteinte aux principes du droit de l'UE¹³⁵⁴. Au travers des principes généraux du droit de l'UE, la CJCE a affirmé que le droit européen pouvait imposer des limites aux droits de propriété de sorte à en affecter l'exercice. Cette interprétation a par la suite été confirmée au

¹³⁵¹ Pour une idée des différents avis, v. SHAN W., ZHANG S., « The treaty of Lisbon: half way toward a common investment policy », *EJIL*, vol.21, n° 4, 2011, pp.1060-1064.

¹³⁵² Régime renfermant toutes les normes régissant les droits et obligations attachés à la propriété, les limitations de ces droits et notamment les conditions de transfert d'un bien privé vers le domaine public.

¹³⁵³ Notamment en ce qui concerne la légalité de l'expropriation et le montant de l'indemnisation

¹³⁵⁴ En l'occurrence, le principe de non-discrimination. V. CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, aff. C-6/64 ; CJCE, 6 novembre 1984, *Fearon c. Irish Land Commission*, aff. C-182/83, pts. 5-7 : « [...] la Commission soutient tout d'abord que le système d'expropriation publique fait partie du régime de la propriété et que l'article 222 du traité, aux termes duquel [...] justifierait donc à lui seul une réponse négative à la question posée par la juridiction nationale.

Cette conclusion ne saurait être retenue. [...] Il s'ensuit que si l'article 222 du traité ne met pas en cause la faculté des États membres d'instituer un régime d'expropriation publique, un tel régime n'échappe cependant pas à la règle fondamentale de non-discrimination qui est à la base du chapitre du traité relatif au droit d'établissement. »

travers de la Charte des droits fondamentaux¹³⁵⁵. Ce cadre réglementaire se distingue par conséquent par la consécration d'un certain équilibre entre la capacité normative de l'Etat — dont la souveraineté en matière d'expropriation est préservée — et la protection de la propriété de l'investisseur, qui implique que l'atteinte induite par l'action étatique — quelle qu'en soit la forme — puisse être contrôlée. L'outil de contrôle privilégié étant en l'occurrence le principe de proportionnalité. Ainsi, la protection de la propriété, enjeux traditionnels des TBI, a été actée en droit de l'UE au travers de la jurisprudence de la Cour de justice.

679. Dans le cadre traditionnel des TBI, la propriété reçoit une protection large. Il ne fait aucun doute que les dispositions relatives à l'expropriation offrent une protection non seulement contre l'expropriation directe, mais aussi contre l'expropriation indirecte, *de facto* ou rampante¹³⁵⁶. L'expropriation indirecte, en général, fait référence à toute mesure étatique ou à toute mesure qui n'est pas une expropriation au sens formel du terme, mais qui a un effet équivalent à celui-ci, c'est-à-dire qu'elle entraîne la dépossession de l'investisseur étranger. La difficulté est qu'en l'absence d'une définition appropriée, elle constitue indiscutablement un risque pour le droit de réglementer de l'Etat. Pratiquement toute mesure étatique — indépendamment de son objectif — peut être considérée comme une forme d'expropriation indirecte, qualification qui implique un droit à compensation¹³⁵⁷ obligeant les Etats à payer pour réglementer. Le risque de les dissuader de légiférer dans l'intérêt général est évident.

680. En considérant seulement la jurisprudence récente — notamment depuis la sentence *AAPL*¹³⁵⁸ — ce risque n'était pas que théorique. Elle a notamment été mise en exergue dans la sentence *Metaclad* où le gouvernement mexicain a été tenu responsable d'une expropriation indirecte en dépit des considérations environnementales manifestes de sa réglementation¹³⁵⁹. Dans la mise en œuvre de la compétence européenne en matière d'investissement, les institutions européennes ont pris acte des critiques et des craintes en insistant sur la nécessité d'inclure des clauses d'expropriation qui au demeurant devaient être suffisamment qualifiées afin d'assurer un équilibre entre la protection de la propriété de l'investisseur contre l'expropriation et le droit de l'Etat à réglementer, qui plus est dans l'intérêt général¹³⁶⁰. Cette volonté semble s'être réalisée dans

¹³⁵⁵ art. 52 CDFUE.

¹³⁵⁶ Sur les subtilités entre ces trois termes, V. NANTEUIL (DE) A., *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, pp. 9-13.

¹³⁵⁷ DOLZER R., «Indirect Expectations: New Developments», *NYU Environmental Law Journal*, 2002, 11, 64.

¹³⁵⁸ CIRDI, 27 juin 1990, sentence, *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka* (AAPL c. Sri Lanka), aff. No. ARB/87/3.

¹³⁵⁹ CIRDI, 30 août 2000, sentence, *Metalclad Corporation c. Mexique*, aff. No. ARB (AF)/97/1, para.103 et s.

¹³⁶⁰ COMMISSION EUROPEENNE, Communication du 7 juillet 2010, «Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux», COM (2010) 343 final, pp. 8-9.

la mise en œuvre de l'article 207 TFUE qui a été clairement admise comme constituant une base de compétence en matière d'expropriation¹³⁶¹. Les AII européens post-Lisbonne cultivent ainsi, en matière d'expropriation, de nombreuses précisions, essentiellement sur des points discutés. Si elles s'insèrent, de prime abord, dans un cadre classique, elles concentrent toutefois un certain nombre d'innovations qui permettent de conclure à une attention spécifique à l'égard du droit à réglementer des Etats. L'insertion de ces clauses participe indéniablement à une évolution générale du droit international des investissements vers un droit plus complexe, plus équilibré et moins isolé normativement. Parmi les évolutions, on retrouve ainsi une clarification de la notion, notamment en ce qui concerne les critères de qualification d'une expropriation indirecte. Ces critères ont en général pour objectif de protéger la marge de manœuvre étatique. Au-delà de la notion, c'est également le régime de l'expropriation qui fait l'objet de précision, soit dans une clarification des conditions d'indemnisation, mais plus globalement en formulant des clauses d'exceptions au profit de l'Etat ou en anticipant certains conflits de normes. Toutefois, la véritable innovation, au regard de la pratique conventionnelle, réside dans une référence au principe de proportionnalité, connu en interne, comme principal outils de mise en cohérence et d'équilibre des intérêts privés et publics.

681. Partant de là, il s'agira dans un premier temps de mettre en exergue l'effort innovant de clarification des clauses d'expropriation aux fins d'équilibre des intérêts mis en œuvre dans la pratique récente des AII européens (Sect. 1). Cette analyse permettra de se rendre compte qu'une telle démarche résonne avec la situation en interne où l'appréhension indirecte et ambiguë du droit de propriété aboutit à un équilibre entre la propriété privée de l'investisseur et la capacité normative de l'Etat en matière d'expropriation (Sect. 2).

¹³⁶¹ KRAJEWSKI M., « External Trade law and the Constitution Treaty: Towards a federal and more Democratic Common Commercial Policy », *CML Rev.* 2005, p. 114; SHAN W., ZHANG S., « The treaty of Lisbon: half way toward a common investment policy », *op. cit.*, pp.1060-1061 ; CEYSSENS J., « Towards a common foreign investment policy? Foreign investment in the European Constitution », *Legal Issues of Economic Integration*, vol.32, n° 3, 2005, p. 278; KARL J., « The Competence for Foreign Direct Investment », *The Journal of World Investment*, 2004, vol. 5 (3), p. 421; cf. égal. DIMOPOULOS A., *EU Foreign Investment Law*, *op. cit.*

SECTION 1. UN REEQUILIBRAGE DES INTERETS DANS L'EXPROPRIATION EN EXTERNE

682. Les instruments européens ne sont pas révolutionnaires dans leur présentation de l'expropriation. Ils reprennent clairement le cadre formel et classique mis en évidence au travers des nombreux TBI. Toutefois une innovation est clairement perceptible dans la volonté d'encadrement de la clause et donc d'équilibre des intérêts.

683. Tout d'abord, si les instruments européens prennent en considération les subtilités pouvant exister entre les différentes notions de nationalisation, expropriation directe et expropriation indirecte, ils concluent immédiatement à l'existence d'une même racine conceptuelle. Elles renvoient toutes à l'idée d'une mesure portant atteinte au droit de propriété. Il est ainsi de principe que cette parenté conceptuelle implique une parenté dans le régime¹³⁶². Les distinctions opérées entre l'expropriation directe et l'expropriation indirecte, qui au demeurant s'affichent comme des reprises de certaines solutions jurisprudentielles¹³⁶³, n'ont pour seul intérêt que d'éviter la qualification de n'importe quelle mesure étatique en une mesure d'expropriation en l'absence de transfert formel du titre de propriété ou de saisi du bien de l'investisseur¹³⁶⁴. C'est en ce sens qu'il faut donc comprendre les formulations retenues¹³⁶⁵ qui ne s'écartent pas de ceux ayant cours jusqu'à maintenant¹³⁶⁶.

684. En ce qui concerne les exigences de légalité d'une mesure d'expropriation, on retrouve les quatre critères classiques des TBI que sont l'intérêt public, la non-discrimination, l'application régulière de la loi et la compensation financière¹³⁶⁷. Hormis la question de l'application régulière de

¹³⁶² SCHILL S., *The multilateralization of international investment law*, op. cit., p. 84.

¹³⁶³ Par ex, CIRDI, 13 septembre 2006, sentence, *Telenor Mobile Communications A.S. c. Hongrie*, aff. in° ARB/04/15, para 63 ; CIRDI, 12 avril 2002, *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. Égypte*, aff. n° ARB/99/6, para. 107.

¹³⁶⁴ SCHREUER C., DOLZER R., *Principles of international investment law*, op. cit., p. 92.

¹³⁶⁵ Cf. art. 2,7, para 1, API UE Viet Nam : « Une partie s'abstient de nationaliser ou d'exproprier les investissements visés des investisseurs de l'autre partie, directement ou indirectement, au moyen de mesures ayant des effets équivalents à une nationalisation ou à une expropriation (ci-après dénommée "expropriation") [...] ».

¹³⁶⁶ Ex. art. V du TBI Italie Congo intitulé « Nationalisation ou expropriation » est assez explicite sur cette assimilation : « 1. Les investissements effectués dans le cadre du présent Accord ne sont soumis à aucune mesure susceptible de limiter, à titre permanent ou temporaire, le droit de propriété, la possession, le contrôle ou la jouissance des investissements [...]/2. Les investissements et les activités liées aux investissements des investisseurs de l'une des Parties Contractantes ne feront pas l'objet, *de jure* ou *de facto*, directement ou indirectement, de mesures de nationalisation, expropriation, réquisition ou toute autre mesure similaire [...]. ».

¹³⁶⁷ Cf. art. 8.12, para. 1, litéras a-d, AECG. V. art. V TBI Iran Singapour : « Neither Contracting Party shall nationalise, expropriate [...] the investments of investors of the other Contracting Party unless such a measure is taken on a non-discriminatory basis, for a public purpose, in accordance with due process of law, and upon payment of compensation in accordance with this Article. »

la loi, ces critères, unanimes dans la pratique des TBI, sont aujourd'hui largement compris comme les critères de licéité d'une expropriation¹³⁶⁸, la jurisprudence les érige au rang du droit international coutumier¹³⁶⁹.

685. Cette reprise formelle n'est pas sans conséquence. Elle aboutira inévitablement que dans l'interprétation des dispositions européennes, il pourra être fait usage de la jurisprudence développé dans le cadre des TBI¹³⁷⁰. Par conséquent, les précisions apportées sur la définition de l'expropriation notamment en ce qui concerne les critères d'identification de l'expropriation indirecte doivent nécessairement être lues à l'aune de la jurisprudence antérieure.

686. Il est constant que la tendance majoritaire de cette jurisprudence fût caractérisée par une protection — excessive — des droits des investisseurs au détriment des intérêts des États. La sentence *Metalclad*, dans laquelle le Tribunal a tenu le Mexique responsable d'une expropriation indirecte de l'investisseur¹³⁷¹ est un exemple typique de cette tendance. Le Tribunal n'avait pas retenu les considérations environnementales avancées pour justifier la mesure de sorte. En l'espèce l'impact sur la propriété de l'investisseur avait été considéré comme le seul facteur pertinent. Cette approche, dite du *sole effect doctrine* pourrait être justifiée étant donné qu'une expropriation indirecte ne peut être identifiée sans analyser réellement les effets de la mesure sur la propriété¹³⁷². Mais elle ne tient pas compte du fait que l'action de l'État peut effectivement servir l'intérêt général. C'est ce qui explique la raison d'être de la deuxième tendance jurisprudentielle fondée sur la doctrine du pouvoir de police (*policy power*). Cette approche tend à affirmer que les mesures, poursuivant un objectif d'intérêt général, dès lors qu'elles ne sont ni discriminatoires ni arbitraires ne devraient jamais être qualifiées d'expropriations, indépendamment de leur effet sur la propriété privée de l'investisseur¹³⁷³. Cette coexistence d'approche donne à voir les difficultés auxquelles les tribunaux sont confrontés dans la qualification d'une expropriation indirecte. Si cette incertitude est

¹³⁶⁸ V. le projet de Convention de Harvard de 1961 sur la responsabilité internationale des États pour les dommages causés aux étrangers, Art. 10, in SOHN L. B., BAXTER R. R., 'Responsability of States for injuries to the Economic Interests of Aliens', *AJIL*, 1961, p. 545; V. égal. OCDE Projet de convention sur la protection des biens étrangers, ILM 1968 (I), 7:117. V. égal. NANTEUIL (DE) A., *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p. 136.

¹³⁶⁹ CIRDI, 1er octobre 2014, sentence, *Vigotop Limited c. Hongrie*, aff. n° ARB/11/12, para. 275.

¹³⁷⁰ On rappellera que l'inverse est vrai dans la mesure où l'AECG a été utilisé pour interpréter des TBI : CIRDI, 8 juillet 2016, sentence, *Philip Morris Brand Sàrl e. a c. Uruguay*, aff. N° ARB/10/7, par. 300 ; CIRDI, 30 décembre 2016, sentence, *Saint-Gobain Performance Plastics Europe c. Venezuela*, aff. n° ARB/12/13, par. 489.

¹³⁷¹ CIRDI, 30 août 2000, sentence, *Metalclad Corporation c. Mexique*, aff. No. ARB (AF)/97/1, para.103 et s. La ville de Guadalcázar avait refusé de confirmer un permis de décharge délivré par le gouvernement fédéral.

¹³⁷² DOLZER R., «Indirect Expectations: New Developments», *op. cit.*, pp. 79–80.

¹³⁷³ Sur la doctrine du « pouvoir de police », v. par ex. SCHREUER C., DOLZER R., *Principles of international investment law*, *op. cit.*, p. 109. Cette doctrine a été appliquée dans des affaires liées à l'expropriation indirecte, tel que CPA, CNUDCI, 2 août 2010, sentence, *Chemtura corp. c. Canada*, aff. n° 2008-01, para. 266 ; CIRDI, 8 octobre 2009, sentence, *EDF c. Roumanie*, aff. ARB/05/15, para. 308.

préjudiciable aux Etats — dans l'exercice de leur fonction normative — elle est également source d'insécurité pour les investisseurs dans l'identification de la portée normative des accords d'investissement. C'est ainsi que la Commission des Nations unies pour le commerce et le développement (CNUCED) explique la nécessité d'une plus grande précision :

the expropriation clause has the potential to pose undue constraints on a State's regulatory capacity. To avoid this, policymakers could clarify the notion of indirect expropriation and introduce criteria to distinguish between indirect expropriation and legitimate regulation that does not require compensation.¹³⁷⁴

687. Les récents accords d'investissement de l'UE marquent clairement la volonté de s'inscrire dans une telle démarche de clarifications des clauses d'expropriation¹³⁷⁵. Indépendamment de libellés non exempts de critiques, les dispositions pertinentes partent manifestement de l'expérience du passé et de certains ordres juridiques afin d'introduire une modernisation de l'expropriation. En matière d'identification, une attention particulière est ainsi apportée à la qualification d'une expropriation indirecte. Ce qui en ressort, c'est un rejet manifeste des approches dogmatiques et asymétriques traditionnelles, et ce dans une volonté d'égal prise en considération des intérêts privés et publics. Est alors imposée une qualification circonstanciée où une mise en balance des intérêts s'impose. Cette mise en balance est également imposée dans la définition du régime. En l'occurrence, si une réparation juste et adaptée de l'investisseur s'impose, sa détermination se doit d'être circonstanciée. En particulier, l'Etat a la faculté d'échapper aux conséquences de la qualification d'une expropriation illicite au travers de clauses d'exception générale et spécifique qui préserve sa capacité d'agir pour certains intérêts légitimes.

688. Il importe au demeurant de voir comment est imposée une approche factuelle et hétérogène de l'expropriation indirecte (§ 1.) pour ensuite déterminer comment cette approche est approfondie par la promotion d'un régime équilibrée de l'expropriation en général, et ce dans une volonté de préserver la capacité réglementaire des Etats (§ 2.).

§1. La nécessité d'une qualification factuelle et hétérogène de l'expropriation indirecte

689. L'identification d'une expropriation indirecte est l'une des questions les plus complexes du droit de l'expropriation. La première difficulté ayant divisé les tribunaux dans le processus

¹³⁷⁴ CNUCED WIR (2015) p. 82.

¹³⁷⁵ Au regard de son libellé détaillé, l'art. 8.12 de l'AECG — et l'annexe 8-A applicable à l'article 8.12.1 — est le premier à s'inscrire dans cette démarche. V. égal. Art 2,6 API UE Singapour qui renvoie aux annexes 1 à 3 de l'accord ; art. 2.7 API UE Vietnam interprété conformément à l'annexe 4.

d'identification d'une expropriation indirecte tient à l'identification du critère pertinent : faut-il se limiter aux effets sur le droit de propriété ou doit-on considérer la nature et l'objet de la mesure ? Cette difficulté, soulevée notamment par le Tribunal *Azurix*¹³⁷⁶ a été vidée par les accords de l'UE qui dans leurs instruments interprétatifs de la clause d'expropriation dressent une liste de critères à considérer dans la qualification d'une expropriation indirecte.

690. Il importe de relever que l'ensemble de ces instruments imposent une analyse factuelle au cas par cas afin d'identifier l'expropriation indirecte, les critères n'étant pas exclusifs. Cette précision, qui préserve une marge de manœuvre dans la qualification des mesures étatiques, est pertinente dès lors que par définition une expropriation indirecte est essentiellement une question de fait, toute qualification *in abstracto* est par essence viciée¹³⁷⁷. Ceci légitime la démarche innovante de l'Union de multiplication des outils interprétative. Elle s'exprime dans l'élaboration d'une liste, non exhaustive, de critères devant nécessairement être considérés. La volonté d'une démarche équilibrée se traduit alors par la nécessaire cohabitation, à côté du critère objectif relatif à l'effet sur l'investissement, de critères subjectifs inhérents à l'objet même de l'investissement, mais également à l'intention étatique. La cohérence entre ces différents critères est alors assurée par une référence au test de proportionnalité qui est implicitement imposé. Si le test de proportionnalité, connu en droit interne, n'est pas nouveau dans le cadre de l'investissement, une telle référence conventionnelle est une innovation en ce qu'elle impose manifestement une approche renouvelée de la notion d'expropriation indirecte.

691. Par conséquent, l'analyse des critères de qualification de l'expropriation indirecte (A) précédera celle du test de proportionnalité comme outils de redéfinition de l'expropriation indirecte (B).

A. La coexistence de critères objectifs et subjectifs

692. Dans la définition de l'expropriation, les accords d'investissements exigent unanimement l'existence d'une incidence économique sur l'investissement induite par la (série de) mesure(s) de l'Etat. La nécessité d'un effet sur la propriété est inhérente à la notion même d'expropriation et n'a

¹³⁷⁶ CIRDI, 8 décembre 2003, décision sur la compétence, *Azurix Corporation c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/01/12, para. 309: « [w] hether to consider only the effect of measures tantamount to expropriation or consider both the effect and purpose of the measures is a point on which not only the parties disagree but also arbitral tribunals »

¹³⁷⁷ FORTIER L. Y., DRYMER S. L., « Indirect Exportation in the Law of International Investment: I know it when I see it, or Caveat Investor », *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, 2004, p. 293.

jamais été remise en cause, le débat était davantage focalisé sur la question de savoir s'il s'agit de l'unique critère et sur la manière de le caractériser.

693. Sur la qualification de l'effet de l'expropriation, les accords de l'UE réaffirment une pratique récente tendant à exiger un effet d'une certaine gravité. Sur ce point, l'UE n'innove pas réellement. La gravité de l'impact est caractérisé dès lors qu'une atteinte substantielle à l'un des attributs essentiels du droit de propriété est caractérisée. Atteinte, qui, de par une certaine durée et son étendue, aboutit à une dépossession de fait. À cet égard, les accords de l'UE opèrent une consécration particulière de la théorie des attentes légitimes en supposant que l'atteinte puisse être évaluée en considérant les attentes légitimes induites par l'investissement. Mais la véritable innovation en la matière réside dans un rejet explicite de la doctrine du *sole effect*. Effectivement, les accords européens tracent une voie médiane entre l'approche du *sole effect* et celle des *policy powers* en imposant, à côté de l'effet de la mesure, une prise en considération des objectifs de la mesure.

694. En somme, l'étude du critère objectif de la privation substantielle (1) précédera celle des critères subjectifs inhérents aux attentes légitimes de l'investissement et à l'objet de la mesure étatique (2).

1. La nécessité d'une privation substantielle comme élément objectif de l'expropriation

695. Au regard de l'effet, les instruments reviennent donc sur la nécessaire considération de l'incidence économique — ce qui intègre les expropriations *de facto* — toutefois, ils soulignent immédiatement que, le constat d'« effets négatifs sur la valeur économique d'un investissement ne permette pas d'établir à lui seul qu'il y a eu expropriation indirecte »¹³⁷⁸. C'est là une référence manifeste à la doctrine du *sole effect* qui, en l'espèce, n'est pas exclu, dans l'absolu, mais restreint dans son usage. La prise en considération de l'effet aux fins de qualification de l'expropriation ne peut suffire que dans les hypothèses où elle conduit, au regard du droit de propriété, à une dépossession telle que définie par les textes¹³⁷⁹.

696. Ces derniers, avant d'introduire ce critère des effets précisent unanimement qu'une expropriation indirecte existe lorsqu'on caractérise des « effets équivalents à ceux d'une expropriation directe. C'est le cas lorsque la mesure prive matériellement l'investisseur visé des

¹³⁷⁸ Cf. pt. 2, a) Annexe 1 « Expropriation », API UE Singapour.

¹³⁷⁹ V. en ce sens NANTEUIL (DE) A., *Droit international de l'investissement*, *op. cit.* CETA 2019, pp. 132 et s. Si l'effet ne s'analyse qu'en un impact négatif sur la valeur économique de l'investissement, le critère de l'effet ne peut suffire. L'auteur rappelle ainsi que l'expropriation n'existe qu'en cas de perte de contrôle de l'investisseur, ainsi, lorsqu'il existe une dépossession effective, nul besoin de poursuivre l'analyse.

droits fondamentaux de propriété associés à l'investissement visé, y compris le droit d'user, de jouir et de disposer de son investissement, et ce, sans transfert officiel du titre de propriété ni saisie pure et simple»¹³⁸⁰. Sur cette privation, les accords européens s'approprient les solutions classiques reprises majoritairement par la jurisprudence relative aux TBI. La privation ne peut qu'être substantielle¹³⁸¹, ce qui est le cas dans les hypothèses d'anéantissement de l'un des trois attributs reconnus du droit de propriété¹³⁸². Il faut toutefois préciser qu'en raison de son caractère factuel, l'examen d'une privation substantielle, au-delà des trois critères, ne saurait faire fi de l'examen du maintien ou non d'un contrôle effectif de l'investisseur¹³⁸³. L'exigence d'une telle privation substantielle exclue selon toute vraisemblance qu'une telle privation puisse être partielle¹³⁸⁴. Les différents termes mis en évidence suggèrent une telle interprétation qui rejoint la position jurisprudentielle majoritaire.

697. De même, l'exigence d'une privation substantielle oblige à se demander si elle peut être temporaire. Et de la même manière que la jurisprudence antérieure, les accords de l'UE rappellent que la durée de la mesure doit, à côté de son incidence, être critère d'analyse¹³⁸⁵. Encore une fois, les textes européens auraient pu être plus explicites, et ce au regard de l'état de la jurisprudence¹³⁸⁶.

¹³⁸⁰ Cf. pt. 1 Annexe 1 « Expropriation », API UE Singapour.

¹³⁸¹ Par ex, CIRDI, 12 mai 2005, sentence, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, aff. No. ARB/01/8, para. 262 ; T. Ad hoc. (CNUDCI), 15 novembre 2004, sentence, *Gami Investments, Inc. c. Mexique*, pts. 98 et 103, para. 126. Il s'agit d'une solution irradiant tout le Droit international, v. CHRISTIE C. C., « What Constitutes a Taking of Property under International Law », *Brit. Y. B., International Law*, 1962, 38, p. 309.

¹³⁸² Tribunal irano-américain des réclamations, Jahangir Mohtadi et Jila Mohtadi c. Iran, 3e Chambre n° 71, 2 décembre 1996, Rapports Iran-U.S.C.T. vol. 32, p. 124, par. 103 : « [u]nder the law of both civil and common law countries, the elements of [property] right traditionally are regarded to include: the right to use the property; the right to enjoy the fruits of it; the power to possess the property; the right to exclude others from the possession or use of the property; and the right to dispose of it. »

¹³⁸³ Si ce critère du contrôle effectif n'est pas explicitement mentionné ici, tout porte à croire que les arbitres interprétant les accords européens seront amenés à le sanctionner et ce d'autant qu'il a connu des occurrences dans jurisprudence : cf. Pope & Talbot, Inc. c. Canada, 26 juin 2000, par. 100. Dans cette affaire le tribunal a conclu à l'absence d'expropriation dès lors que « the investor remains in control of the investment, it directs the day-to-day operations of the investment, and no officers or employees of the investment have been detained by virtue of the Regime [Canadian's]... ». Cf égal. AAA, 4 août 1978, sentence, *Revere Copper and Brass c. OPIC*, aff. n°1610013776, 2ILR 56:258, p. 291.

¹³⁸⁴ V. par ex Trib. Ad. Hoc, CNUDCI, 18 avril 2002, sentence, *Link Trading Joint Stock Company c. Moldova*, para. 91; CIRDI, 30 avril 2004, sentence, *Waste Management, Inc. c. Mexique (II)*, aff. n° ARB(AF)/00/3, para. 160 et s ; CIRDI, 12 mai 2005, sentence, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, aff. No. ARB/01/8, par. 263 ; CIRDI, 19 janvier 2007, sentence, *PSEG Global inc. et al. c. République de Turquie*, aff. n°ARB/02/5, par. 279. V. égal. NANTEUIL (DE) A., *Droit international de l'investissement*, op. cit., p. 406. Pour une approche opposée, minoritaire, v. T. Ad Hoc (CNUDCI), 13 novembre 2000, sentence partielle, *S.D. Myers*, par. 283 ; KRIEBAUM U., « Regulatory Takings : balancing the interests of the investor and the state », *The journal of world investment & trade : law, economics, politics*, 2007, vol. 8, p. 717.

¹³⁸⁵ CIRDI (CNUDCI), 8 juin 2009, sentence, *Glamis Gold, Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, par. 356.

¹³⁸⁶ La majorité des sentences imposent une permanence des effets, mais sans, nécessairement, exclure la possibilité d'accepter une privation temporaire : V. CIRDI, 3 octobre 2006, sentence, *LG&E Energy corp. LG&E Capital corp. LG&E International inc. c. Argentine*, aff. n° ARB/02/1, par. 193 : « [g]enerally, expropriation must be permanent, that is to say, it must not have a temporary nature » ; CIRDI, 21 novembre 2007, sentence, *Archer Daniels Midland Company et*

Nonobstant les quelques divergences, force est de reconnaître qu'ils exigent tous au minimum une certaine durée¹³⁸⁷, ce qui sera à notre avis la position dans le cadre européen au regard du cadre dans lequel s'insère la clause¹³⁸⁸.

698. En tout état de cause, l'expropriation indirecte implique dans les faits une privation substantielle, qui ne peut être évaluée que dans une démarche casuistique où des éléments tels que la durée ou le caractère partiel ou non de la privation doivent être considérés comme des indices d'une privation substantielle. En dehors d'une telle privation, il faut considérer qu'il n'y a pas d'expropriation indirecte¹³⁸⁹.

2. La nécessaire considération des attentes de l'Etat et de l'investissement

699. Comme en matière de traitement juste et équitable, la consécration de la théorie des attentes légitimes doit en l'espèce être relativisée. Effectivement, les accords de l'UE adoptent une conception étroite de ces attentes en les restreignant à des attentes spécifiques de l'investissement, et non de l'investisseur — eu égard aux attributs de la propriété. À côté des attentes de l'investissement, les dispositions européennes ferment un vieux débat en affirmant la pertinence de l'intention étatique dans le cadre des expropriations indirectes, confirmant par là le rejet explicite de la théorie du *sole effect*.

700. Ainsi, à côté du critère objectif de l'effet de la mesure, l'UE impose une prise en considération de critères subjectifs inhérents aux attentes légitimes d'un investissement (a) et aux objectifs poursuivis par l'Etat (b).

Tate & Lyle ingredients America, inc. c. Mexique, aff. n°ARB(AF)/04/05, par. 243. D'autres ont été plus stricts dans leur exigence : CIRDI, 17 juillet 2006, sentence, *Fireman's fund insurance company c. Mexique*, aff. n°ARB (AF)/02/01, par. 176. '[t]he taking must be permanent, and not ephemeral or temporary'; V. égal. CIRDI, 30 juillet 2010, sentence, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., et Vivendi Universal S.A. c. Argentine*, aff. n°ARB/03/19, para. 134.

¹³⁸⁷ CIRDI, 27 août 2008, sentence, *Consortium Plama c. Bulgarie*, aff. n°ARB/03/24, para. 193.

¹³⁸⁸ Difficile d'imaginer qu'une « privation substantielle », qui anéantit les « attributs fondamentaux du droit de propriété » puisse être temporaire. Le critère du contrôle effectif va dans ce sens : V. TA, CNUDCI, 3 septembre 2001, sentence définitive, *Ronald S Lauder c. République tchèque*, para. 200 : « *expropriation means the coercive appropriation by the State of private property, usually by means of individual administrative measures* ».

¹³⁸⁹ Ce qui n'exclut pas une atteinte à l'investissement par exemple au titre du traitement juste et équitable. Ici les accords européens ont clairement fait le choix d'exclure certaines solutions qui intègrent dans la clause d'expropriation les expropriations directes, indirectes ainsi que d'autres mesures.

a. La pertinence des attentes légitime de l'investissement

701. De toute évidence, les accords d'investissements de l'UE mettent en exergue l'embarras qui prévaut autour du concept d'attentes légitimes en droit des investissements étrangers. Ainsi, l'incertitude mise en évidence dans le cadre de la clause du traitement juste et équitable se remarque également dans l'analyse de la clause d'expropriation. D'une part, force est de constater que seul l'AECEG fait explicitement référence aux attentes légitimes de l'investissement au côté des autres critères d'identification d'une expropriation indirecte¹³⁹⁰. Cela met en évidence les réticences des institutions européennes sur ce concept qui tend toutefois à s'imposer en droit des investissements¹³⁹¹. Avec l'AECEG, difficile de ne pas voir l'influence nord-américaine, qui en l'occurrence sur l'expropriation va au-delà de la question des intérêts légitimes¹³⁹². Plus précisément, l'approche de l'Union — au regard de la théorie des attentes légitimes en matière d'expropriation indirecte — fait échos à la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis qui, en matière fiscale, s'appuie sur le concept d'« *investment-backed expectations* »¹³⁹³, concept mobilisé par les tribunaux arbitraux pour ériger les attentes légitimes au rang de critère d'une expropriation prohibée¹³⁹⁴. D'autre part, cette prise en considération — critiquée à maints égards¹³⁹⁵ — fait l'objet d'une certaine attention dans l'AECEG qui, en imitant la pratique minoritaire nord-américaine¹³⁹⁶, entoure le concept de certaines précisions limitant sa portée.

702. L'AECEG signale en premier lieu qu'il s'agit d'attentes « spécifiques »¹³⁹⁷. L'ajout de cet adjectif est fondamental dès lors qu'il a pour vocation de limiter la protection conventionnelle aux seules attentes clairement identifiées. Autrement dit, toute modification normative ou du contexte

¹³⁹⁰ Pt. 2, c) Annexe 8-A AECEG : « l'étendue de l'atteinte portée par la mesure ou la série de mesures en cause aux attentes spécifiques et raisonnables sous-tendant l'investissement ».

¹³⁹¹ Pour une étude notamment sur la question de l'expropriation, v. ORREGO VICUÑA F., « Regulatory Authority and Legitimate Expectations : Balancing the Rights of the State and the Individual under International Law in a Global Society », in *International Law FORUM du droit international*, Kluwer Law international, 2003, p. 188.

¹³⁹² V. Annexe A, US Model BIT 2012.

¹³⁹³ US Suprem Court, 26 juin 1978, *Penn Central Transp. Co. c. City of New York*, 438 U.S. 104, p. 124, v. égal.

¹³⁹⁴ TA, CNUDCI, 19 août 2005, sentence partielle, *Eureko c. Pologne*, para. 242 ; CIRDI, 29 mai 2003, sentence, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Mexique*, aff. No. ARB(AF)/00/2, para. 122, cité par NANTEUIL A., « Expropriation », in MBENGUE M.M., SCHACHERER S. (dirs.), *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, *Studies in European Economic Law and Regulation* 15, Springer, 2019, pp. 134 et s.

¹³⁹⁵ *Ibid.* qui met notamment en évidence notamment en évidence la non-pertinence des attentes légitimes dès lors que l'expropriation, licite par principe, est inhérent au concept d'investissement qui implique un risque que l'investisseur n'est pas censé ignorer. V. égal. DUPUY F., DUPUY P.-M., « What to expect from legitimate expectations? A critical appraisal and look into the future of the "Legitimate Expectations" Doctrine in international investment law », *op. cit.*, p. 274.

¹³⁹⁶ Ex. Art. 4, a), II) Annex B 2012 US Model BIT ; art. 4, a), II) Annex 14-B ACEUM (USMCA) 2020 ; art. 4, a), II) Annex B TBI USA Rwanda 2008 ; Pt. a), ii) Annex I TBI Canada Hong-Kong (2016)

¹³⁹⁷ « *distinct* » dans les accords du Canada et des États-Unis d'Amérique.

de l'investissement ne peut caractériser a priori une atteinte¹³⁹⁸. Cela implique qu'il faudra exiger, à l'instar de certaines sentences récentes, un comportement spécifique tel que promesses ou des représentations de l'État d'accueil, certains ayant en outre adopté une vision restrictive en exigeant engagement spécifique¹³⁹⁹.

703. En outre, l'AECG dans l'annexe 8-A précise qu'il s'agit d'attentes spécifiques « sous-tendant l'investissement ». Cette précision opère ainsi un lien entre le concept d'attente légitime et la question de la propriété, enjeu central de l'expropriation¹⁴⁰⁰. Dans le cas d'une expropriation indirecte, il s'agit de rechercher si l'investisseur ne se trouve pas dépossédé des attributs essentiels de la propriété sur son bien. Par conséquent, il n'est pas compliqué de voir un lien entre les attentes légitimes de l'AECG et la capacité de jouir des avantages de son investissement en tant qu'attribut du droit de propriété. De cette façon, les attentes sous-tendant l'investissement renvoient à l'attente de profits, critère essentiel dans la décision d'investir¹⁴⁰¹. In fine, seul un comportement spécifique de l'Etat qui cause une absence de profit pourrait être sanctionné, ce qui éloigne de la théorie générale des attentes légitimes qui recouvrent une multitude de situation. C'est une façon de protéger un attribut essentiel de la propriété, la capacité de jouir, difficile à caractériser¹⁴⁰², à l'inverse des autres attributs, sans élargir à outrance la protection¹⁴⁰³.

704. Par son libellé, l'AECG appréhende les attentes légitimes à la manière d'un indice non autonome aux fins d'identification d'une expropriation indirecte. Par la prise en considération de l'objet de la mesure étatique, l'AECG met en place une protection de la capacité réglementaire de l'Etat.

¹³⁹⁸ V. CIRDI, 5 septembre 2008, sentence, *Continental Casualty Company c. Argentine*, affaire n° ARB/03/9, par. 261.

¹³⁹⁹ CIRDI, 31 octobre 2011, sentence, *El Paso Energy international company c. Argentine*, aff. n° ARB/03/15, para. 394. Ce qui implique un comportement spécifique et orienté de l'État : CNUDCI, 26 janvier 2006, sentence, *international Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, para. 147; vérifier CPA, CNUDCI, sentence, août 2010, *Mytilineos Holdings c. Serbie (II)* ; aff. No. 2014-30.

¹⁴⁰⁰ Deux éléments a priori étrangers l'un de l'autre, v. NANTEUIL A, « Expropriation », *op. cit.* p. 137.

¹⁴⁰¹ V. CIRDI, 8 décembre 2003, décision sur la compétence, *Azurix Corporation c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/01/12, par. 318.

¹⁴⁰² Pour un ex. jurisprudentiel, v. CIRDI, 17 février 2000, sentence, *Compañía del desarrollo de Santa Elena c. Costa Rica*, aff. n° ARB/96/1, par. 76 ; CIRDI, 10 février 1999, sentence, *Goetz c. Burundi*, affaire n° ARB/95/3, para. 124.

¹⁴⁰³ L'investisseur qui garde le contrôle et l'usage de son investissement ne serait protéger à ce titre que si la neutralisation des avantages vide l'investissement de son sens et après analyse du caractère du comportement de l'État, à l'origine. Ainsi, les attentes légitimes ne sauraient protéger l'investisseur contre le mauvais jugement commercial ou tout autre évolution économique.

b. La pertinence des objectifs de l'action étatique

705. Apport considérable hérité, une fois n'est pas coutume, de la pratique nord-américaine, on retrouve dans les accords européens, au titre des facteurs d'identification d'une expropriation indirecte, « la nature de la mesure ou de la série de mesures, notamment leurs objet, contexte et but [ou l'intention selon les accords] »¹⁴⁰⁴.

706. L'intention de l'Etat d'exproprier a souvent été considérée sans pertinence dans la caractérisation d'une expropriation¹⁴⁰⁵ et davantage d'une expropriation indirecte, ce qui est conforme au droit de la responsabilité internationale¹⁴⁰⁶. Les formules retenues invitent toutefois à limiter la portée de cet apport, dès lors qu'il est raisonnable de penser que l'intention, ou le but, vise uniquement l'objectif général de l'Etat, la finalité objective de la mesure et non son objectif précis d'exproprier.

707. Eu égard aux incertitudes jurisprudentielles, la différence est primordiale. La clarification implique inéluctablement un rejet de la doctrine du *sole effect* pour conclure à une expropriation indirecte mise en œuvre par certains tribunaux pour considérer une expropriation indirecte au seul motif d'une privation¹⁴⁰⁷, indépendamment de la question de savoir si l'action étatique est justifiée par exemple, en cas de violation du droit interne, à moins que la réponse ne soit abusive ou arbitraire¹⁴⁰⁸.

708. L'influence de la nature et de l'intention de la mesure est conforme au caractère factuel de l'expropriation indirecte qui suppose une considération du contexte global, au-delà de l'effet de la mesure. Elle évite le rejet absolu de la légitimité de l'action étatique, qui a été affirmée à plusieurs reprises dans le contexte de l'expropriation indirecte¹⁴⁰⁹. Il faut préciser que, dans le cas de

¹⁴⁰⁴ Annexe 1, pt. 2, c) API UE Singapour.

¹⁴⁰⁵ V. TA, CNUDCI, 3 novembre 2008, *National Grid P.L.C. c. Argentine*, para. 147. V. égal. SACERDOTI G., « Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection », *op. cit.*, p. 383.

¹⁴⁰⁶ La qualification d'un acte illicite ne dépend pas de l'intention de l'État. V..

¹⁴⁰⁷ V. CIRDI, 30 juin 2009, sentence, *Saipem SpA c. Bangladesh*, aff. n°ARB/05/7, para. 134. Egal. CIRDI, 8 novembre 2010, *Alpha Projektholding GmbH c. Ukraine*, aff. n°ARB/07/16, paras. 409-410 ; CIRDI, 16 juin 2010, sentence, *Gemplus S.A. et Talsud S.A. c. États-Unis du Mexique*, aff. n°ARB(AF)/04/3 et ARB(AF)/04/4, paras. 8-23.

¹⁴⁰⁸ V. CIRDI, 3 novembre 2015, sentence, *Adel a Hamadi Al-Tamimi c. Oman*, aff. no.ARB/11/33, para. 439.

¹⁴⁰⁹ CIRDI, 17 février 2000, sentence, *Compañía del desarrollo de Santa Elena c. Costa Rica*, aff. n°ARB/96/1, par. 72 : « [e] xpropriatory environmental measures – no matter how laudable and beneficial to society as a whole – are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains ». CIRDI, 16 mai 2012, sentence, *Marion et Reinhard Unglaube c. Costa Rica*, aff. n° ARB/08/1 et ARB/09/20, para. 217.

l'expropriation directe, l'intention de la mesure est sans pertinence¹⁴¹⁰. Dès lors que la mesure a pour objet une privation. Reste à savoir quel est le poids de l'intention de la mesure au regard des autres facteurs. La proportionnalité apparaît alors comme un outils d'appréciation de ce rapport.

B. Le principe de proportionnalité comme vecteur d'une conception renouvelée de l'expropriation

709. La caractérisation d'une expropriation indirecte nécessite une privation substantielle et durable affectant en particulier les attentes de l'investisseur fondées sur l'investissement, tout en prenant en considération l'objectif et le caractère général de la mesure. Ce qui n'est pas explicitement dit, c'est le rapport entre les différents facteurs. Plus précisément, comment considérer l'objectif d'intérêt public qui est, rappelons-le, considéré de manière traditionnelle, comme une condition de légalité, *ab initio* de l'expropriation, qu'elle soit directe ou indirecte. Par conséquent, en tant que condition de légalité, la question de la légitimité de la mesure dans le cadre de l'expropriation n'est pas un facteur d'exclusion de l'indemnisation¹⁴¹¹.

710. Par conséquent, comment comprendre la prise en compte de l'intention et l'objectif de la mesure étatique pour identifier une expropriation indirecte ? Peut-être qu'il convient d'évoquer le fait que l'objet de la mesure est un facteur d'identification de l'expropriation indirecte parmi d'autres, dont l'effet de la mesure sur l'investissement et la dépossession substantielle. Par conséquent, l'intérêt public étant une condition de la licéité de la mesure, il ne sera jamais suffisant en soi, ce qui est en accord avec le droit de la responsabilité international¹⁴¹². En écho avec la jurisprudence de la CEDH en matière de restriction aux garanties conventionnelles – dont le droit de propriété – la mobilisation du principe de proportionnalité s'avère inéluctable¹⁴¹³. Le tribunal

¹⁴¹⁰ Dans l'expropriation directe, le but de la mesure est de priver l'investisseur, sans doute aux fins d'atteindre un objectif d'intérêt public. Dans les expropriations indirectes, la privation est supposée être accessoire et, en fin de compte, la qualification d'une mesure comme expropriation dépendra de l'analyse globale, même s'il existe des hypothèses où l'État dissimule son intention. C'est typiquement le cas dans les hypothèses expropriations « rampantes », v. CIRDI, 29 juillet 2008, sentence, *Rumeli Telekom A.S. et Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. c. Kazakistan*, aff. n°ARB/05/16, para. 684.

¹⁴¹¹ CIRDI, 8 décembre 2003, décision sur la compétence, *Azurix Corporation c. République d'Argentine*, aff. n°ARB/01/12, para 310 : « [t] he issue is not so much whether the measure concerned is legitimate and serves a public purpose, but whether it is a measure that, being legitimate and serving a public purpose, should give rise to a compensation claim »

¹⁴¹² CPJI, 12 décembre 1934, *Oscar Chinn*, Série A/B n° 63, ind. Op. Anzilotti, p. 112. V. égal. *Pope & Talbot c. Canada*, para. 99. Le contraire nuirait à l'intérêt du droit international.

¹⁴¹³ V. CEDH, 19 décembre 1989, *Mellacher ea c. Autriche*, req. n°10522/83, 11011/84, 11070/84, par. 48 ; CEDH, 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera ea c. Belgique*, req. n° 17849/91, 38, p. 19. Sur la pertinence du test de proportionnalité développé par la CEDH pour les demandes d'expropriation indirecte.

dans la sentence *Tecmed* avait justement mobilisé ce principe dans l'hypothèse d'une expropriation indirecte¹⁴¹⁴.

711. Le raisonnement tenu par le Tribunal implique une prise en considération tant de l'importance de l'atteinte que de celle de l'objet de la mesure étatique. Il s'agit de savoir si ce dernier peut justifier la première, c'est-à-dire si l'atteinte est proportionnée. En considération des faits de l'espèce, une atteinte intense pourrait être justifiée dans certains cas alors que, dans d'autres, une atteinte moindre pourrait être qualifiée d'expropriation indirecte.

712. La pertinence du test de proportionnalité, admise en matière d'expropriation par certains tribunaux arbitraux¹⁴¹⁵, ne pose pas de problème en ce qui concerne les accords de l'Union. D'une part, ce principe fait partie de l'ADN de l'ordre juridique de l'Union en raison de la complexité de son corpus normatif. Sa mobilisation dans le cadre des accords européens d'investissements — qui tend à instaurer un régime complexe qui allie libéralisation et protection de l'investissement tout en conciliant l'intérêt privé et l'intérêt public — va de soi. D'autre part les accords de l'Union suggèrent son usage à divers endroits. Si ce n'est pas explicite dans le cadre de l'expropriation indirecte, deux éléments plaident en sa faveur. Le premier, c'est l'absence de hiérarchie entre les différents facteurs d'identification d'une expropriation indirecte qui nécessite par conséquent un outil de gestion des rapports. Ensuite, les différentes clauses prévoient une exception relative aux mesures poursuivant des objectifs légitimes de bien être public — ou de politique publique insusceptible d'être qualifiée d'expropriation indirecte sauf si elles sont « manifestement excessives »¹⁴¹⁶. Seul un test de proportionnalité permettra de vérifier cela.

713. L'apport des accords de l'Union, au regard des TBI, se manifeste dans l'obligation faite de recourir au test de proportionnalité. De par les libellés retenus, le recours au test de proportionnalité ne peut être une option laissée à l'appréciation des arbitres de même que le choix de l'usage des doctrines dites du « *sole effect* » ou des « *public policy* ».

¹⁴¹⁴ Tecmed para 122: '[t] he tribunal will consider, in order to determine if they are to be characterized as expropriatory, whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and to the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact has a key role upon deciding the proportionality [...]. There must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure.'

¹⁴¹⁵ CIRDI, 3 octobre 2006, sentence, *LG&E c. Argentine*, aff. No. ARB/02/1, para.195. Ce principe a été, à d'autres occasions, reconnu comme un principe général du droit des investissements : CIRDI, 6 août 2016, sentence, *Getma International, NCT Necotrans, Getma International Investments, NCT Infrastructure & Logistique c. Guinée*, aff. n°ARB/11/29, para. 386.

¹⁴¹⁶ Pt. 3 Annexe 4 API UE Vietnam ; Pt. 2, para. 2, Annexe 1 API UE Singapour ; Pt. 3 Annexe 8-A AECG.

§2. La promotion d'un régime équilibré de l'expropriation

714. Les AII européens reprennent, classiquement, les quatre critères de légalité d'une expropriation. Toutefois, seule l'exigence d'indemnisation fait l'objet de développements aux fins d'éclaircissements. Les AII de l'UE imposent la formule classique d'une indemnisation prompte, adéquate et effective tout en fournissant des outils d'appréciation. L'enjeu est de fixer des lignes directrices et un cadre précis qui préserve les intérêts des deux parties tout en garantissant une marge de manœuvre aux arbitres de sorte à s'adapter aux circonstances de fait. Toutefois, une question demeure dans les hypothèses d'expropriation illicite où un retour au principe du droit international de la responsabilité s'impose.

715. En tout état de cause, la démarche européenne est révélatrice de l'affirmation d'un nouveau paradigme en matière d'expropriation. L'enjeu est l'équilibre des intérêts. Cette démarche est explicite au regard de l'existence de clauses d'exceptions générales et spéciales pour la poursuite de certains intérêts légitimes. La clause générale s'impose comme l'affirmation la plus explicite de la volonté de préserver la capacité réglementaire de l'Etat. Si sa mise en oeuvre soulève des interrogations, force est de constater que la rédaction de cette disposition est innovante. Au demeurant, le constat d'une mesure légitime n'est pas suffisant. Une telle mesure doit demeurer proportionnée. Si le recours au principe de proportionnalité n'est pas une nouveauté, l'obligation d'y recourir, même implicitement, est une véritable innovation dans la pratique des traités d'investissement. Au-delà de la clause générale, des clauses d'exceptions spéciales, notamment en matière de droit de propriété intellectuelle, sont prévues. Elles approfondissent cette nécessité du droit européen des investissements de promouvoir, au travers de la clause d'expropriation, un régime complexe dans les intérêts en mouvement.

716. De ces éléments, il ressort au demeurant que la promotion d'un régime équilibré de l'expropriation passe par le souci de garantir un droit à réparation de l'investisseur adapté (A), mais également par l'affirmation de clauses d'exception de protection de la capacité normative de l'Etat (B).

A. La nécessité d'une réparation adaptée de l'investisseur exproprié

717. Les instruments européens reprennent la formule majoritaire, mais contestée, dite « formule de Hull »¹⁴¹⁷ en exigeant une « indemnisation prompte, adéquate et effective »¹⁴¹⁸. En l'espèce, lesdits instruments apportent d'importantes précisions qui permettent de déterminer les modalités permettant une telle indemnisation. Si les précisions relatives au calcul des intérêts et à la date de l'indemnisation ne doivent pas être omises, l'enjeu principal concerne la détermination du contenu de l'indemnisation. À cet égard, une appréciation mitigée s'impose en ce que la référence à la juste valeur marchande et l'absence de référence au principe d'indemnisation du droit international de la responsabilité questionne sur la nécessité d'une distinction entre la réparation de l'expropriation licite d'une part et illicite d'autre part.

718. Après s'être interrogé sur la détermination du principe de réparation adaptée à la qualification juridique de chaque expropriation (1), un aperçu des précisions techniques sera proposé (2).

1. Expropriation licite et illicite, la détermination du référentiel pertinent de calcul de l'indemnisation

719. Si la plupart des pays développés avaient adopté la formule *Hull*, les pays en voie de développement, soutenus par l'Assemblée générale des Nations-Unies dans un contexte postcolonial, l'ont rejetée au profit de la doctrine *Calvo* qui renvoie en cas de contestation au droit interne de l'Etat hôte¹⁴¹⁹. C'est cette opposition qui a fondé la remise en cause du caractère coutumier de la formule¹⁴²⁰ qui a été néanmoins appliquée par certains tribunaux en l'absence d'une quelconque référence dans le traité¹⁴²¹. La sentence *CME* a quant à-t-elle fait preuve de beaucoup

¹⁴¹⁷ Du nom du Secrétaire d'État américain Cordell HULL qui a été le premier à l'énoncer à l'occasion de nationalisations de société pétrolière par le Mexique. Cf. Lettre à l'ambassadeur du Mexique du 22 août 1938, reproduite in « Mexico-United States: Expropriation by Mexico of Agrarian Properties Owned by American Citizens », *AJIL* 32, Spec. Supp. p. 181 (1938).

¹⁴¹⁸ Art. 8,12, 1), d) AECG ; Art. 2,7, 1), d) API UE Vietnam ; Art. 2,6, 1), d) API UE Singapour.

¹⁴¹⁹ AG ONU, Res. 1803 (XVII), *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, 14 décembre 1962 ; AG ONU, Res. 3281 (XXIX), *Charte des droits et devoirs économiques des États*, 12 décembre 1974, La pertinence des résolutions de l'Assemblée générale sur la question a elle-même été contestée : JULLIARD P., « L'évolution des sources du droit des investissements », *op. cit.*, p. 86 et s.

¹⁴²⁰ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA E., « State Responsibility for Nationalization of Foreign Owned Property », in *State Responsibility in International Law*, ed. Rene Provost, 1978, p. 184 ; p. 194 et s.

¹⁴²¹ TA, CNUDCI, 27 octobre 1989, *Antoine Biloune c. Ghana*, *Intl L. Rep.* 95:184, pp. 210-211 : « [u]nder the principles of customary international law, a claimant whose property has been expropriated by a foreign State is entitled to full – i.e., to prompt, adequate and effective – compensation. »

plus de prudence en questionnant l'actualité de la controverse en raison des références croissantes à la formule dans de nombreux traités¹⁴²². Les instruments européens, à l'instar d'autres, évincent par conséquent tout débat sur la nature juridique de la formule de Hull et sa pertinence, en imposant son usage. En outre, ils anticipent toutes discussions sur le sens et le contenu exact de cette norme générale en explicitant les modalités de l'indemnisation.

720. Pour la considérer comme adéquate, les différentes dispositions relatives à l'expropriation stipulent dans un paragraphe 2 que l'indemnisation visée doit correspondre à la juste valeur marchande (JVM) de l'investissement¹⁴²³. La pertinence de cette notion dans le cadre de l'expropriation divise notamment dans la pratique arbitrale¹⁴²⁴. Le refus d'une référence à la seule JVM repose essentiellement sur le fait qu'elle ne serait pas en mesure, à elle seule, d'effacer toutes les conséquences de l'illégalité¹⁴²⁵. Dans les hypothèses d'expropriation illégale, certains suggèrent la norme applicable en droit international de la responsabilité.

721. Manifestement, l'enjeu réside dans la distinction entre l'indemnisation d'une expropriation légale d'une part et illégale d'autre part. Or dans la pratique conventionnelle, comprise européenne, l'indemnisation est toujours présentée en tant que critère de légalité. C'est ce qui permet de penser que dans les hypothèses d'une expropriation illicite, la réparation pourrait ne pas être restreinte à la seule valeur marchande pour s'appuyer sur la pratique du droit international général dans les hypothèses de fait internationalement illicite qui suppose le principe d'une réparation intégrale sur la base du standard de *Chorzów*¹⁴²⁶. À défaut, la distinction entre l'expropriation légale et illégale n'aurait aucun sens de même que les conditions de légalité posées¹⁴²⁷. Ainsi, de nombreux tribunaux

¹⁴²² CIRDI, 14 mars 2003, sentence, *CME Czech Republic B.V. (Pays-Bas) c. République tchèque*, par. 497. Pour un aperçu des chiffres, v. CNUCED (2012), p. 40.. Cette réplétion pouvant être considérée comme le signe de l'émergence d'une règle coutumière : v. CIJ, 20 février 1969, *Plateau continental de la mer du Nord*, CIJ Rep. p. 3, par. 71. Mais force est de constater que certains États s'opposent encore à la formule notamment lorsqu'ils sont défendeurs, tel est le cas de l'Argentine : CIRDI, 6 février 2007, sentence, *Siemens A.G. c. Argentine*, aff. n° ARB/02/8, para. 331 et s.

¹⁴²³ Art. 8,12, 2) AECG ; Art. 2,7, 2) API UE Vietnam ; Art. 2,6, 1), d) API UE Singapour.

¹⁴²⁴ Pour une utilisation du principe de la JVM, v. CIRDI, 4 avril 2016, sentence, *Crystallex International Corporation c. Venezuela*, aff. n° ARB(AF)/11/2, par. 853 ; CIRDI, 6 mai 2016, sentence, *Murphy Exploration & Production Company – International c. Équateur*, aff. n° ARB/08/4, para. 482.

¹⁴²⁵ Cf. Comité ad hoc CIRDI, 15 janvier 2016, sentence, *Adem Dogan c. Turkménistan*, aff. n° ARB/09/9, para. 164.

¹⁴²⁶ CPJI, 13 septembre 1928, *Affaire de l'usine de Chorzów*, n° 13, série A n° 17, p. 47. 1928, n° 13, série A n° 17, p. 47.

¹⁴²⁷ CPJI, Chorzów, p. 47 : « Il s'ensuit que l'indemnité due au Gouvernement allemand n'est pas nécessairement limitée à la valeur qu'avait l'entreprise au moment de la dépossession, plus les intérêts jusqu'au jour du paiement. Cette limitation ne serait admissible que si le Gouvernement polonais avait eu le droit d'exproprier et que si son tort se réduisait à n'avoir pas payé aux deux Sociétés le juste prix des choses expropriées ; dans le cas actuel, elle pourrait aboutir à placer l'Allemagne et les intérêts protégés par la Convention de Genève, et pour lesquels le Gouvernement allemand a pris fait et cause, dans une situation plus défavorable que celle dans laquelle l'Allemagne et ces intérêts se

arbitraux ont refusé d'appliquer la formule, sur la base des TBI, dans des cas d'expropriation illégale, considérant qu'une telle clause n'était tout simplement pas applicable¹⁴²⁸. Cette interprétation restrictive est toutefois remise en cause par d'autres tribunaux qui ont considéré que l'application des deux normes — celle de la réparation intégrale d'une part, celle prévue par la clause d'indemnisation d'autre part — conduirait en tout état de cause au même résultat¹⁴²⁹. Certains tribunaux n'ont même pas questionné l'applicabilité de la clause relative aux expropriations et l'ont mise en œuvre dans une hypothèse d'expropriation illicite¹⁴³⁰.

722. La jurisprudence ne permet en l'occurrence pas de dégager une position claire. On pourrait néanmoins adopter une solution médiane et considérer que si la clause n'est pas applicable en soi, elle peut toutefois être prise en considération pour établir le *quantum* dû par l'État en cas d'expropriation illégale. Le développement de dispositions d'indemnisation précises, s'impose comme une tendance grandissante qui peut difficilement être justifiée par le seul souci de ne traiter que des expropriations licites. Elles semblent s'être imposées en vue d'offrir aux arbitres des outils eu égard aux difficultés mises en évidence lors de l'évaluation de la valeur des propriétés expropriées illégalement¹⁴³¹. À défaut, leur portée serait réduite puisque les accords d'investissement ont vocation à être mobilisés en cas de différends, donc dans les hypothèses d'expropriations illicites¹⁴³². Il y a lieu d'observer que certains tribunaux ont considéré qu'une expropriation dont seule la condition d'indemnisation faisait défaut ne devait pas être perçue comme illégale, mais seulement

trouveraient si la Pologne avait respecté ladite Convention. Une pareille conséquence serait non seulement inique, mais aussi, et avant tout incompatible avec le but visé par les articles 6 et suivants de la Convention, voire la défense, en principe, de liquider des biens, droits et intérêts des ressortissants allemands et des sociétés contrôlées par des ressortissants allemands en Haute-Silésie, car elle équivaldrait à identifier la liquidation licite et la dépossession illicite en ce qui concerne leurs effets financiers. »

¹⁴²⁸ Ex. CIRDI, 20 août 2007, sentence, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. Argentine*, aff. n° ARB/97/3, para. 8.2.5 ; CIRDI, 22 avril 2009, sentence, *Bernardus Funekotter ea. c. Zimbabwe*, aff. n° ARB/05/6 ; 764, paras. 110-111 ; CIRDI, 3 septembre 2013, sentence, *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V., ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. et ConocoPhillips company c. Venezuela*, aff. n° ARB/07/30, par. 342. Ce principe a également été admis par le Tribunal Irano-Américain des réclamations, cf. Iran-USCTR, 14 juillet 1987, *Amoco international finance corporation c. Iran*, 15:189, para. 191 et s.

¹⁴²⁹ CIRDI, 12 novembre 2016, sentence, *Tenaris SA et Talta — Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. c. Venezuela*, aff. n° ARB/12/23, para. 397.

¹⁴³⁰ Ex. CIRDI, 12 avril 2002, sentence, *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. Égypte*, aff. n° ARB/99/6, par. 107 ; CPA, 19 décembre 2014, *British Caribbean Bank Limited (Turks & Caicos) c. Belize*, aff. n° 2010-2018, para. 260 et s. ; CIRDI, 7 février 2014, sentence, *Antoine Abou Laboud et Leila Bounafef-Abou Laboud c. République démocratique du Congo*, aff. n° ARB/10/4, para. 555 et s.

¹⁴³¹ CIRDI, 13 mars 2015, sentence, *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, CA, et al. c. Venezuela*, aff. n° ARB/10/5, para. 138.

¹⁴³² NANTEUIL A, « Expropriation », in MBENGUE M.M., SCHACHERER S. (dirs.), *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Studies in European Economic Law and Regulation 15, Springer, 2019, pp. 140 et s.

comme une expropriation ouvrant droit à une indemnisation conformément à la clause¹⁴³³, ce qui plaide en faveur de la solution médiane.

723. Les arbitres dans le cadre européen pourraient de ce fait faire application de la JVM pour les expropriations illégales. En ce qui concerne le contenu de cette norme, les clauses européennes laissent une marge de manœuvre de sorte à pouvoir s'adapter aux circonstances factuelles¹⁴³⁴. Par conséquent, la JVM étant une norme générale, les méthodes d'identification précises élaborées dans la jurisprudence pourront être mobilisées¹⁴³⁵.

2. La pertinence de précisions techniques

724. La question du calcul de l'indemnisation met en exergue celle relative à la détermination de la date d'évaluation des biens expropriés, ce qui n'est pas sans conséquence sur le montant. L'opposition concerne les partisans de la date de l'expropriation et ceux de la date d'indemnisation¹⁴³⁶. Le choix dans le cadre européen a été fait en faveur de la date de l'expropriation ou la date où l'expropriation a été rendue publique¹⁴³⁷. Ce choix soulève différentes précisions.

725. L'alternatif offert s'explique par le fait que dans le cadre de l'expropriation indirecte, l'absence d'acte d'expropriation en tant que tel justifie de faire référence à la date où l'expropriation est devenu publique. Ce qui dans ce cas sera généralement le moment où l'expropriation indirecte

¹⁴³³ Ibid. CIRDI, 3 septembre 2013, sentence, ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V., ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. et ConocoPhillips company c. Venezuela, aff. n° ARB/07/30, par. 342.

¹⁴³⁴ Art. 2,6, 2), al. 2 API UE Singapour : « Les critères d'évaluation employés pour déterminer la juste valeur marchande comprennent la valeur d'exploitation, la valeur des actifs incluant la valeur fiscale déclarée des biens mobiliers, et tout autre critère, selon le cas. ». À titre de comparaison, la Banque Mondiale propose de définir la JVM comme la valeur normalement consentie au regard la nature de l'investissement, les circonstances dans lesquelles il fonctionnerait, ses caractéristiques spécifiques telles que sa durée d'existence, la proportion d'actifs corporels et d'autres facteurs à déterminer au cas par cas : Directives de la Banque mondiale sur l'investissement étranger, Art. IV, 5°.

¹⁴³⁵ En pratique, les tribunaux appliquant des dispositions similaires à celles des traités européennes ont fait application de plusieurs méthodes à la fois. Ex. CPA, 31 janvier 2014, *Guaracachi America, Inc. et Rurelec PLC c. Bolivie*, aff. n° 2011-2017, para. 451 et s. Le tribunal fait utiliser la méthode du *Discounted cash-flow* et celle du *willing — buyer standard*. La méthode du *Discounted Cash-Flow* étant la plus fréquemment mobilisée, il devrait en être de même dans le contexte européen. Cf CIRDI, 24 juillet 2008, sentence, *Bivater Gauff (Tanzanie) c. Tanzanie*, aff. n° ARB/05/22, para. 793. Il est possible de noter que les bénéfices futurs sont généralement intégrés dans la détermination de la juste valeur marchande.

¹⁴³⁶ La date d'indemnisation, au regard de la période entre l'expropriation et l'indemnisation et l'impact négatif qui croît nécessairement durant cette période, implique *de facto* dommage plus conséquent.

¹⁴³⁷ Art. 8,12, 2) AECG : « L'indemnité visée au paragraphe 1 correspond à la juste valeur marchande de l'investissement au moment immédiatement avant l'expropriation ou avant que l'expropriation imminente ne soit connue, selon ce qui survient en premier. » Dans le même sens v. ex : art. 6,2, b) TBI Brésil Inde (2020) ; art. 11, 2) TBI Japon Jordanie (2018) ; art. 7, 2) TBI Colombie Singapour 2013.

est devenue effective. La deuxième précision concerne la distinction entre expropriation légale et illégale. En principe, la clause d'indemnisation n'est pas formellement applicable aux expropriations illicites. Et partant de là, certains tribunaux ont considéré que l'évaluation devait avoir lieu à la date de l'expropriation lorsque celle-ci est licite, et à la date de la sentence lorsqu'elle ne l'est pas¹⁴³⁸. Cette solution apparaît juridiquement fondée. Si l'expropriation est licite, l'Etat a simplement exercé un droit régi par la clause d'indemnisation. Une expropriation illégale, en tant que fait internationalement illicite, suivra les principes du droit de la responsabilité internationale qui fixent une évaluation au moment de l'adjudication¹⁴³⁹ et une réparation intégrale. Le raisonnement ne devrait pas être différent dans le cadre européen de sorte que la clause d'indemnisation ne devrait pas s'appliquer, pour ce qui est de la date, aux expropriations illégales.

726. Il n'est pas contesté que les intérêts doivent être intégrés dans l'indemnisation. À cet égard, les AII de l'UE précisent qu'il s'agit d'un « taux commercial raisonnable » ou « normal », selon le texte¹⁴⁴⁰. La question est de savoir s'il s'agit d'un taux simple ou composé et, dans la pratique, les intérêts composés sont admis s'ils assurent une réparation intégrale¹⁴⁴¹. En l'absence de choix, les arbitres pourront donc faire usage de taux composés dans le cadre européen si c'est nécessaire. En précisant qu'il s'agit d'un taux commercial normal, les rédacteurs octroient aux arbitres une certaine marge de manœuvre pour recourir à différentes bases juridiques pour le taux¹⁴⁴². Cette marge de manœuvre est toutefois limitée en ce que la référence au caractère normal ou raisonnable du taux exclut le recours à des taux sans aucun fondement¹⁴⁴³. Enfin, et de manière classique, il est rappelé que l'indemnisation est effectuée dans la monnaie d'origine de l'investisseur ou toute autre monnaie librement convertible acceptée par ce dernier.

B. La préservation de la capacité normative de l'Etat expropriant

727. Le droit de réglementer occupe une place de choix au sein des clauses d'expropriation. Il s'agit en effet d'une préoccupation majeure dans le droit européen des investissements étrangers

¹⁴³⁸ CIRDI, 2 octobre 2006, sentence, *Conoco Philipps c. Venezuela*, para. 342. V. égal. CIRDI, 2 octobre 2006, sentence, *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited c. Hongrie*, aff. n° ARB/03/16, par. 497.

¹⁴³⁹ CIRDI, 2 octobre 2006, sentence, *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited c. Hongrie*, aff. n° ARB/03/16, para. 497.

¹⁴⁴⁰ Art. 8,12, 2) AECG.

¹⁴⁴¹ CIRDI, 5 septembre 2008, sentence, *Continental casualty company c. Argentine*, aff. n° ARB/03/9 paragraphe 310. En pratique, ils sont rarement accordés.

¹⁴⁴² Soit le droit interne : CIRDI, 22 décembre 2015, sentence, *Lundin Tunisia BV c. Tunisie*, aff. n° ARB/12/30, para. 386. Soit d'autres taux tels que le taux de prêt interbancaire de Londres (LIBOR) ou le taux d'offre interbancaire en euros (EURIBOR) : CIRDI, 17 décembre 2015, sentence, *Hrvatska Elektroprivreda DD c. Slovénie*, aff. n° ARB/05/24, par. 553.

¹⁴⁴³ Ex. CIRDI, 12 août 2016, sentence, *Flemingo Dutyfree Shop Private Ltd c. Pologne*, aff. 2014-11, para. 941.

en construction post-Lisbonne en raison du contexte général de critique à l'égard du droit international de l'investissement. Cette prise en considération se manifeste en premier lieu par l'existence d'une clause d'exception générale invocable par l'Etat afin de justifier certaines mesures qui en raison de leur légitimité ne sauraient caractériser une expropriation en tout état de cause. Cette clause générale, qui traduit également la volonté d'équilibre des intérêts mise en avant dans la qualification de l'expropriation, est en outre approfondie par des exclusions spécifiques, propres à certaines matières et aux contextes normatifs dans lequel elle se déploie – ainsi des mesures relatives aux droits de propriété intellectuels prisent en conformité des textes internationaux.

728. Le constat d'un régime équilibré de l'expropriation s'observe d'une part dans l'existence d'une clause générale de protection du droit de réglementer (A) et d'autre part, eu égard à la protection offerte à certaines mesures spécifiques prises en conformité de certains textes (B).

1. Protection générale du droit de réglementer

729. Les différentes annexes relatives à l'interprétation de la clause d'expropriation des AII de l'UE prévoient une exception générale pour les mesures étatiques « conçues et appliquées afin de protéger des objectifs légitimes de bien-être public ». Cette « exception de police », incontournable en droit international¹⁴⁴⁴, tend à s'imposer dans les dispositions relatives à l'expropriation des traités d'investissement, et ce sous l'impulsion des modèles nord-américains¹⁴⁴⁵ de sorte qu'elle n'est pas une innovation européenne¹⁴⁴⁶. Elle a pour objet d'empêcher la qualification d'expropriation indirecte de certaines mesures, indépendamment de leur impact sur les biens de l'investisseur. C'est une autre manifestation du rejet de la doctrine du *sole effect* dans la perspective d'une préservation de la capacité réglementaire de l'Etat pour sauvegarde de certains intérêts. Il n'y a aucun doute sur la nécessité, en tout état de cause, de considérer la finalité d'une mesure en cas d'expropriation indirecte.

¹⁴⁴⁴ La doctrine du pouvoir de police semble être aussi ancienne que les règles de droit international sur l'expropriation elle-même, Exception générale OMC. Le principe est considéré par certains comme un principe général du droit international général, au-delà de la question de l'investissement et d l'expropriation. Cf. BROWNLIE I., « The Peaceful Settlement of International Disputes in Practice, *Pace International Law Review*, (1995), p. 146.

¹⁴⁴⁵ Plus précisément, le libellé de l'exception relative au « pouvoir de police » de l'annexe 8-A 3° est similaire à celui utilisé dans le modèle de TBI des États-Unis de 2004 et 2012.

¹⁴⁴⁶ C'est une confirmation d'un principe bien établi. Dans l'affaire *Philipp Morris c. Uruguay* (para. 300), l'annexe 8-A, 3) de l'AECEG a été citée en exemple lors de l'application de l'exception de pouvoir de police sur une autre base. Ceci confirme que les accords européens sont, sur ce point, tout à fait cohérent avec une tendance globale de l'évolution générale du droit international des investissements.

730. Trois conditions sont requises pour qu'une mesure puisse bénéficier de l'exception générale de police. La mesure doit être non discriminatoire, poursuivre un objectif d'intérêt légitime et ne pas sembler manifestement excessive. Le critère de la non-discrimination s'inscrit dans l'interdiction générale des discriminations dans le droit des investissements et à cet égard, il faut considérer que doivent être appréhendées toutes formes de discriminations. Dans le cadre de l'expropriation et en considérant que la condition est un critère de qualification tant d'une expropriation que d'une mesure de police, il faut conclure qu'il ne s'agit pas d'un critère de distinction du type de mesure. Ainsi, rien n'empêche qu'une mesure expropriatrice soit non discriminatoire.

731. L'objectif de la mesure, élément central en l'espèce, appelle quelques interrogations relatives à son identification. Comment caractériser les « objectifs légitimes de bien-être public » dès lors que parallèlement l'existence d'un « intérêt public » est une condition de légalité d'une expropriation ? En ce sens, il faut également admettre que ce critère ne peut nullement être un élément de distinction entre une mesure expropriatrice légale et une mesure de police¹⁴⁴⁷. À défaut, il faudrait admettre que la différence, subtile, de terme est significative. L'« intérêt public », condition de légalité d'une expropriation, ne se confondrait pas avec les « objectifs légitimes de bien-être public », facteur d'identification d'une mesure de police. S'il est possible d'entrevoir par là une formulation de la distinction qu'opèrent certains entre l'intérêt public et l'intérêt général, sa mise en œuvre demeure complexe¹⁴⁴⁸. Les indices introduits par les clauses européennes — qui stipulent que l'objectif légitime en cause peut concerner la santé, l'environnement ou la sécurité — sans être inintéressants, ne résolvent pas les difficultés.

732. D'une part, il a été admis qu'une mesure légale poursuivant un objectif légitime tel que l'environnement n'exclut pas la caractérisation d'une expropriation ouvrant droit à une indemnisation¹⁴⁴⁹. Par conséquent, les confusions opérées invitent à rejeter toute approche exclusiviste de la théorie des pouvoirs de police — l'objet de la mesure suffit à la considérer comme une mesure de police — qui a pu être endossée à certaines occasions¹⁴⁵⁰. Rien ne permet d'abonder en ce sens dans le contexte européen. Quel type d'intérêt public doit être considéré comme

¹⁴⁴⁷ V. CIRDI, 8 décembre 2003, décision sur la compétence, *Azurix Corporation c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/01/12, para. 311.

¹⁴⁴⁸ B. UBUSHIEVA, *L'intérêt général dans le système de la Convention européenne des droits de l'Homme*, thèse dactyl. Bordeaux, 2018.

¹⁴⁴⁹ Cf. CIRDI, 17 février 2000, sentence, *Compañía del desarrollo de Santa Elena c. Costa Rica*, aff. n° ARB/96/1, par. 48.

¹⁴⁵⁰ V. CNUDCI, 3 août 2005, Sentence finale du Tribunal sur la compétence et le fond, *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, para. 15.

légitime ? La pratique jurisprudentielle démontre que cela peut concerner la santé¹⁴⁵¹, l'environnement¹⁴⁵², les enjeux monétaires¹⁴⁵³ ou de lutte contre la corruption¹⁴⁵⁴. La notion même de légitimité implique qu'il faille admettre qu'une définition absolue est impossible, son contenu étant relatif, tant dans le temps que dans l'espace.

733. Au demeurant, outre l'incertitude en termes d'identification, la finalité de la mesure ne suffit pas à caractériser une mesure de police, ce qui est suggéré par le libellé même des clauses de police européennes. Les textes européens, en affirmant que la mesure de police joue « sauf dans de rares circonstances où l'impact d'une mesure ou d'une série de mesures est si grave au regard de leur but qu'elles semblent manifestement excessives », éclairent implicitement sur le sens à donner aux différents critères.

734. Cette précision confirme que la légitimité de la mesure n'évince pas la qualification d'expropriation. Si cela était déjà présent dans d'autres accords, et en particulier dans les instruments nord-américains, sa rédaction dans les instruments européens est beaucoup plus fine que les précédentes rédactions. Dans le modèle américain, les mesures de police déploient leurs effets « *Except in rare circumstances* » sans aucune précision sur ces circonstances¹⁴⁵⁵. Confrontés à cette rédaction, les arbitres ont une grande marge de manœuvre en ce qu'il leur suffit d'invoquer l'existence d'une circonstance exceptionnelle sans aucune autre justification pour écarter la mesure de police. Le libellé européen constitue donc une réelle innovation en précisant que de telles circonstances sont relatives à l'impact de la mesure sur l'investissement qui doit être grave pour faire déjouer la mesure de police. L'effet de la mesure doit également être pris en compte dans l'évaluation de l'exception des pouvoirs de police. Ce qui confirme davantage le rejet d'une vision absolue de cette exception au profit d'une conception équilibrée. C'est une façon d'imposer le recours à un test de proportionnalité dont la pertinence dans le cadre de l'expropriation ne fait plus de doute. Cet apport résout par conséquent le problème inhérent à la référence à l'objet de la mesure, tant au stade de la légalité de l'expropriation que de sa justification.

¹⁴⁵¹ Philipp Morris c. Uruguay, para. 307.

¹⁴⁵² CNUDCI, 3 août 2005, Sentence finale du Tribunal sur la compétence et le fond, *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*.

¹⁴⁵³ CPA, CNUDCI, 17 mars 2006, sentence partielle, *Saluka Investments B.V. c. République tchèque*, aff. n°2001-04, paras. 271-272.

¹⁴⁵⁴ CIRDI, 8 octobre 2009, sentence, *EDF c. Roumanie*, aff. ARB/05/15, para. 308.

¹⁴⁵⁵ Annexe B, pt 4, b) 2012 US model BIT. Cf ORREGO VICUÑA F., "Regulatory Authority and Legitimate Expectations: Balancing the Rights of the State and the Individual under International Law in a Global Society", *op. cit.*

735. Les accords de l'UE introduisent une nouvelle approche dans l'analyse de l'expropriation indirecte. Celle-ci consiste à rejeter l'application absolue et exclusive, d'une théorie – *sole effect* ou *policy power* – pour imposer une vision équilibrée, suggérée dans la sentence *Tecmed*.

2. La prise en considération de la spécificité de certaines mesures et le souci de préservation de la cohérence de l'action normative de l'Etat.

736. La récurrence de la question des droits de propriété intellectuelle dans de récents contentieux d'investissement a permis de mettre en exergue le lien entre cette problématique et l'enjeu de préservation de la capacité normative de l'Etat¹⁴⁵⁶. Les instruments européens, de la même manière que les récents AII¹⁴⁵⁷ comprennent des dispositions visant à préserver la capacité de l'Etat sur certains aspects spécifiques touchant aux droits de propriété intellectuels ainsi qu'à assurer une certaine coordination avec l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) de l'Organisation mondiale du commerce. Une place particulière est réservée à la question des licences obligatoires¹⁴⁵⁸ qui pourrait aisément être qualifiée d'expropriation indirecte. Une telle qualification serait en contradiction avec l'objectif d'intérêt général poursuivi par ces licences¹⁴⁵⁹. C'est en cela qu'il est précisé qu'en tout état de cause, une licence obligatoire conforme à l'accord sur les ADPIC ne peut être considérée comme une expropriation indirecte. Si la question est réglée — pour autant que l'octroi d'une licence obligatoire soit conforme à l'accord sur les ADPIC — quelques remarques finales sont encore nécessaires.

737. Au-delà de l'impact sur la compétence du juge, il apparaît que la portée pratique d'une telle précision est à relativiser, en particulier dans le cadre des accords européens. Il n'est pas certain qu'une licence obligatoire puisse être qualifiée d'expropriation indirecte, d'une part au regard de

¹⁴⁵⁶ Outre l'affaire *Philipp Morris c. Uruguay* (n. 19), les demandes fondées sur le droit de la propriété intellectuelle comprennent CPA, 8 juillet 2017, sentence finale, *Philip Morris Asia Limited c. Australie*, aff. n° 2012-12 ; CNUDCI, 16 mars 2017, *Eli Lilly and Company c. Canada*, aff. n° UNCT/14/2 ; CIRDI, *Erbil Serter c. France*, aff. n° ARB/13/22.

¹⁴⁵⁷ art. 11, 6) TBI Japon Jordanie ; art. 11, 6) TBI Colombie Espagne (2021), etc.

¹⁴⁵⁸ Qui, conformément à l'accord ADPIC, peuvent être délivré afin de permettre l'usage d'innovations brevetées, même sans le consentement du titulaire du brevet, moyennant le paiement d'une compensation.

¹⁴⁵⁹ Elles permettent souvent de faciliter l'accès aux médicaments, par exemple en permettant aux laboratoires pharmaceutiques de produire des médicaments brevetés sans le consentement du titulaire du brevet. C'est donc d'importants outils politiques de santé, notamment dans les pays en développement. Leur intérêt a été soulevé à l'occasion de la pandémie liée du COVID-19 pour l'accès aux vaccins.

l'impact de la mesure¹⁴⁶⁰ et d'autre part au regard de son objet¹⁴⁶¹. Nonobstant son impact pratique, une telle précision aboutit nécessairement à expliciter la volonté de l'UE d'asseoir la préservation de la capacité normative de l'Etat comme un enjeu omniprésent dans le droit des investissements.

738. Outre la question spécifique des licences obligatoires, les accords confirment une tendance générale à anticiper l'ensemble des rapports entre les droits des propriétés intellectuelles, tels qu'ils figurent dans l'accord de l'OMC ou dans les chapitres spécifiques qui cohabitent à côté de ceux relatifs à l'investissement. Ces dispositions peuvent en l'occurrence être perçues comme des marqueurs d'une approche renouvelée du droit des investissements qui ne doit plus s'apparenter à un régime isolé et imperméable à toute influence externe. Dans le cadre des instruments européens, les dispositions posent une clause d'exception générale au profit des mesures relatives aux droits de propriété intellectuelle et conformes aux textes susmentionnés excluant la qualification d'expropriation pour ces mesures. En outre, elles précisent que la simple incompatibilité avec les textes pertinents n'entraîne pas, en soi, une telle qualification. Il ne s'agit bien sûr que d'une déclaration générale, mais elle est importante. Dans cette idée de décroisement de la matière, elle étend la compétence des arbitres qui doivent s'assurer de la cohérence avec d'autres accords dans la perspective d'une interprétation harmonieuse du droit international¹⁴⁶². En pratique, ces dispositions peuvent avoir leur importance en matière de transfert de technologie que certains Etats souhaitent imposer aux investisseurs étrangers afin de soutenir leur développement économique¹⁴⁶³. Ces transferts, qui a priori seraient incompatibles avec l'ADPIC, ne s'analyseraient pas de facto en une expropriation. L'identification d'une expropriation demeure une question de fait.

739. Au-delà de ces clauses d'exception spécifiques aux droits de propriété intellectuelle, qu'on retrouve dans l'ensemble des traités européens, certaines clauses spécifiques ne se retrouvent que dans certains instruments. Cette situation démontre que cette volonté de préservation de la capacité réglementaire de l'Etat ne peut pas se satisfaire d'une clause générale et absolue, mais doit également prendre en considération les enjeux spécifiques à chaque Etat. En l'occurrence, l'annexe 2 de

¹⁴⁶⁰ CORREA C.M., "Investment protection in bilateral and free trade agreements, implications for the granting of compulsory licenses", *Michigan Journal of International Law*, vol. 26, n°1, 2004, pp. 348-351. L'impact sur l'investissement est moindre, dès lors que le titulaire du brevet conserve ses droits, et en mesure d'en bénéficier et reçoit une compensation.

¹⁴⁶¹ Difficile de croire que l'objectif visant à assurer l'accès à des médicaments ou des vaccins puisse être contesté au regard des effets d'une licence obligatoire.

¹⁴⁶² Précisions que l'idée d'un principe général obligeant l'interprétation harmonieuse de différents traités en droit international est contestée. Cf pour un rejet dans un contentieux d'investissement : CIRDI, 30 novembre 2012, sentence, *Electrabel S.A. c. Hongrie*, aff. n°ARB/07/19, par. 4.130.

¹⁴⁶³ MUCHLINSKI P., *Multinational Enterprise and the Law*, OUP, 2007, 2e ed., p. 429. La cohérence est assurée, les transferts de technologies ne peuvent être efficaces que s'ils sont conformes à l'ADPIC et les dispositions sur l'expropriation. Il faut également rappeler que les clauses relatives aux exigences de performance incluent les transferts de technologie. Ce qui permet un autre type de contrôle.

l'accord de protection des investissements conclu avec Singapour, prend en considération la question de l'expropriation de terrain, par Singapour, conformément au *Land acquisition Act*. Cette clause reconnaît donc la légitimité des expropriations introduites conformément à cet Act qui a notamment pour objectif d'encadrer l'acquisition et la privatisation du foncier, notamment aux fins de préservation des terrains agricoles et de limitation des déplacements forcés de population dans un contexte de tension du foncier. La clause stipule que toute expropriation effectuée sur la base de cette loi « donne lieu au versement d'une indemnité, à concurrence de la valeur de marché du bien conformément à ladite législation »¹⁴⁶⁴. Encore une fois l'exception est suffisamment encadrée pour assurer un réel équilibre des intérêts. Ainsi, l'exception ne signifie pas une dispense d'indemnisation, mais seulement une indemnisation spécifique, et en tout état de cause, il faudra s'assurer que la mesure en cause répond à « une finalité publique ».

CONCLUSION DE SECTION

740. Les dispositions des accords de l'UE s'inscrivent dans une approche moderne de l'expropriation. En s'inspirant d'une tendance récente, notamment mise en évidence dans la pratique nord-américaine, et dans la jurisprudence, les clauses d'expropriations de l'UE apportent de nombreuses précisions qui pour certaines ne figurent pas dans de nombreux TBI, notamment ceux des Etats membres. Ces précisions visent à davantage consacrer la capacité normative des Etats dans une approche équilibrée vis-à-vis de l'intérêt privé. Cet objectif se réalise dans un premier temps par une approche plus complexe et factuelle dans la définition de l'expropriation, notamment indirecte. Cette démarche est ensuite reconduite dans la définition du régime de l'expropriation qui encore une fois se caractérise par une volonté objective de clarté des règles qui, dans leur substance, sont rédigées de sorte à favoriser une mise en balance, circonstanciée, entre l'intérêt privé et l'intérêt public. Et la principale innovation en la matière est dans la promotion du principe de proportionnalité comme outils de cette préservation d'un tel équilibre. Répondant pour la plupart à certaines préoccupations soulevées par la doctrine et la jurisprudence, les clauses vont également plus loin en faisant preuve d'innovation sur certains points. Si l'absence de mise en œuvre doit pousser à réserver la conclusion, sa formulation audacieuse suffit à dire qu'elle se présente comme une clause modèle équilibrée.

¹⁴⁶⁴ Ce type de clause existe dans des accords Nord américain avec des Etats tels que Brunei ou la Malaisie soumis aux mêmes problématiques. Cf. art. 9.8 Accord PTP.

SECTION 2. L'AMBIVALENCE DE LA PROTECTION DE LA PROPRIÉTÉ EN INTERNE

741. L'idée d'une compétence exclusive des États quant à la protection de la propriété — et consécutivement, quant à toute atteinte — a été étayée en interne faute de disposition dans les traités conférant à l'Union une capacité à réglementer l'expropriation, mais surtout parce que le TFUE en son article 345 précise que « Les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres ».¹⁴⁶⁵ Certains considérèrent que l'article 345 TFUE prohibe expressément toute mesure européenne pouvant agir sur le régime de la propriété des États, régime renfermant toutes les normes régissant les droits et obligations attachés à la propriété, les limitations de ces droits et notamment les conditions de transfert d'un bien privé vers le domaine public. Interprété aussi largement, l'article 345 TFUE supposerait que toutes les mesures se rapportant aux droits des propriétaires dans les hypothèses d'expropriation ou de tout autre risque politique, notamment en ce qui concerne la légalité de l'expropriation et le montant de l'indemnisation relèverait de l'article 345 et donc de la compétence des États membres. Ce postulat a très vite été relativisé par la Cour de justice et ses dynamiques d'interprétation des libertés fondamentales qui impliquèrent une conception plus restrictive de l'article 345 TFUE. Dans une démarche fonctionnaliste et au nom de l'effectivité des libertés économiques fondamentales, qui suppose une protection des biens des investisseurs étrangers en droit de l'UE, la Cour de justice a rapidement affirmé le caractère non absolu de l'article 345 TFUE. La liberté inéluctable des États, également reconnue en droit international, qui s'exprime essentiellement dans la définition de la nature privée ou public d'un bien, trouve ses limites dans l'effectivité des libertés fondamentales. Cette affirmation a en outre été approfondie par la reconnaissance du droit fondamental de propriété comme un principe général du droit de l'Union, désormais reconnu par la Charte des Droits fondamentaux.

742. Ce postulat historique et la construction progressive du droit de propriété en droit de l'Union impliquent une conception autonome de la notion. Dans la définition du contenu du droit de propriété, la jurisprudence n'a eu de cesse de rappeler la particularité de ce droit, eu égard aux compétences exclusives, et la nécessité de maintenir une certaine marge d'appréciation. C'est au demeurant, ce qui explique que si une mise en balance des intérêts légitimes publics et des intérêts privés s'impose en cas d'atteinte au droit de propriété, l'appréciation du droit de propriété est plus stricte.

¹⁴⁶⁵ Pour une idée des différents avis, v. SHAN W., ZHANG S., « The treaty of Lisbon: half way toward a common investment policy », *EJIL*, vol.21, n° 4, 2011, pp.1060-1064.

743. Il s'agira en l'occurrence de rappeler les incertitudes dans l'affirmation du principe général de protection de la propriété (§1) qui sa conception restrictive du droit de propriété (§2) et sa subsidiarité à l'égard d'autres intérêts concurrents (§3).

§1. L'affirmation incertaine d'un droit fondamental à la propriété privée

744. Dans une perspective fonctionnaliste — au nom d'une pleine intégration — la Cour a très vite affirmé que l'article 345 TFUE ne signifiait pas pour les Etats une autonomie absolue en matière de droit de propriété. Effectivement, une pleine efficacité des libertés économiques suppose des garanties sur la propriété des opérateurs économiques qui activent ces libertés. C'est en ce sens que, dans des arrêts majeurs, la Cour de justice, en limitant la portée des compétences exclusives des Etats, a affirmé que les mesures en matière d'expropriation ne pouvaient porter atteinte aux libertés fondamentales de sorte qu'un examen de ces mesures est admis. En ce sens, il est permis de questionner sur la pertinence de l'article 345 TFUE. En l'occurrence, en invoquant l'impératif de bon fonctionnement du marché intérieur ainsi que d'autres sources, la Cour a progressivement érigé le principe général du Droit de l'UE inhérent à la protection de la propriété.

745. Il s'agira ainsi d'évoquer la portée de l'article 345 TFUE (A) avant de voir comment la protection de la propriété s'est imposée comme un PGD (B).

A. L'article 345 TFUE et la portée de la compétence exclusive des Etats en matière de propriété

746. Au travers de la jurisprudence de la Cour, il est pertinent de s'interroger sur la pertinence de l'article 345 TFUE qui semble désormais être confiné à un rappel de l'inéluctable liberté dont jouissent les Etats en matière d'expropriation en vertu du droit international.

747. L'affaiblissement jurisprudentiel de la compétence exclusive des Etats au nom des libertés fondamentales (1) suppose ainsi de questionner la pertinence actuelle de l'article 345 TFUE (2).

1. Les libertés fondamentales de l'investisseur, obstacles à la liberté des Etats en matière de propriété

748. En considération de la nature même de l'intégration européenne, l'absence de base juridique spécifique en matière de propriété est problématique dès lors qu'en considération du bon fonctionnement du marché commun, il est évident que l'encadrement de la propriété contribue

pleinement au fonctionnement du marché intérieur dès lors que les atteintes aux droits de propriété ont nécessairement un impact considérable dans l'exercice effectif des libertés fondamentales¹⁴⁶⁶. L'action de l'UE en matière de propriété apparaissait donc comme « ... nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n'aient prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet... »¹⁴⁶⁷. Et effectivement, la protection des droits de propriété constitue un objectif premier de l'action européenne, ainsi que le reconnaît la jurisprudence, notamment avec l'avis 2/92¹⁴⁶⁸ de sorte que la liberté de principe des Etats se devait d'être encadrée.

749. Suggérée dans l'affaire *Costa c. ENEL*, la Cour confirme le principe d'une prévalence des libertés fondamentales du marché intérieur sur la compétence des Etats en matière de propriété dans son arrêt *Fearon*. Elle indique clairement, dans le contexte de la liberté d'établissement, que l'article 345 TFUE (ex-art. 222 TCEE) ne s'oppose pas à l'application du droit européen en matière de protection de la propriété de sorte que toutes mesures nationales affectant le droit de propriété, doit être conforme au principe de non-discrimination¹⁴⁶⁹. Ce principe est réitéré en matière de libre circulation des capitaux, en particulier dans les affaires *Golden Shares*, pour affirmer que l'article 345 TFUE ne peut être utilisé par les États pour justifier une violation des libertés fondamentales¹⁴⁷⁰.

750. Cette conception restrictive de la portée de l'article 345 est également celle qui a cours en matière de propriété intellectuelle. La Cour a précisé que des mesures nationales en matière de propriété intellectuelle pouvaient impacter significativement l'exercice des libertés de circulation et le droit de la concurrence¹⁴⁷¹. Dans un premier temps, la Cour développe une théorie s'appuyant

¹⁴⁶⁶ Pour approfondir cette question de la protection des droits fondamentaux dont le droit de propriété, en tant qu'objectif des traités et son lien avec le fonctionnement du marché intérieur, v. CREMONA M., « External relations and external competence of the European Union: The emergence of an integrated policy » in CRAIG P., DE BURCA Gràinne (dirs.), *The Evolution of EU Law*, OUP, 2011, pp. 223–224 ; ARNULL A., « Left to its own Devices? Opinion 2/94 and the Protection of Fundamental Rights in the European Union » in DASHWOOD A., HILLION C. (dir.), *The general law of EC external relations*, Sweet & Maxwell, 2000, ch. 8, pp. 61–78.

¹⁴⁶⁷ Art. 352.1 TFUE.

¹⁴⁶⁸ CJCE, 24 mars 1995, Conseil de l'OCDE relative au traitement national, avis 2/92, pts. 32 et s.

¹⁴⁶⁹ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, aff. C-6/64 ; CJCE, 6 novembre 1984, *Fearon c. Irish Land Commission*, aff. C-182/83, pts. 5-7 : « [...] la Commission soutient tout d'abord que le système d'expropriation publique fait partie du régime de la propriété et que l'article 222 du traité [...] justifierait donc à lui seul une réponse négative à la question posée par la juridiction nationale.

Cette conclusion ne saurait être retenue. [...] Il s'ensuit que si l'article 222 du traité ne met pas en cause la faculté des États membres d'instituer un régime d'expropriation publique, un tel régime n'échappe cependant pas à la règle fondamentale de non-discrimination qui est à la base du chapitre du traité relatif au droit d'établissement. »

¹⁴⁷⁰ V. *supra* et not. CJCE, 4 juin 2002, *Commission c. Portugal*, aff. C-367/98 ; CJCE, 4 juin 2002, *Commission c. France (Elf Aquitaine)*, aff. C-483/98 ; CJCE, 4 juin 2002, *Commission c. Belgique*, aff. C-503/99.

¹⁴⁷¹ V. ainsi CJCE, 18 février 1992, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-30/90, not. pts 14 et 18 où des dispositions du *Patents act* britannique relatif au brevet ont été considérés comme des mesures d'effets équivalents à des restrictions quantitatives et que « l'article 222 [...] ne saurait être interprété comme réservant au législateur national, en matière de

sur la substance même des normes nationales permettant d'opérer une distinction aux fins de l'examen de l'applicabilité du droit communautaire. Ainsi, partant du constat d'une absence de mesure d'harmonisation et de la compétence des législateurs nationaux en matière de propriété intellectuelle, la Cour conclut que l'existence d'un droit de brevet ne peut, en tant que telle, enfreindre le droit communautaire. Seul son usage peut dans certaines circonstances porter atteinte aux libertés fondamentales de sorte que l'exercice de ce droit ne peut se soustraire à l'application du droit communautaire¹⁴⁷². Mais dans un deuxième temps, la Cour opère un élargissement fonctionnaliste, l'objet étant l'élargissement du spectre du droit de l'UE. C'est ainsi que le juge européen va préciser dans un raisonnement lapidaire sa jurisprudence antérieure notamment sur l'article 345 TFUE (ex-art. 22 TCEE). La Cour considère en effet que le précédent raisonnement, excluant la question de l'existence du droit de brevet de l'applicabilité du droit communautaire en vertu de l'article 222 TCEE, n'était qu'un raisonnement contextuel. Le contexte était alors celui d'un défaut d'harmonisation imposant au droit communautaire, le respect de l'existence des dispositions nationales conformément à l'article 222. Autrement dit, la Cour n'avait en rien consacré une compétence exclusive nationale absolue de sorte que le droit communautaire peut également intervenir sur la substance même des droits de propriété intellectuelle. En ce sens la réglementation des droits de propriété intellectuelle peut être opérée au niveau européen tant sur l'exercice des droits que sur l'existence des droits au moyen d'une harmonisation notamment¹⁴⁷³. Cette reconnaissance théorique d'une compétence de l'UE pour réguler l'intégralité du régime de propriété intellectuelle s'est rapidement concrétisée dans la pratique par l'adoption d'un ensemble relativement conséquent de texte harmonisant le droit des marques et les droits de propriété intellectuelle en matière de logiciels¹⁴⁷⁴.

751. C'est dans cette perspective que le Traité de Lisbonne, désireux d'« assurer une protection uniforme des droits de propriété intellectuelle dans l'Union » établit une base juridique spécifique pour la création de titres européens dans l'article 118 TFUE. Est ainsi consacrée explicitement la

propriété industrielle et commerciale, le pouvoir de prendre des mesures qui porteraient atteinte au principe de la libre circulation des marchandises à l'intérieur du marché commun tel qu'il est prévu et organisé par le traité ».

¹⁴⁷² CJCE, 29 février 1968, *Parke, Davis & Co. c. Probel e. a.*, aff. C-24/67

¹⁴⁷³ CJCE, 13 juillet 1995, *Royaume d'Espagne c. Conseil*, aff. C-350/92, pts 16-23 et spec. pts 18-19.

¹⁴⁷⁴ PARLEMENT EUROPEEN, CONSEIL DE L'UE, Directive (UE) 2015/2436 du 16 décembre 2015 *rapprochant les législations des États membres sur les marques*, JO L 336/1 (cette directive abroge et remplace la Directive 2008/95/CE du 22 octobre 2008 qui elle-même avait abrogé et remplacé la première Directive 89/104/CEE du 21 décembre 1988) ; PARLEMENT EUROPEEN, CONSEIL DE L'UE, Directive 2009/24/CE du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, JO L 111/16 (qui abroge et remplace la Directive 91/250/CEE du 14 mai 1991).

compétence de l'Union pour réguler l'existence et l'exercice des droits de propriété intellectuelle dans l'UE.

752. L'analyse de la compétence en matière de propriété intellectuelle démontre clairement que l'article 345 TFUE, tel qu'interprété par la Cour de justice, ne proscrie pas une action de l'UE affectant l'existence et l'exercice des droits de propriété. L'interprétation restrictive de l'article 345 TFUE en matière de propriété intellectuelle peut dès lors s'appliquer à l'ensemble des droits de propriété étant entendu que les droits de propriété intellectuelle ne constituent qu'une forme parmi d'autres de droits de propriété. Forme de droit de propriété ainsi reconnu et protégé aux côtés des formes plus traditionnelles dans les différents régimes nationaux européens et internationaux¹⁴⁷⁵. De la sorte, l'article 345 TFUE peut être interprété dans ce sens restrictif en tant qu'il ne prohibe pas l'action de l'UE pour réguler les atteintes à la propriété telles que l'expropriation ou tout autre risque politique. Par conséquent, quel sens recouvre alors l'article 345 TFUE ?

2. La pertinence actuelle de l'article 345 TFUE

753. Certains auteurs ont soutenu que l'article 345 TFUE n'aurait désormais qu'une fonction déclarative et qu'il serait en réalité épuisé au seul moment de l'adhésion à l'UE en tant qu'un éventuel changement de régime ne peut être considéré comme une condition d'adhésion, une fois l'adhésion effective, le régime de propriété des États ne sauraient être préservés dans l'absolu par l'article 345 TFUE¹⁴⁷⁶. Une telle interprétation, qui réduit la capacité des États, est dénuée de tout fondement logique tant elle prive de normativité le contenu de l'article 345 TFUE et ne permettrait pas d'expliquer son maintien par les États lors des révisions des traités¹⁴⁷⁷.

¹⁴⁷⁵ V. REVET T., ZENATI-CASTAING F., *Les biens*, PUF, 2008 ; ÇOBAN A. R., *Protection of Property Rights Within the European Convention on Human Rights*, Ashgate, 2004, pp. 9 et s.

¹⁴⁷⁶ DELAUNAY B., « Les limites de la neutralité de l'article 295 CE à l'égard du régime de la propriété dans les États membres », *Revue juridique de l'économie publique*, 2009, étude 11, pp. 3 et s. ; MELE P., *Le droit de propriété en droit communautaire*, thèse de doctorat, droit, Paris X Nanterre, 2006, p. ; V. également KOVAR R., « Droit de propriété », in *Rép. Droit européen*, Dalloz, parag. 43 qui évoque les auteurs ayant assimilé cette disposition à une sorte de « clause de *stanstill* » invocable qu'à l'entrée en vigueur du traité. Cette interprétation était fondée sur la version italienne du Traité qui faisait référence au régime de propriété « *esistente* ».

¹⁴⁷⁷ Autrement dit, il faudrait en ce sens acter la naïveté sans égal des États (qui est souvent entretenue par ces mêmes États) afin de considérer qu'ils croyaient en la pleine effectivité de l'article 345 TFUE en dépit des nombreux indices invitant à considérer une éventuelle ingérence européenne dans les régimes de propriété. À titre d'exemple, le droit de la concurrence regorge de ce type d'indices. Ainsi de l'art. 37 TFUE (démantèlement des monopoles), de l'art. 106 TFUE (soumission des entreprises publiques au droit de la concurrence, ou encore de l'art. 107 TFUE [aides d'État]). Ces différentes dispositions laissent en tout cas penser que la neutralité de l'art. 345 TFUE est plus complexe et que son maintien repose sur des considérations tout aussi complexes.

754. L'existence, et le maintien de cette disposition — en dépit des nombreux indices dans les traités invitants à relativiser le rôle de cordon sanitaire entre l'UE et le droit de propriété dans les Etats attribué à l'article 345 — ne peut se concevoir, en réfutant la futilité avancée, que par un nécessaire retour aux fondements historiques de l'article 345 TFUE afin d'être en capacité d'appréhender en toute clarté la portée véritable de cette disposition au regard des évolutions jurisprudentielles et normatives. L'intention en l'espèce étant la clarification, il faut alors s'attacher, seulement et simplement, à dire que l'objet de cette disposition était principalement d'empêcher les ingérences communautaires dans les décisions — politiques ? — sur la désignation publique ou privée d'une propriété¹⁴⁷⁸. Une telle interprétation est lourde de sens dans le cadre du marché intérieur européen.

755. Il faut comprendre l'article 345 TFUE comme garantissant aux États leur compétence sur la qualification de public ou privé d'une propriété et la capacité à opérer un changement de statut. Autrement dit, l'article 345 TFUE sert essentiellement à garantir aux États la liberté de décider d'une nationalisation ou d'une privatisation des biens inhérents à l'investissement. Là est le cœur de cette disposition, le choix de nationaliser ou de privatiser¹⁴⁷⁹. Au demeurant donc, la reconnaissance d'une compétence de l'Union en matière de droit de propriété suppose que l'article 345 TFUE soit interprété restrictivement de façon à se cantonner aux questions de nationalisation et de privatisation. En ce sens, toute autre ingérence dans le régime de propriété par l'Union n'est pas prohibée par l'article 345.

756. Dès lors, l'article 345 TFUE, n'exclut pas que l'UE réglemente la protection de l'investissement étranger contre l'expropriation ou tout autre risque politique. En premier lieu, il faut considérer que les atteintes au droit de propriété, en dehors des nationalisations et des privations, telles que les conflits armés, ne sont pas concernées par l'article 345. Au-delà, les atteintes indirectes au droit de propriété, ainsi des expropriations indirectes et réglementaires doivent, être exclues du champ de la réserve de l'article 345 TFUE. Interprétée restrictivement, cette disposition ne peut se limiter qu'à l'acquisition pure et simple de la propriété, excluant donc la forme la plus usitée d'atteinte au droit de propriété de l'investisseur étranger, à savoir l'expropriation indirecte. S'agissant même de l'expropriation directe, il semble raisonnable d'exclure

¹⁴⁷⁸ RUIZ-JARABO COLOMER D., concl. in CJCE, 4 juin 2002, *Commission. c. Portugal*, aff. C-367/98, *Commission c. France*, aff. C-483/99, *Commission c. Belgique*, aff. C-503/99, concl. Présentées le 3 juillet 2001, pts. 40 et s ; KOVAR Robert, « Droit de propriété », *Rép. Droit européen*, Dalloz,

¹⁴⁷⁹ SCHWARZE J., European University Institute – European Policy Unit. (dirs.), *Discretionary Powers of the Member States in the Field of Economic Policies and Their Limits Under the Eec Treaty: Les Pouvoirs discrétionnaires des États membres de La Communauté Européenne dans Le Domaine de La Politique économique et Leurs Limites en vertu de Traité C.E.E. : Contributions to an International Colloquium of the European University Institute Held in Florence on 14–15 May 1987*, Nomos, 1988 p.

l'incompétence de l'UE. Reprenant le constat précédent, l'article 345, TFUE ne se limite qu'au choix — pur et simple — des États, le choix de déterminer la nature privée ou publique de la propriété¹⁴⁸⁰. C'est pourquoi les conditions entourant la nationalisation ou la privatisation relèvent du droit de l'UE tel que cela a été démontré dans l'affaire *Fearon* et les affaires des *Golden Shares*¹⁴⁸¹. Cette interprétation se confirme également dans la conception des clauses relatives à l'expropriation dans l'ensemble des AII. Dans les AII, et notamment les TBI, la réglementation de l'expropriation ne constitue pas en soi une interdiction, mais seulement un encadrement légal à l'exercice d'un droit souverain. Le droit international des investissements ne remet, en rien, en cause l'existence de ce droit souverain, mais définit les limites dans l'exercice de ce droit.

757. En définitive, l'article 345 TFUE n'exclut pas que l'UE puisse réglementer la légalité d'une expropriation, quels qu'en soient la forme, et le droit à indemnisation qui en découle pour l'investisseur. Ceci est d'autant plus vrai que le droit de l'UE a progressivement mis en évidence que la protection du droit de propriété, droit fondamental, relevait du statut de principe général du droit de l'Union.

B. Le droit de propriété comme un principe général du droit de l'Union

758. La nécessaire prise en considération, initiée par les arrêts *Costa c. ENEL* et *Fearon*, des mesures impactant le droit de propriété des investisseurs intraeuropéens ne s'est pas de *facto* traduite par l'adoption de normes européennes réglementant ce droit. La réglementation des conditions de l'égalité d'une expropriation, de l'indemnisation ou de tout autre aspect supposait que l'UE puisse harmoniser les législations nationales en matière d'expropriation.

759. Aucune mesure d'harmonisation des réglementations nationales sur l'expropriation de l'investissement intraeuropéen n'a été mise en œuvre. L'existence et la validité des régimes nationaux et, au-delà, la compétence des États dans la définition des conditions d'expropriation n'ont jamais été remises en cause, ainsi dans le cadre des affaires de nationalisations françaises dans les années 1980¹⁴⁸². Le célèbre arbitrage *Eastern Sugar* a été l'occasion pour la Commission - qui

¹⁴⁸⁰ RUIZ-JARABO COLOMER D?, concl. in CJCE, 4 juin 2002, *Commission. c. Portugal*, aff. C—367/98, *Commission c. France*, aff. C—483/99, *Commission c. Belgique*, aff. C—503/99, concl. Présentées le 3 juillet 2001, pts. 40 et s ; KOVAR Robert, 'Droit de propriété',

¹⁴⁸¹ V. en outre KOVAR R., « Droit de propriété », *op. cit.*, para. 40 et s., l'auteur renvoi également à l'affaire *Costa c. ENEL* précitée.

¹⁴⁸² V. KOVAR R., 'Nationalisations-privatisations et droit communautaire', in SCHWARZE Jürgen, European University Institute – European Policy Unit. (dirs.), *Discretionary Powers of the Member States in the Field of Economic Policies and Their Limits Under the Eec Treaty: Les Pouvoirs discrétionnaires des États membres de La Communauté Européenne dans Le Domaine de La Politique économique et Leurs Limites en vertu du Traité C.E.E. : Contributions to an International Colloquium of the European University Institute Held in Florence on 14–15 May 1987*, Nomos, 1988 p. 98–99.

intervenait pour la première fois en tant qu'*amicus curiae* — de reconnaître que les conditions de l'expropriation ne ressortaient pas du droit communautaire¹⁴⁸³. L'absence de mesure communautaire sur ce point ne signifiait en rien l'absence de compétence. La raison était davantage politique et se posait en termes d'opportunité au regard de la présence dans les constitutions nationales et dans le premier protocole à la CESDH de normes relatives à la protection de la propriété et aux conditions d'expropriation. Or ces normes constituent des référentiels dans la construction des principes gouvernant le droit de l'UE. Ainsi le défaut de texte ne pouvait signifier un défaut de garanties. Toutefois la complexification de l'ordre juridique communautaire a mis en exergue la nécessité d'affirmer l'existence de principes gouvernant le droit de propriété.

760. C'est à l'occasion d'atteinte à la propriété née d'une mesure communautaire que la Cour a affirmé l'existence de principes du droit de l'Union applicable à la propriété. Ainsi, à défaut de règles spécifiquement caractérisées, la Cour a reconnu dans les affaires *Nold* et *Bosphorus*¹⁴⁸⁴ l'existence de principes généraux du droit communautaire garantissant la propriété et déterminant notamment les conditions dans lesquelles elle peut être limitée. En s'inspirant des traditions constitutionnelles communes des États membres¹⁴⁸⁵ et de la CESDH, la Cour de justice a progressivement, la CJCE a progressivement construit le principe que le droit européen pouvait imposer des limites au droit de propriété de sorte à en affecter l'exercice. C'est à l'occasion de l'affaire *Nold*, rendue le 14 mai 1974¹⁴⁸⁶, que la Cour a mentionné pour la première fois l'existence

¹⁴⁸³ CCS, 27 mars 2007, sentence partielle, *Eastern Sugar B.V. c. République tchèque*, aff. n° 088/2004 ; v. également, VOLTERRA Robert, opinion dissidente partielle, *in* CCS, 27 mars 2007, sentence partielle, *Eastern Sugar B.V. c. République tchèque*, aff. n° 088/2004

¹⁴⁸⁴ CJCE, 14 mai 1974, *Nold KG c. Commission*, aff. C-4/73, pts 13 et 14 ; CJCE, 30 juillet 1996, *Bosphorus c. Minister for Transport, Energy and Communications e.a.*, aff. C84/95, pt. 21 ; v. également en ce sens CJCE, 13 décembre 1979, *Hauer*, aff. C-644/79 ; CJCE, 15 juillet 1985, *Wachau*, aff. C-5/88 et CJCE, arrêt, 5 octobre 1994, *Bananes I*, aff. C-280/93

¹⁴⁸⁵ CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. C-4/73 ; CJCE, arrêt, 13 décembre 1979, *Hauer contre Land Rheinland-Pfalz*, Aff. 44/79, pt. 17. Ex. des législations constitutionnelles nationales : Autriche : Art 5 et art 6 de la Loi fondamentale de l'État autrichien ; Belgique : Art 16 Const ; France : Arts 2 s 2, 17 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; Allemagne : Art 14 de la Loi fondamentale allemande ; Hongrie : Art 13 para 1 Const ; Italie : Art 42 Const ; Luxembourg : Art 16 Const ; Slovénie : Art 33 Const ; Espagne : Art 33 Const ; Suède : c 2 § 15 Const.

¹⁴⁸⁶ CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. C-4/73, (n 21) [14]. Restrictif : Affaires jointes 36-38/59, 40/59, *Präsident Ruhrkolen — Verkaufsgesellschaft mbH, Geitling Ruhrkohlen Verkaufsgesellschaft mbH, Mausegatt Ruhrkohlen — Verkaufsgesellschaft mbH et I Nold KG contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Recueil 1960, p. 887, 920 : En revanche, le droit de la Communauté tel qu'il résulte du traité CECA ne comporte ni un principe général écrit ni un principe général non écrit selon lequel il ne faut pas toucher aux biens acquis ».

du droit de propriété. Son existence sera par la suite explicitement reconnue en 1979 avec l'affaire *Hauer*¹⁴⁸⁷ pour ensuite s'établir progressivement¹⁴⁸⁸.

761. Une telle affirmation a en outre été renforcée par le Traité de Lisbonne et l'adoption de la Charte des droits fondamentaux¹⁴⁸⁹. Plus précisément, l'article 17 de la Charte est venu explicitement garantir le droit à la propriété en indiquant les conditions dans lesquelles l'atteinte est licite¹⁴⁹⁰. Cette disposition a largement été perçue comme la reconnaissance de la capacité de l'UE à légiférer sur les atteintes aux droits de propriété résultant de mesures communautaires, ainsi des conditions d'expropriation.

762. L'article 17, paragraphe 1, correspond — comme en témoignent les explications de la Charte — à l'article 1 du Protocole additionnel à la CEDH¹⁴⁹¹. Par conséquent, l'article 52, paragraphe 3 de la Charte, s'applique, ce qui nécessite d'interpréter le sens et la portée de l'article 17 conformément à l'article 1 du protocole additionnel à la CEDH¹⁴⁹², même si la Charte peut offrir une protection plus étendue.

§2. L'identification restrictive du droit de propriété

763. L'affirmation lente du droit de propriété en droit de l'UE, a vraisemblablement eu un impact dans la définition du droit de propriété, en tant que droit fondamental, dans le droit de l'UE. Si sa qualité de principe général du droit de l'Union ne peut être contestée, il suit que son

¹⁴⁸⁷ CJCE, 13 décembre 1979, *Ralph Liebisch c. Conseil des Communautés européennes*, aff. C-14/79, points 16 et suivants.

¹⁴⁸⁸ Cf. CJCE, 18 mars 1980, *SpA Ferriera Valsabbia et autres contre Commission des Communautés européennes*, affaires jointes C-154/78, 205/78 et autres, points 88 et suivants ; CJCE, 6 décembre 1984, *SA Biovilac NV c. Communauté économique européenne*, aff. C-59/83, points 21 et suivants ; CJCE, 12 mai 2005, *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia et ERSa*, aff. C-347/03, pts, 119 ; CJCE, 3 septembre 2008, *P Kadi c. Conseil et Commission*, aff. jointes C-402/05 P et C-415/05.

¹⁴⁸⁹ Instrument juridiquement contraignant dont la valeur est égale aux autres traités : Art. 6.1 TFUE.

¹⁴⁹⁰ Art. 17 CDFUE droit de propriété :

« 1. Toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général.

2. La propriété intellectuelle est protégée. »

Observons que la Charte précise explicitement qu'elle « ... n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union, ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelle pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies dans les traités » : art. 51, 2) CDFUE

¹⁴⁹¹ Cf. sur son développement VAN BANNING T., *The Human Right to Property*, Anvers, Intersentia, 2002, pp 64 et suivantes ; ÇOBAN A. R., *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, Hants, Ashgate, 2004, pp 127 et suivantes.

¹⁴⁹² Ratifié par tous les États membres de l'UE. V. « Liste des déclarations » au 5/12/2012 disponible sur www.conventions.coe.int/ (consulté le 30 janvier 2014).

champ d'application est fortement contraint par le contexte historique, politique et institutionnel dans lequel il se déploie. En pratique, ce contexte induit une certaine subsidiarité à l'égard d'autres principes ainsi qu'une conception autonome restrictive.

764. Cette approche restrictive dans la définition du droit de propriété fait échos à la définition précise des motifs d'atteintes justifiées au droit de propriété. Effectivement, si *a contrario* du droit international, le droit de l'UE va plus loin dans les obligations incombant à l'Etat en vue de protéger les biens des investisseurs, il semble que cela masque l'importante marge d'appréciation dont l'autorité publique bénéficie en matière de limitation. En recoupant, dans une certaine mesure, la distinction entre expropriation indirecte et expropriation directe, le droit de l'UE distingue selon le type d'atteinte, des motifs circonstanciés de limitation. Cette démarche précise implique nécessairement une un éventail plus large de possibilité de restrictions du droit de propriété pour les Etats.

765. Au demeurant, la définition circonstanciée des motifs de limitation (B) s'insère dans le cadre général de la définition restrictive du champ d'application du droit de propriété (A).

A. Un champ d'application du droit de propriété limité par le système normatif européen

766. En termes d'identification, la coexistence du droit de propriété avec d'autres droits et libertés économiques susceptibles de le recouper, mais dont l'affirmation a été plus nette, implique des confusions au détriment du droit de propriété. C'est le même constat qui s'impose dans l'hypothèse de conflits du droit de propriété avec d'autres droits et libertés reconnus par la Charte et solidement ancrés dans la jurisprudence de la Cour. Cette subsidiarité du droit de propriété est en outre nourrie par une conception autonome et restrictive de la notion de propriété, induite par l'ensemble du système institutionnel et politique européen qui laisse une marge de manœuvre aux Etats dans la définition du droit.

767. Il s'agit par conséquent d'étayer d'abord les éléments permettant d'affirmer une interdépendance normative du droit de propriété (1) pour ensuite s'attarder sur la conception autonome de la notion (2).

1. L'interdépendance normative du droit de propriété

768. Sur la question de l'identification du droit de propriété, il est possible de mettre en évidence sa place au sein de la Charte. Outre le droit de propriété, la Charte garantit effectivement d'autres

droits économiques qui peuvent matériellement recouper le premier. C'est le cas en particulier avec l'article 15 — liberté professionnelle et droit de travailler — et l'article 16 — liberté d'entreprise. La CJUE ne distingue pas toujours de manière précise le droit de propriété et ces droits, mais se contente de faire référence aux deux en même temps sans se prononcer sur leurs rapports¹⁴⁹³. Nonobstant, une telle différenciation — mise en exergue dans certaines affaires¹⁴⁹⁴ — est essentielle pour définir les contours de ces garanties¹⁴⁹⁵ et donc du droit de propriété. Cela implique indubitablement un rétrécissement du champ d'application du droit de propriété par rapport à sa conception majoritairement admise dans le cadre des TBI. À cet effet il est possible de citer les parts de marchés. Compte tenu de leur volatilité, ils ne sont pas assimilés à un bien protégé au sens de l'article 17 de sorte que les mesures restreignant la possibilité d'agir sur le marché et d'exercer des activités commerciales ne sont pas couvertes par le droit de propriété, mais uniquement par l'article 15 ou 16 de la Charte¹⁴⁹⁶. Ainsi, l'identification précise de la norme applicable est nécessaire en raison du régime distinct des deux ensembles. En outre, à côté du droit de propriété, les droits acquis et les attentes légitimes sont protégés en tant que principe général du droit de l'Union. Ainsi les principes établis à cet égard peuvent être appliqués dans le contexte de l'article 17 lorsque la propriété est en jeu, avec les mêmes conséquences en ce qui concerne l'identification corrélative du régime.

769. Au demeurant, il est manifeste que l'affirmation, dans la Charte, d'autres principes et droits fondamentaux, qui s'apparentent davantage à des objectifs d'intérêt général, implique, en cas de contradiction avec le droit de propriété privé, un encadrement du premier au profit des seconds.

2. La conception autonome du droit de propriété

770. Si l'article 17 s'inspire des traditions constitutionnelles nationales et plus explicitement de la CESDH, sa formulation met en évidence des spécificités qui démontrent le souci d'encadrement du principe. L'article 17, paragraphe 1, première phrase, protège le droit de propriété et le droit de léguer ses biens. Les phrases 2 et 3 prévoient des limitations, notamment en ce qui concerne la

¹⁴⁹³ Voir par exemple : CJCE, 13 décembre 1979, *Hauer contre Land Rheinland-Pfalz*, aff. C-44/79, point 32 ; CJCE, *Duff et autres/ministre de l'Agriculture et de l'Alimentation et Procureur général*, aff. C-63/93, points 28 et s. ; CJCE, 30 avril 1996, *Bosphorus/ministre des Transports, de l'Énergie et des Communications et autres*, aff. C-84/95, points 21 et s.

¹⁴⁹⁴ CJCE, 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health ea /Secretary of State for Health*, aff. jointes C-154/04 et C-155/04, p. 127 et s. Voir toutefois l'affaire CJUE, 28 novembre 2013, *Kala Naft/Conseil*, aff. C-348/12P, p. 119 et suivantes ; Tribunal, 16 septembre 2013, *ATC et autres/Commission*, aff. T-333/10.

¹⁴⁹⁵ Cf. égal. pour la portée de l'art 17 (1) au regard de l'art 52 (3) 17 (1) .21 f.

¹⁴⁹⁶ CJCE, 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health ea /Secretary of State for Health*, aff. jointes C-154/04 et C-155/04, par. 6.

privation et la réglementation de l'utilisation de ses biens. En outre, bien que le droit de propriété s'étende traditionnellement à la propriété intellectuelle¹⁴⁹⁷, la Charte a opté pour une disposition spécifique sur la propriété intellectuelle à l'article 17, paragraphe 2, « en raison de son importance croissante et du droit communautaire dérivé »¹⁴⁹⁸. La protection distincte de la propriété intellectuelle n'a été ajoutée à la Charte que relativement tard, à savoir dans le projet de proposition du *praesidium* du 28 juillet 2000¹⁴⁹⁹. Cette spécificité, qu'on rencontre désormais dans les récents AII, et en particulier ceux de l'UE, reçoit un sens différent dans le cadre intraeuropéen en raison de l'importance du corpus normatif européen sur cette question.

771. Si le champ d'application personnel de l'article 17 ne pose pas de problème et reçoit, conformément à l'article 51, paragraphe 1, de la Charte une conception large, tant en ce qui concerne les débiteurs¹⁵⁰⁰ que les créanciers¹⁵⁰¹, la détermination de l'étendue matérielle révèle certaines particularités et difficultés. Sur ce point, l'article 17 semble davantage s'écarter du champ d'application globale du droit européen des investissements pour *in fine* marquer, à certains égards, son originalité par rapport aux AII.

772. La nature juridique de la notion de propriété, qui implique un certain subjectivisme et fonctionnalisme, à l'instar de la notion de bien, suppose — et en particulier dans le contexte européen où la permanence de la compétence des Etats est explicite — une conception autonome du terme propriété¹⁵⁰². Cette autonomie est toutefois relativisée par l'obligation de tenir compte des sources de cette norme, et en particulier d'interpréter le sens et la portée de l'article 17 conformément à l'article 1 du Protocole additionnel à la CEDH¹⁵⁰³.

¹⁴⁹⁷ CJCE, 12 septembre 2006, *Laserdisken ApS contre Kulturministeriet*, aff. C-479/04, point 65 ; CJCE, 29 janvier 2008, *Productores de Música de España (Promusicae) contre Telefónica de España SAU*, aff. C-275/06, point 62 ; également CJCE, 28 avril 1998, *Métropole Musik*, aff. C-200/96, pts. 21 et s.

¹⁴⁹⁸ Explications sur l'article 17 de la Charte [2007] JO C303/17 (23).

¹⁴⁹⁹ CHARTE 4420/00 CONVENT 45 du 28 juillet 2000.

¹⁵⁰⁰ Ainsi des institutions, organes et organismes de l'UE, mais aussi des États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'UE, par exemple dans la mise en œuvre des normes en matière de concurrence : cf. Art 21 de la directive 2008/57/CE [2008] JO L191/1 modifiée en dernier lieu par la directive 2013/9/UE de la Commission [2013] JO L68/55.

¹⁵⁰¹ Conformément au libellé de l'article lui-même (« personne ») et à l'article 1 du protocole additionnel à la CEDH — il concerne tant les personnes physiques que les personnes morales. En outre, il n'est soumis au lieu de résidence ou du siège social.

¹⁵⁰² LUCARELLI A., 'Article 17 – Right to Property' in MOCK W. (dir), *Human Rights in Europe*, Carolina Academic Press, 2010, para 2.

¹⁵⁰³ Art 52, 3).

773. Le droit de propriété s'étend à tous les droits patrimoniaux¹⁵⁰⁴ attribués à l'individu dans son intérêt privé et en tant que droits exclusifs¹⁵⁰⁵. Plus précisément, la Cour les définit comme « des droits ayant une valeur patrimoniale dont découle, eu égard à l'ordre juridique, une position juridique acquise permettant un exercice autonome de ces droits par et au profit de leur titulaire »¹⁵⁰⁶. Cette valeur patrimoniale dérive, entre autres, d'une acquisition onéreuse¹⁵⁰⁷. Ainsi, au-delà des biens meubles et immeubles, le droit englobe, sans surprise, les positions immatérielles ayant une valeur économique¹⁵⁰⁸, les droits d'usufruit¹⁵⁰⁹, les parts sociales¹⁵¹⁰ ou les droits de propriété intellectuelle¹⁵¹¹. Pour ces derniers, l'article 17 (2) est une *lex specialis*.

774. Toutefois, dans l'affaire *Sky Österreich*, la Cour a exclu du champ d'application de l'article 17, paragraphe 1 les droits exclusifs de radiodiffusion acquis à titre onéreux¹⁵¹². La Cour s'est demandé à cet égard si ces droits conféraient une position juridique acquise relevant de l'article 17. Elle répond par la négative en affirmant dès lors que le droit communautaire accorde aux radiodiffuseurs concurrents le « de réaliser de brefs reportages d'actualité sur des événements d'un grand intérêt pour le public qui font l'objet de droits exclusifs de radiodiffusion télévisuelle, sans que les titulaires d'un tel droit puissent exiger une compensation financière dépassant les frais supplémentaires directement occasionnés par la fourniture de l'accès au signal »¹⁵¹³. Cette conception de la propriété est cependant — conformément à l'avis de l'Avoat général BOT¹⁵¹⁴ — inacceptable dès lors qu'elle accorderait une trop grande marge de manœuvre au législateur qui définit la propriété. Ainsi, de nature exclusive et pécuniaire, ces droits répondent au critère de la propriété de sorte que les limitations à leur exercice constituent des réglementations de l'usage de la propriété et doivent être justifiées conformément à l'article 17 (1) phrase 3. De même, seules les

¹⁵⁰⁴ CJCE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk*, aff. C-283/11 paras. 34 et s. ; CEDH, 20 février 2003, *Forrer-Niedenthal c. Allemagne*, req. N° 47316/99, para 32.

¹⁵⁰⁵ CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich c. Österreich Rundfunk*, aff. C-283/11, paras. 34 et s. Par la suite, v. CJCE, 13 décembre 1994, *SMW Winzersekt GmbH c. Land Rheinland-Pfalz*, aff. C-306/93, para. 23.

¹⁵⁰⁶ CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich c. Österreich Rundfunk*, aff. C-283/11, para. 34.

¹⁵⁰⁷ *Ibid* para. 35.

¹⁵⁰⁸ Cf. C-84/95, *Bosphorus* précité paras. 19 et s. ; CJCE, 28 mars 2007, *Commission des Communautés européennes/République fédérale d'Allemagne*, aff. C-503/04, points 36 ; CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich c. Österreich Rundfunk*, aff. C-283/11, points 35 ; CEDH, 16 avril 2002, *SA Dangerville/France*, req. n°36677/97 points 44 et s. ; CEDH, 9 décembre 1994, *Stran Greek Refineries et Stratis Andreadis/Grèce*, req. n°13427/87 pt 59.

¹⁵⁰⁹ CEDH, 12 décembre 2002, *Witteck c. All.* req. n° 37290/97, pt. 43.

¹⁵¹⁰ CEDH, 12 décembre 1982, *Bramelid et Malmström c. Suède*, req. n° 8588 89/79, pt. 76.

¹⁵¹¹ CJCE, 12 septembre 2006, *Laserdisken*, aff. C-479/04, pt 65 ; CJCE, 29 janvier 2008, *Productores de Música*, affaire C-275/06, pt 62.

¹⁵¹² Et a traité l'affaire sous l'angle de l'article 16.

¹⁵¹³ CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich c. Österreich Rundfunk*, aff. C-283/11, pts. 34 et s.

¹⁵¹⁴ BOT Y., concl. de l'AG présentée le 12 juin 2012, in aff. C-283/11, *Sky Österreich c. Österreich Rundfunk*, pt. 36 et s.

possessions légalement acquises sont protégées. Cela peut soulever des difficultés dès lors que les exigences nationales peuvent contraindre l'étendue de la garantie¹⁵¹⁵.

775. En outre, « ne constituant qu'une position économique momentanée exposée aux aléas d'un changement de circonstances », les parts de marché — à la différence du régime international — ne relèvent pas de la des possessions protégées¹⁵¹⁶. Elles ne sont pas non plus protégées en tant que droits acquis ou attentes légitimes¹⁵¹⁷. Globalement, il en va ainsi de l'exercice d'activités commerciales en tant que tel, comme la commercialisation de produits, ou de simples opportunités d'affaires ou les intérêts et chances commerciaux ne sont pas couverts¹⁵¹⁸. Dans ce cas les articles 15 et 16 s'appliquent. Il faut toutefois préciser que les attentes légitimes couvertes, par l'article 1 du protocole additionnel à la CEDH, sont protégées séparément en tant que principe général du droit de l'UE.

776. Bien que protégé, par l'ensemble des AII, la question de savoir si l'entreprise économique en tant que telle relève du droit de propriété au sens du droit de l'UE est controversée¹⁵¹⁹. Les mesures qui rendent complètement impossible l'exercice d'activités économiques par une entreprise sont largement considérées comme une ingérence dans la propriété¹⁵²⁰.

B. Une qualification étroite des atteintes au droit de propriété

777. Le droit à la propriété de l'article 17 de la Charte n'offre pas seulement une protection contre l'ingérence active de l'État dans les biens d'une personne (dimension négative). Il pose également des obligations positives : les procédures administratives et la protection juridique

¹⁵¹⁵ CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest c. Hauptzollamt Itzehoe et Hauptzollamt Paderborn*, aff. jointes C-143/88 et C-92/89, para. 74.

¹⁵¹⁶ CJCE, 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health ea / Secretary of State for Health*, aff. jointes C-154/04 et C-155/04, para 128 ; cf. CJCE, 18 mars 1980, *Ferreira Valsabbia*, aff. jointes 154/78, 205/78 e.a, para. 89 ; CJCE, arrêt Gde Chbre., 14 décembre 2004, *The Queen, à la demande de Swedish Match AB, Swedish Match UK Ltd c. Secretary of State for Health (Swedish Match)*, aff. C-210/03, p. 73; CJCE, arrêt Gde Chbre., 9 septembre 2008, *FLAMM e.a c. Conseil et Commission* aff. C-120/06, pt. 185.

¹⁵¹⁷ CJCE, 6 décembre 1984, *SA Bionilac Nv c. CEE (Bionilac)*, aff. 59/83, pts 22 et s. ; CJCE, 12 juillet 2005, arrpet Gde. Chbre. *Alliance for Natural Health ea c. Secretary of State for Health*, aff. jointes C-154/04 et C-155/04, pt. 128.

¹⁵¹⁸ CJCE, arrêt, 14 mai 1974, *Nold*, aff. C-4/73, pt. 14 ; CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich c. Österreich Rundfunk*, aff. C-283/11, pt. 34.

¹⁵¹⁹ La Cour a jugé que les mesures visant à surmonter les effets d'une crise ne portent pas atteinte au droit de propriété, même si « la rentabilité et la substance de certaines entreprises » sont affectées (CJCE, 9 décembre 1982, *Metallurgiki Halyps AE c. Commission des Communautés européennes*, aff. C-258/81, pt. 13). V. égal. Trib. UE, 2 mars 2010, *Arcelor S c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. T-16/04, pts. 154 et s.

¹⁵²⁰ Cf. égal., CJCE, arrêt, 18 mars 1980, *SpA Ferriera Valsabbia et autres c. Commission des Communautés européennes (Valsabbia)*, aff. jointes 154/78, 205/78 e.a., pt. 89 : « En outre, il convient de noter qu'aucune fermeture d'entreprise résultant de l'application de [la] décision [...] n'a été enregistrée ».

doivent être conçues de manière à garantir effectivement la jouissance de la propriété dans chaque cas individuel¹⁵²¹. En outre, l'État est obligé de prendre des mesures pour protéger le droit à la propriété, dans la mesure où une large marge d'appréciation est accordée¹⁵²². Cette marge d'appréciation de l'État se distingue dans l'étendue des capacités de limitations et de dérogations qui lui sont offertes, allant bien au-delà des TBI et des AII de l'UE.

778. L'article 17, paragraphe 1, de la Charte distingue deux catégories spécifiques de limitations et de dérogations : la privation de la propriété (phrase 2) et la réglementation de l'usage des biens (phrase 3). Cette distinction, qui laisse entrevoir la distinction entre l'expropriation directe et l'expropriation indirecte du droit international, la dépasse en un sens en raison de la spécificité du contexte normatif européen. En outre, à la différence du droit international, chaque type d'atteinte ayant un régime distinct, il convient par conséquent d'en esquisser les contours précis¹⁵²³. L'analyse de la réglementation de l'usage des biens (1) précédera celle de la catégorie des privations de la propriété (2).

1. Réglementation de l'usage des biens et expropriation indirecte

779. La notion de réglementation de l'usage des biens — qui doit être lue avec la première phrase du paragraphe 1¹⁵²⁴ — est interprétée largement de sorte à couvrir l'ensemble des mesures limitant l'exercice du droit de propriété¹⁵²⁵. Entre dans cette catégorie toute mesure qui, sans priver

¹⁵²¹ CJCE, arrêt Gde. Chbre., 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission* (*Kadi*), aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P, pts. 368 et s. ; CJUE, 15 novembre 2012, *Bamba c. Conseil*, aff. C-417/11 P, pts. 84 et s. De même, en ce qui concerne l'art. 1er du protocole additionnel à la CESDH, cf. CEDH, arrêt, 7 juin 2005, *Fuklev c. Ukraine*, Req. N° 71186/01pts. 90 et s..

¹⁵²² CEDH, arrêt, 20 mars 2008, *Budayeva ea c. Russie*, Req. no 15339/02 e.a, pts. 172 et 175. V. égal. CJCE, arrêt, 29 février 1996, *France et Irlande c. Commission*, aff. C- 296/93, pts. 63 et s. où la Cour a refusé d'admettre une violation du droit de propriété en cas d'abstention d'achat à l'intervention.

¹⁵²³ La CEDH, en identifiant une règle distincte dans chacune des trois phrases de l'art. 1 du Protocole additionnel à la CESDH, a reconnu la possibilité d'une ingérence dans la jouissance paisible d'un bien (paragraphe 1, phrase 1) ne constituant pas une privation (paragraphe 1, phrase 2) ou un contrôle de l'utilisation d'un bien (paragraphe 2) comme une catégorie résiduelle qui présente également une pertinence (limitée) dans le contexte d'interprétation de la Charte. V. CEDH, arrêt, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, req. N° 7151/75 et 7152/75, pts. 61 et s. ; cf. égal. CEDH, arrêt, 12 juillet 2005, *Soloduk c. Russie*, req. n° 67099/01, pt. 29 ; WHITE R., OVEY C., *The European Convention on Human Rights*, 5e ed., OUP, 2010, pp. 478 et s et 503 et s.

¹⁵²⁴ Est mentionné, de manière non exhaustive, la possibilité de jouir, utiliser, disposer et léguer les biens dont on a la propriété.

¹⁵²⁵ En faveur d'une définition large, CJCE, arrêt, 13 décembre 1979, *Hauer contre Land Rheinland-Pfalz*, Aff. 44/79, pts. 19. Il est entendu que l'usage des biens peut être limité par des mesures législative ou individuelle. Par conséquent, aucune individualisation du propriétaire n'est requise. Cf. CJCE, arrêt, 13 décembre 1994, *SMW Winzensekt*, aff. C-306/93 pt. 43.

l'investisseur de sa propriété, restreint son usage conformément aux attributs fondamentaux de la propriété, tels que reconnus en droit international¹⁵²⁶. La notion en ce sens rejoint le concept d'expropriation indirecte du droit international même si le concept européen est plus circonscrit que celui du droit international.

780. Les mesures qui n'affectent qu'indirectement le droit de propriété — qui ne sont pas destinées à le réglementer ou qui ne sont pas dirigées contre ce dernier — peuvent également être qualifiées d'ingérences dans ce droit¹⁵²⁷. Cependant, toutes les mesures affectant d'une manière ou d'une autre la propriété ne sont pas couvertes. En ce sens, la jurisprudence de la Cour semble être en phase avec ce qui est aujourd'hui mis en exergue dans l'action externe de l'UE en exigeant une analyse factuelle supposant d'évaluer l'atteinte à l'aune d'un contexte spécifique du droit en cause¹⁵²⁸. Il faut en ce sens prendre en considération la contribution de l'action de l'État à l'interférence, l'intensité de l'atteinte ou encore l'intention des autorités publiques. C'est en l'occurrence le même constat qu'en externe où il s'agit de réfuter une sorte d'analyse type *sole effect* aux fins de conserver une marge de manœuvre à l'État. Toutefois, la Cour semble aller plus loin en faisant référence à l'exigence d'« un effet suffisamment direct et significatif » pour qu'une mesure puisse être qualifiée d'ingérence¹⁵²⁹. Cette lecture restrictive est plus explicite dans l'affaire *Metronome Musik* en matière de propriété intellectuelle¹⁵³⁰.

¹⁵²⁶ . CJCE, arrêt, 13 décembre 1979, *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, Aff. 44/79, pt. 19 : « Après avoir affirmé le respect de la propriété, cette disposition [article 1 du 1^{er} protocole à la CESDH] envisage deux formes d'atteintes possibles aux droits du propriétaire, selon que l'atteinte a pour objet de priver le propriétaire de son droit ou de restreindre l'usage de celui-ci. Il n'est pas contestable en l'occurrence que l'interdiction de plantation nouvelle ne saurait être considérée comme un acte emportant privation de la propriété, alors que le propriétaire reste libre de disposer de son bien et de l'affecter à tous autres usages non interdits. Par contre, il n'y a pas de doute que cette interdiction restreint l'usage de la propriété. Le deuxième alinéa de l'article 1 du protocole contient à cet égard une indication importante en ce sens qu'elle reconnaît aux états le droit ' de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général '. Ainsi, le protocole admet dans son principe le caractère licite de restrictions apportées à l'usage de la propriété, tout en limitant cependant ces restrictions à la mesure de ce qui est jugé ' nécessaire ' par les états pour la sauvegarde de l'intérêt général '. Cette disposition ne permet cependant pas, pour autant, de donner une réponse suffisamment précise à la question soulevée par le *verwaltungsgericht*. »

¹⁵²⁷ CJCE, arrêt, 30 juillet 1996, *Bosphorus*, aff. C-84/95, pt. 22.

¹⁵²⁸ Cf. CJCE, arrêt, 28 avril 1998, *Metronome Musik*, aff. C-200/96 pt. 28 ; CJCE, ordonnance, 23 septembre 2004, *Axel Springer AG c. Zeitungsverlag Niederrhein GmbH & Co Essen KG (Springer)*, aff. jointes C-435/02 et C-103/03 pt. 49

¹⁵²⁹ CJCE, ordonnance, 23 septembre 2004, *Springer*, aff. jointes C-435/02 et C-103/03 [49].

¹⁵³⁰ CJCE, arrêt, 28 avril 1998, *Metronome Musik*, aff. C-200/96 pt. 28 : La Cour a estimé que « les distorsions de concurrence [...] en raison des interdictions globales de location [...] ne sont pas la conséquence directe des dispositions litigieuses, qui n'ont ni pour objet ni pour effet d'amener nécessairement les intéressés à interdire systématiquement la location de leurs produits dans le seul but d'éliminer des concurrents sur le marché de la location ».

2. Privation de la propriété et expropriation directe

781. Une privation de propriété signifie une expropriation formelle, induite par une mesure privant complètement et définitivement le propriétaire de sa propriété. Pour la CEDH, elle implique un transfert de propriété¹⁵³¹.

782. Par conséquent, le critère décisif pour distinguer les mesures réglementant l'utilisation d'un bien de celles qui privent une personne de ses biens est l'objectif de la mesure¹⁵³². Une réglementation de l'utilisation d'un bien ne saurait être assimilée à une privation si l'investisseur « reste libre de disposer de son bien et de l'affecter à tous autres usages non interdits »¹⁵³³.

783. Reprenant la jurisprudence de la CEDH, la Cour de justice exige, aux fins de qualification d'une privation, non seulement que l'investisseur soit privé de son bien, mais aussi que ce dernier soit transféré à une autre personne. Ainsi, l'obligation de détruire ou d'abattre des biens¹⁵³⁴ ou le gel d'avoirs financiers¹⁵³⁵ n'entrent pas dans cette catégorie.

784. En outre, dans le contexte de l'article 1 du Protocole additionnel à la CEDH, les expropriations *de facto*, c'est-à-dire les limitations du droit de propriété qui ne sont pas qualifiées d'expropriations formelles, mais qui entraînent des conséquences négatives similaires pour la propriété d'une personne, sont également considérées comme une privation de biens¹⁵³⁶. Toujours

¹⁵³¹ CEDH, arrêt, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, req. N° 7151/75 et 7152/75, pt. 63.

¹⁵³² CJCE, arrêt, 13 décembre 1979, *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz (Hauer)*, Aff. 44/79, pt. 19 ; CJCE, arrêt Gde. Chbre., 3 septembre 2008, *Kadi*, aff. Jointes C-402/05 P et C-415/05 P, pt. 358.

¹⁵³³ CJCE, arrêt, 13 décembre 1979, *Hauer*, Aff. 44/79, pt. 19.

¹⁵³⁴ CJCE, arrêt, 10 juillet 2003, *Booker Aquaculture et Hydro Seafood*, aff. jointes C-20/00 et C-64/00, pts 58 et s. S'agissant de poissons détruits dans le cadre de la mise en œuvre d'une directive imposant des mesures d'ordre sanitaire et prophylactique pour prévenir certaines maladies. V. MISCHO J., conclusions de l'AG présentée le 20 septembre 2001, in aff. jointes C-20/00 et C-64/00, *Booker Aquaculture et Hydro Seafood*, pt. 93 : « On est, dans une telle hypothèse, aux antipodes de l'appropriation par l'autorité publique d'un bien appartenant à un particulier que constitue l'expropriation d'un immeuble. Il n'y a pas un bien pourvu d'une valeur économique certaine dont la propriété est transférée pour satisfaire un besoin relevant de l'intérêt général. Il n'y a qu'un bien qui, même s'il peut éventuellement encore conserver une certaine valeur économique, doit être éliminé et qui n'a donc plus vocation à être valorisé dans le cadre d'échanges marchands. ».

¹⁵³⁵ En matière de lutte contre le terrorisme, v. par ex. CJCE, arrêt Gde. Chbre., 3 septembre 2008, *Kadi*, aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P pt. 358 ; CJCE, arrêt, 15 novembre 2012, *P Stichting Al-Aqsa c. Conseil*, aff. jointes C-539/10 P et C-550/10, pt. 120.

¹⁵³⁶ CEDH, arrêt, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, req. N° 7151/75 et 7152/75, pt. 63 ; AGUILERA VAQUES M., 'Right of Property and Limits on its Regulation' in GARCIA ROCA J, SANTOLAYA P (dirs), *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhoff, 2012, pp. 549 et s. La CEDH a constaté une telle expropriation *de facto* dans le cas de la transformation d'un terrain privé en forêt publique (CEDH, 22 juillet 2008, *Köketepe c. Turquie*, Req. n° 35785/03, pts. 84 et s.), de son utilisation pour des constructions publiques sans expropriation formelle (CEDH, 30 mars 2006, *Gianni ea c. Italie*, req. n° 35941/03, pts. 81 et s.), ou de la destruction d'un bâtiment (CEDH, 24 juin 2003, *Allard c. Suède*, Req. n° 35179/97, pt. 50, sans mentionner explicitement une expropriation *de facto*).

dans le sillage jurisprudentiel de la Cour de Strasbourg, celle de Luxembourg admet les hypothèses d'expropriation de *facto*. C'est le cas lorsqu'elle rejette la qualification de privation pour une interdiction d'utiliser des certificats d'origine spécifique pour un vin « dès lors qu'elle n'exclut pas toute manière raisonnable de commercialiser les vins »¹⁵³⁷. *A contrario*, on peut conclure que certaines restrictions de l'exercice de la propriété peuvent constituer, de par leur intensité, une privation de biens bien que le titre formel de propriété ne soit pas touché¹⁵³⁸.

§3. La subtilité du régime des atteintes à la propriété

785. De la complexité du système normatif européen et de la jurisprudence de la Cour de justice découle un régime de contrôle des atteintes au droit de la propriété complexe. Sur le plan formel, il n'y a *a priori* aucune différence. De manière classique, la mesure restrictive, fondée sur des dispositions légales, doit être adoptée dans la poursuite d'un intérêt légitime et sous réserve d'une compensation. Dans l'appréciation de cette mesure, une approche *in concreto* s'impose au travers du test de proportionnalité. Au-delà de ce cadre formel, il est manifeste que la définition du régime des atteintes met en exergue certaines subtilités qui impliquent un contrôle plus précis des atteintes au regard des intérêts privés et publics en cause. À titre d'exemple et contrairement au droit international, la distinction entre les deux types d'atteintes, réglementation de l'usage (expropriation indirecte) et privation de la propriété (expropriation) est également pertinente pour la détermination du régime de l'expropriation, et en particulier des normes applicables, en matière de justification de sorte à imposer une approche pragmatique. De même, le principe de proportionnalité se décline en quatre étapes — dans lequel s'insère un critère de nécessité — qui permet à la Cour de justice d'adapter aux mieux, l'examen de la mesure au regard notamment, de l'importance de l'atteinte et de l'intérêt public mis en avant.

786. Nonobstant ce cadre d'analyse plus abouti des atteintes, un examen plus approfondi de la jurisprudence démontre que dans l'évaluation l'atteinte, la Cour de justice octroie, au travers du principe de proportionnalité, une importante marge de manœuvre aux Etats. Cette marge de manœuvre est appréciée au regard de l'importance des enjeux de l'espèce, mais également eu égard à l'importance de l'atteinte sur la substance de la propriété des biens de l'investisseur. L'importance

¹⁵³⁷ CJCE, arrêt, 12 mai 2005, *Friuli-Venezia Giulia*, aff. C-347/03 pt. 22 ; cf. égal. CJCE, arrêt, 13 décembre 1979, *Hauer*, Aff. 44/79, pt. 19.

¹⁵³⁸ Cf. *a contrario*, CJCE, arrêt Gde. Chbre., 3 septembre 2008, *Kadi*, aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P, pt 358, où Cour a qualifié le gel d'avoirs financiers dans le cadre de la lutte contre le terrorisme de restriction sévère à l'exercice du droit de propriété, mais pas d'expropriation (*de facto*).

de cette marge de manœuvre suffit à caractériser une divergence d'approche substantielle avec le régime international, notamment dans sa version classique.

787. Pour étayer ces subtilités et ces divergences, il convient donc d'analyser en premier lieu les conditions de légalité de l'atteinte (A) pour ensuite voir en quoi l'intérêt étatique prévaut sur l'intérêt privé de l'investisseur dans l'examen de l'atteinte (B).

A. Des conditions précises de légalité des atteintes

788. A priori, sur la détermination des conditions de légalité des atteintes, le droit intraeuropéen ne se démarque pas fondamentalement des autres sources. Les trois conditions que doit réunir la mesure étatique restrictive — qui recourent les conditions connues en droit international — doivent être soumises à un test de proportionnalité dans leur appréciation au regard de l'atteinte. Toutefois une analyse détaillée permet de se rendre compte que, sur ce point, le droit intraeuropéen est plus précis. D'une part, les trois conditions reçoivent des qualifications précises, d'autre part, le principe de proportionnalité dans sa définition et son contenu étalé, sur quatre étapes, est plus sophistiqué. Cette approche plus aboutie implique un contrôle plus adapté et de surcroît une meilleure protection des intérêts en cause.

789. Les modalités de contrôle de la Cour de justice imposent par conséquent de détailler dans un premier temps les conditions de légalité de l'atteinte (1) avant d'aborder la question du test de proportionnalité (2).

1. La spécificité des conditions au regard de la qualification de l'atteinte

790. L'article 17, paragraphe 1, phrase 2, pose trois exigences nécessaires pour justifier une privation¹⁵³⁹. Ces conditions se rapprochent des conditions classiques du droit international avec, cependant, un équilibre prononcé dans leur formulation et dans leur mise en œuvre tendant *in fine* à assurer une meilleure protection de la capacité réglementaire des Etats.

791. Premièrement, la doit être fondée sur une base légale suffisamment précise et accessible qui en règle les conditions et les modalités – étant précisé que, tant les expropriations par le législateur que celles opérées par l'exécutif sont admises.

¹⁵³⁹ V. pour un compte rendu de la jurisprudence de la CEDH sur la question : WHITE R., OVEY C., *The European Convention on Human Rights*, 5^{ème} ed., OUP, 2010, p. 495 et s.

792. Deuxièmement, la privation des biens doit être dans l'intérêt public. Tel n'est pas le cas toutefois si l'analyse de cet intérêt révèle que les objectifs sous-jacents sont disproportionnés au regard du droit de propriété¹⁵⁴⁰. L'interprétation de cet intérêt public est assez large dès lors qu'une expropriation en faveur d'une personne privée est admise si elle est motivée par des considérations d'intérêt public¹⁵⁴¹.

793. Troisièmement, une compensation équitable pour la perte doit être payée en temps utile. Bien que le protocole additionnel à la CEDSH ne mentionne pas explicitement cette exigence, elle a été reconnue dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Sa reconnaissance découle du principe de proportionnalité qui irrigue le régime du droit de propriété. En ce qui concerne le contenu de cette indemnisation, la jurisprudence, qui est conforme aux standards du droit international, précise que l'indemnisation équitable doit être calculée sur la base de la valeur marchande actuelle. Toutefois, est affirmé, et c'est là quelque chose qu'on retrouve implicitement dans les AII de l'UE qu'exceptionnellement, des considérations d'intérêt public, telles que la réalisation de réformes institutionnelles ou économiques fondamentales (en particulier les nationalisations) ou de mesures visant à promouvoir la justice sociale, peuvent justifier un écart par rapport à la valeur marchande totale¹⁵⁴². Mais les hypothèses classiques d'expropriations réalisées par des mesures individuelles ne relèvent pas de cette exception¹⁵⁴³. Une analyse factuelle s'impose comme dans les AII de l'UE dès lors que dans l'évaluation de la valeur marchande, toutes les circonstances du cas particulier doivent être prises en compte¹⁵⁴⁴ de même que tous les facteurs pertinents pour déterminer cette valeur marchande doivent être examinés de manière adéquate¹⁵⁴⁵.

¹⁵⁴⁰ V. CEDH, arrêt, 8 juillet 1986, *Lithgow et al. c. Royaume-Uni*, Req. n° 9006/80 () pt. 120 ; CEDH, arrêt, 9 décembre 1994, *Les saints monastères c. Grèce*, req. n° 13092/87 et 13984/88, pts 70 et s. : « Une mesure d'ingérence dans le droit au respect des biens doit ménager un "juste équilibre" entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu [...] Le souci d'assurer un tel équilibre se reflète dans la structure de l'article 1 (P1-1) tout entier [...], donc aussi dans la seconde phrase qui doit se lire à la lumière du principe consacré par la première [...]. En particulier, il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé par toute mesure privant une personne de sa propriété [...] ».

¹⁵⁴¹ CEDH, arrêt, 21 février 1986, *James c. Royaume-Uni*, req. n° 8793/79, pts. 40 et s.

¹⁵⁴² CEDH, arrêt, 21 février 1986, *James c. Royaume-Uni*, req. n° 8793/79 pt. 54 ; CEDH, arrêt, 9 décembre 1994, *Les saints monastères c. Grèce*, req. n° 13092/87 et 13984/88 pts. 70 et s. ou encore CEDH, arrêt, 19 février 2009, *Koçacioğlu c. Turquie*, req. n° 2334/03, pt. 64. Cf pour la discussion au niveau de la CEDH : AGUILERA VAQUÉS M. 'Right of Property and Limits on its Regulation' *op. cit.*, pp 554 et s. ; ÇOBAN A.R., *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, Ashgate, 2004, pp 210 et s.

¹⁵⁴³ V ; entre autres, CEDH, arrêt, 21 février 1986, *James*, pt. 54 ; CEDH, arrêt, 9 décembre 1994, *Les saints monastères c. Grèce*, req. n° 13092/87 et 13984/88, pt. 71.

¹⁵⁴⁴ *Lithgow* pt. 121 ; *Scordino* pt. 102.

¹⁵⁴⁵ Cf. CEDH, arrêt, 8 juillet 1986, *Lithgow et al. c. Royaume-Uni*, req. no 9006/80 e.a., pts. 123 et s. ; CEDH, arrêt Gde Chbre., 25 mars 199, *Papachelas c. Grèce*, req. N° 31423/96, pts. 53 et s.

C'est dans cette volonté d'offrir une compensation adaptée et équilibrée que des règles privilégiant exclusivement l'État sont exclues¹⁵⁴⁶.

794. L'article 17, paragraphe 1, phrase 3 de la Charte permet de réglementer l'usage de la propriété « par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général ». La base juridique d'une telle réglementation doit être suffisamment précise. Et l'exigence de nécessité doit être interprétée à la lumière de la jurisprudence¹⁵⁴⁷ et de la règle générale de limitation énoncée à l'article 52, paragraphe 1¹⁵⁴⁸. Par conséquent, l'atteinte dans cette hypothèse doit notamment satisfaire au principe de proportionnalité et respecter, ce qui constitue un critère distinct, l'essence du droit de propriété. Il est raisonnable de penser qu'un tel critère de proportionnalité contient en son sein les différents critères posés en matière de privation, mais en offrant davantage de marge de manœuvre aux Etats dès lors que seule une appréciation globale de la proportionnalité de la mesure est imposée.

2. Le test de proportionnalité comme cadre général d'examen

795. Le test de proportionnalité est basé sur une approche en quatre étapes : l'objectif légitime, l'adéquation, la nécessité et le caractère approprié de la mesure au regard des buts poursuivis qui doivent être examinés *stricto sensu*. Dans sa jurisprudence, la CJUE ne distingue souvent pas clairement ces étapes, ce qui a tendance à jouer en faveur de la mesure¹⁵⁴⁹ et ce d'autant que l'article 52, paragraphe 1 est également formulé de manière imprécise à cet égard. Toutefois, des contre-exemples sont notables. Ainsi dans l'affaire *Schröder*, par exemple, la Cour a reconnu qu'en vertu du principe de proportionnalité, « la légalité de mesures imposants des [restrictions] est subordonnée à la condition que ces mesures soient appropriées et nécessaires à la réalisation des

¹⁵⁴⁶ Ainsi d'une présomption irréfragable selon laquelle la valeur de la propriété a augmenté simplement, parce qu'une nouvelle route principale a été construite à côté du terrain exproprié : CEDH, arrêt Gde Chbre., 25 mars 199, *Papachelas c. Grèce*, req. N° 31423/96, pts. 53 et s.

¹⁵⁴⁷ V. CJCE, 28 avril 1998, *Métronome Musik*, aff. C-200/96, pt. 21 ; l'affaire C-295/03, ou CJCE, arrêt, 12 mai 2005, *Friuli-Venezia Giulia*, aff. C-347/03, pt. 125.

¹⁵⁴⁸ Art. 52, 1) CDFUE : « Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et liberté. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui. 2. Les droits reconnus par la présente Charte qui font l'objet de dispositions dans les traités s'exercent dans les conditions et limites définies par ceux-ci. 3. Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue. »

¹⁵⁴⁹ CJCE, arrêt, 17 juillet 1997, *SAM Schiffahrt et Stapf*, aff. jointes C-248/95 et C-249/95, pt. 67.

objectifs légitimement poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les charges imposées ne doivent pas être démesurées par rapport aux buts visés »¹⁵⁵⁰.

796. Un objectif est légitime s'il sert le bien public ou la protection des droits et libertés d'autrui¹⁵⁵¹. Là-dessus, le droit européen est plus précis. De tels objectifs peuvent découler des objectifs généraux des traités¹⁵⁵² ou particuliers de l'Union. C'est le cas par exemple avec la politique agricole commune ou avec les motifs de justification établis dans le contexte des libertés fondamentales¹⁵⁵³ et des obligations internationales de l'Union¹⁵⁵⁴. À cet égard, les objectifs de santé¹⁵⁵⁵ et de protection des consommateurs¹⁵⁵⁶ ainsi que la protection de l'environnement¹⁵⁵⁷ peuvent être mentionnés.

797. Ensuite, la mesure en question doit être factuellement apte à répondre aux objectifs poursuivis, c'est-à-dire contribuer à leur réalisation¹⁵⁵⁸, et nécessaire. Ce dernier point exige que lorsque plusieurs mesures sont disponibles, la moins contraignante doive être utilisée¹⁵⁵⁹.

798. Une mesure sera proportionnée, *stricto sensu*, si les intérêts en conflit ont été équitablement mis en balance. Par conséquent, les intérêts légitimes de l'Etat doivent *in fine* être examinés à l'aune de l'intérêt économique de l'investisseur et de l'atteinte subie, et ce en tenant compte des circonstances de l'espèce « afin de déterminer si un juste équilibre a été ménagé entre ces intérêts »¹⁵⁶⁰.

¹⁵⁵⁰ CJCE, 11 juillet 1989, *Schraeder c. Hauptzollamt Gronau*, aff. C-265/87, pt. 21 ; V. égal. CJCE, 13 novembre 1990, *Fedesa*, aff. C-331/88 pt. 13 ; CJCE, arrêt, 12 juillet 2001, *H Jippes ea.*, aff. C-189/01, pt. 81. ; CJUE, 22 janvier 2013, *Skj Osterreich c. Osterreich Rundfunk*, aff. C-283/11, pt. 50.

¹⁵⁵¹ Conformément à l'art. 52, 1) de la Charte. V. égal. CJCE, arrêt, CJCE, arrêt, 9 septembre 2004, *Espagne et Finlande c. Parlement et Conseil*, aff. jointes C-184/02 et C-223/02, pt. 53.

¹⁵⁵² Art. 3 TUE.

¹⁵⁵³ CJCE, 28 avril 1998, *Métronome Musik*, aff. C-200/96, pt. 23.

¹⁵⁵⁴ CJCE, 28 avril 1998, *Métronome Musik*, aff. C-200/96, pt. 25. V. égal. La note explicative sur l'art. 52 de la Charte.

¹⁵⁵⁵ CJCE, arrêt, 17 juillet 1997, *Affish c. Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees*, aff. C-183/95, pt. 43.

¹⁵⁵⁶ CJCE, arrêt, 13 décembre 1994, *SMW Wingersekt*, aff. C-306/93, pt. 25.

¹⁵⁵⁷ CJCE, arrêt, 7 février 1985, Procureur de la République c. Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU), aff. C-240/83 pt. 13.

¹⁵⁵⁸ CJCE, arrêt, 5 octobre 1994, *Bananes I*, aff. C-280/93, pt. 86.

¹⁵⁵⁹ CJCE, 11 juillet 1989, *Schraeder c. Hauptzollamt Gronau*, aff. C-265/87, pt 21 ; CJCE, 13 novembre 1990, *Fedesa*, aff. C-331/88, pt. 13 ; CJCE, 28 avril 1998, *Métronome Musik*, aff. C-200/96, pt. 26 ; CJCE, arrêt, 12 juillet 2001, *H Jippes ea.*, aff. C-189/01, pt. 81.

¹⁵⁶⁰ CJCE, arrêt, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, pt. 81 ; CJCE, 13 novembre 1990, *Fedesa*, aff. C-331/88, pt. 17 ; CJCE, arrêt, 17 juillet 1997, *Affish c. Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees*, aff. C-183/95, pts. 42 et s.

799. Il ressort clairement au travers des exemples jurisprudentiels que, plus le poids de l'intérêt public poursuivi est grand, plus les possibilités de limitations sont larges¹⁵⁶¹. Ainsi, des effets négatifs intenses sur l'exercice du droit de propriété de l'investisseur requièrent des objectifs d'intérêt public d'importance correspondante. En outre, l'approche factuelle d'équilibre implique de se demander si par exemple l'investisseur a eu la possibilité d'éviter l'atteinte en acceptant une compensation plus importante¹⁵⁶², si l'atteinte est compensée par d'autres avantages¹⁵⁶³ ou si seule une mesure temporaire¹⁵⁶⁴, urgente¹⁵⁶⁵ ou à long terme¹⁵⁶⁶ est en cause. Le cas échéant, des règles transitoires ou des clauses de sauvegarde doivent être prévues pour atténuer l'interférence¹⁵⁶⁷.

800. Il importe de préciser qu'une compensation pour la restriction de l'usage peut être exigée dans des cas particuliers, mais il n'y a cependant pas d'obligation générale en ce sens¹⁵⁶⁸.

801. La nature du bien impacte également le régime dès lors qu'il est admis que si les biens acquis illégalement sont considérés comme entrant dans le champ d'application du droit de propriété, ils ne bénéficient que d'un niveau de protection limité. En outre, lors de la mise en balance des intérêts concurrents, la protection des droits acquis et des attentes légitimes, qui formellement ne sont pas protégés à ce titre, doivent être prise en compte. C'est ici un rapprochement avec l'approche restrictive des attentes légitimes adoptées par l'UE dans ces accords, approche qui s'écarte de la pratique traditionnelle.

802. Dans le cadre interne, l'exigence du principe de proportionnalité permet une approche inédite de l'équilibre des droits. Ainsi une ingérence dans le droit à la propriété fondée sur de simples soupçons et des mesures d'investigation peut, en toutes circonstances, ne pas satisfaire au critère de proportionnalité ; en tout état de cause, des normes strictes de justification s'appliquent, exigeant, entre autres, un établissement approfondi des faits de la cause¹⁵⁶⁹. C'est ici une sorte de reconnaissance d'une dimension procédurale du principe de proportionnalité. Ainsi, s'interrogeant sur la légalité de la publication des bénéficiaires de subventions agricoles dans une base de données

¹⁵⁶¹ CJCE, ordonnance, 13 novembre 2000, "Invest" Import und Export et Invest Commerce c. Commission, aff C-317/00 P(R), pt. 60.

¹⁵⁶² CJCE, 10 janvier 1992, *Kühn* aff., C-177/90, pt. 17; aff. C-347/03 Friuli Venezia Giulia pt. 133.

¹⁵⁶³ CJCE, arrêt, 19 juin 1980, *Testat*, aff. jointes 41/79, 121/79 et 796/79, pt. 20.

¹⁵⁶⁴ CJCE, arrêt, 13 décembre 1979, *Hauer contre Land Rheinland-Pfalz*, Aff. 44/79 pt. 28.

¹⁵⁶⁵ CJCE, arrêt, 10 juillet 2003, *Booker Aquaculture et Hydro Seafood*, aff. jointes C-20/00 et C-64/00, pt. 79.

¹⁵⁶⁶ CJCE, arrêt, 15 novembre 2012, *P Stichting Al-Aqsa*, aff. jointes C-539/10 P et C-550/10, pt. 120.

¹⁵⁶⁷ CJCE, 26 juin 1997, *Familiapress c. Bauer Verlag*, aff. C-368/95, pt. 40 ; CJCE, arrêt, 12 mai 2005, *Friuli-Venezia Giulia*, aff. C-347/03, pt. 133 ; CJCE, arrêt Gde. Chbre., 3 septembre 2008, *Kadi*, aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P, pt. 364.

¹⁵⁶⁸ CJCE, arrêt, 10 juillet 2003, *Booker Aquaculture et Hydro Seafood*, aff. jointes C-20/00 et C-64/00, pts. 64 et s. et 84; CJCE, arrêt, 12 mai 2005, *Friuli-Venezia Giulia*, aff. C-347/03, pt. 123 ; Becker 284.

¹⁵⁶⁹ CJCE, arrêt, 15 novembre 2012, *P Stichting Al-Aqsa*, aff. jointes C-539/10 P et C-550/10, pts. 70 et s.

sur Internet, la Cour a considéré que cette mesure violait le droit à la protection des données, car il n'était pas possible de discerner que le législateur de l'Union avait envisagé des alternatives « qui seraient compatibles à l'objectif [...] tout en étant moins attentatoires au droit¹⁵⁷⁰ ».

B. La subsidiarité de l'intérêt privé dans le contrôle des atteintes légitimes

803. Le principe de la protection du droit de propriété, désormais codifié dans la Charte des Droits fondamentaux, est soumis aux dispositions générales relatives à l'encadrement des atteintes légitimes. Le premier test de contrôle des atteintes à trait à la nécessité de préserver, dans l'atteinte, la substance du droit de propriété. Ce qui implique nécessairement une gradation dans l'évaluation des atteintes. En outre, le principe de proportionnalité, test ultime d'examen des atteintes, reçoit une appréciation spécifique en matière de propriété, en raison des enjeux politiques induits par certaines matières, impliquant qu'une importante marge de manœuvre soit accordée à l'Etat. De cela il ressort que l'Etat jouit d'un seuil élevé d'engagement de la responsabilité qui implique une certaine subsidiarité du droit de propriété de l'investisseur face à certains intérêts légitimes.

804. Avant d'analyser la marge de manœuvre générale dont jouit l'Etat au travers du principe de proportionnalité (2), il convient en premier lieu de voir comment est appréciée la condition inhérente à la préservation du contenu essentiel du droit de propriété (1).

1. La préservation du contenu essentiel du droit de propriété dans la diversité des atteintes

805. La garantie du contenu essentiel d'un droit — qui doit être distinguée du test de proportionnalité selon le libellé de l'article 52, paragraphe 1 de la Charte — constitue un seuil ultime. L'essence du droit de propriété n'est pas respectée lorsque la garantie de la propriété est privée de sa substance. À l'inverse, lorsque le droit de propriété n'est affecté que de manière marginale ou lorsque seules les modalités de son exercice sont réglementées, son essence n'est pas atteinte¹⁵⁷¹.

806. Dans cette volonté de protection du contenu essentiel du droit de propriété, la jurisprudence appréhende également certaines ingérences dans la jouissance paisible des biens qui tendent à dépasser le cadre strict du concept de privation ou de réglementation de l'usage des biens.

¹⁵⁷⁰ CJUE, arrêt, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert Schecke*, aff jointes C-92/09 et 93/09, pt. 81.

¹⁵⁷¹ CJCE, 6 décembre 1984, *Biovilac*, aff. 59/83 ; CJCE, 10 janvier 1992, *Kühn* aff., C-177/90, pt. 17.

Malgré une compréhension large de la possibilité de réglementer l'usage de la propriété au sens de l'article 17, paragraphe 1¹⁵⁷², il peut y avoir d'autres interférences avec le droit à la propriété qui nécessite d'être couvert aux fins d'une protection de la substance du droit fondamental de protection de la propriété. Par conséquent, la Cour européenne des droits de l'homme a érigé la garantie d'une jouissance paisible des biens comme une catégorie résiduelle¹⁵⁷³. Cette interprétation s'applique également à l'article 17.¹⁵⁷⁴ Des exemples importants sont les mesures ayant des conséquences factuelles uniques qui ne peuvent pas être interprétées comme une réglementation de l'usage de la propriété, comme la destruction de biens. Pour ce qui est des justifications admises, les critères relatifs aux réglementations de l'usage de la propriété s'appliquent¹⁵⁷⁵.

2. La préservation d'une marge d'appréciation étatique dans le contrôle judiciaire des atteintes au droit de propriété

807. Dans son contrôle, la Cour a souvent accordé une large marge d'appréciation aux institutions de l'Union et aux États membres lors de la mise en œuvre du droit de l'Union¹⁵⁷⁶, notamment dans les domaines des transports¹⁵⁷⁷, de la politique agricole commune¹⁵⁷⁸ et de la

¹⁵⁷² Voir également, dans le contexte de la CEDH, WHITE R., OVEY C., *The European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 503 et s.

¹⁵⁷³ CEDH, arrêt, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, req. N° 7151/75 et 7152/75, pts. 61 et s. ; WHITE R., OVEY C., *The European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, pp 479, 503 et s.

¹⁵⁷⁴ Même si la jurisprudence ne reconnaît explicitement que les catégories de privation et de réglementation de l'utilisation de la propriété ; cf CJCE, arrêt, 13 décembre 1979, *Hauer contre Land Rheinland-Pfalz*, Aff. 44/79, pt. 19 : « après avoir affirmé le respect de la propriété, cette disposition envisage deux formes d'atteintes possibles aux droits du propriétaire, selon que l'atteinte a pour objet de priver le propriétaire de son droit ou de restreindre l'usage de celui-ci ».

¹⁵⁷⁵ Cf. CEDH, arrêt, 22 juin 2004, *Bronionski c. Pologne*, Req. No 31443/96, pt. 150 : « Tant une atteinte au respect des biens qu'une abstention d'agir doivent ménager un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu [...] Le souci d'assurer un tel équilibre se reflète dans la structure de l'article 1 du Protocole no 1 tout entier. En particulier, il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé par toute mesure appliquée par l'État, y compris les mesures privant une personne de sa propriété. Dans chaque affaire impliquant la violation alléguée de cette disposition, la Cour doit vérifier si, en raison de l'action ou de l'inaction de l'État, la personne concernée a dû supporter une charge disproportionnée et excessive ».

¹⁵⁷⁶ CJCE, arrêt, 17 octobre 1995, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries et Food*, ex parte National Federation of Fishermen's Organisations et Federation of Highlands and Islands Fishermen et al., aff. C-44/94, , pts. 56 et s..

¹⁵⁷⁷ CJCE, arrêt, 9 septembre 2004, *Espagne et Finlande c. Parlement et Conseil*, aff. jointes C-184/02 et C-223/02, pt. 56.

¹⁵⁷⁸ CJCE, 11 juillet 1989, *Schraeder c. Hauptzollamt Gronau*, aff. C-265/87, pt. 22 ; CJCE, 13 novembre 1990, *Fedesa*, aff. C-331/88, pt. 14 ; CJCE, arrêt, 5 octobre 1994, *Bananes I*, aff. C-280/93, pt. 89 ; CJCE, arrêt, 12 juillet 2001, *H Jippes et al.*, aff. C-189/01, pt. 82 ; CJCE, arrêt, 13 décembre 1994, *SMW Winzersekt*, aff. C-306/93, pts. 21 et 22.

politique économique¹⁵⁷⁹. Cela a été justifié par les « responsabilités politiques »¹⁵⁸⁰ attribuées au législateur de l'Union dans ces domaines, qui impliquaient sa primauté dans la mise en balance des intérêts contradictoires afin de réaliser l'organisation du marché commun¹⁵⁸¹, par la nécessité d'évaluer des situations politiquement, économiquement ou socialement complexes¹⁵⁸² ou par les difficultés à prévoir les évolutions futures¹⁵⁸³.

808. En conséquence, seules les mesures manifestement inadaptées¹⁵⁸⁴ manifestement inappropriées¹⁵⁸⁵ ont été jugées disproportionnées. En dessous de ce seuil, il importe peu « si la mesure adoptée par le législateur était la seule ou la meilleure possible »¹⁵⁸⁶. En outre, une décision du législateur de l'Union contenant des éléments de pronostic et impliquant donc nécessairement un certain degré d'incertitude n'est rejetée que « si elle apparaît manifestement erronée au vu des éléments dont il [le législateur] disposait au moment de l'adoption de la réglementation »¹⁵⁸⁷. Néanmoins, le législateur est tenu d'adapter sa mesure lorsque ses évaluations se révèlent erronées à l'avenir¹⁵⁸⁸.

809. Cet examen limité et souvent assez superficiel¹⁵⁸⁹ a donné lieu à de sévères critiques de la part de nombreux commentateurs. Bien entendu, une large marge d'appréciation accordée au législateur n'est pas problématique en soi. Elle tranche avec la pratique traditionnelle du droit international des investissements en ce qu'elle tend à préserver la capacité réglementaire des Etats. Cependant, une protection efficace des droits fondamentaux exige un examen minutieux dans chaque cas pour déterminer si et dans quelle mesure une marge d'appréciation peut être accordée. Une réelle préservation de la capacité réglementaire de l'Etat n'est pas incompatible avec un contrôle plus strict de ses limites et un examen plus approfondi des mesures adoptées, quand bien

¹⁵⁷⁹ CJCE, arrêt, 29 février 1996, *France et Irlande c. Commission*, aff. C-296/93, pt. 31.

¹⁵⁸⁰ CJCE, 11 juillet 1989, *Schraeder c. Hauptzollamt Gronau*, aff. C-265/87, pt. 22 ; CJCE, 13 novembre 1990, *Fedesa*, aff. C-331/88, pt. 14 ; CJCE, arrêt, 5 octobre 1994, *Bananes I*, aff. C-280/93, pts. 89 et 91 ; CJCE, arrêt, 13 décembre 1994, *SMW Winzersekt*, aff. C-306/93, pt. 21 ; CJCE, arrêt, 12 mai 2005, *Friuli-Venezia Giulia*, aff. C-347/03, pt. 131.

¹⁵⁸¹ CJCE, arrêt, 5 octobre 1994, *Bananes I*, aff. C-280/93, pt. 91.

¹⁵⁸² CJCE, arrêt, 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health ea c. Secretary of State for Health*, aff. jointes C-154/04 et C-155/04, pt. 52.

¹⁵⁸³ CJCE, arrêt, 5 octobre 1994, *Bananes I*, aff. C-280/93, pt. 90.

¹⁵⁸⁴ Cf. CJCE, 11 juillet 1989, *Schraeder c. Hauptzollamt Gronau*, aff. C-265/87, pt. 22 ; CJCE, 13 novembre 1990, *Fedesa*, aff. C-331/88, pts. 14 et s. ; CJCE, arrêt, 5 octobre 1994, *Bananes I*, aff. C-280/93, pt. 90 ; CJCE, arrêt, 13 décembre 1994, *SMW Winzersekt*, aff. C-306/93, pt. 21 ; CJCE, arrêt, 12 mai 2005, *Friuli-Venezia Giulia*, aff. C-347/03, pt. 131.

¹⁵⁸⁵ CJCE, arrêt, 13 décembre 1994, *SMW Winzersekt*, aff. C-306/93, pt. 27.

¹⁵⁸⁶ CJCE, arrêt, 12 juillet 2001, *H Jippes ea.*, aff. C-189/01, pt. 83.

¹⁵⁸⁷ CJCE, arrêt, 5 octobre 1994, *Bananes I*, aff. C-280/93, pt. 90 ou CJCE, arrêt, 12 juillet 2001, *H Jippes ea.*, aff. C-189/01, pt. 84.

¹⁵⁸⁸ CJCE, arrêt, 12 janvier 2006, *Agrarproduktion Staebelow GmbH*, aff. C-504/04 pt. 40.

¹⁵⁸⁹ V. CJCE, arrêt, 27 juin 1989, *Karl Leukhardt*, aff. 113/88 pt. 20.

même elles seraient adoptées au nom de l'UE. Le développement des droits fondamentaux dans le droit de l'UE ne peut passer que par une telle approche. Certains arrêts sont allés dans ce sens, notamment en matière d'examen du droit dérivé ¹⁵⁹⁰ et des marges d'appréciation ¹⁵⁹¹.

810. Compte tenu de l'origine économique de l'intégration européenne et des activités réglementaires connexes des Communautés, il n'est pas étonnant que le droit de propriété ait été reconnu dès les années 1970 comme un droit fondamental protégé par le droit européen. La propriété privée étant vitale pour un ordre économique décentralisé et libre, l'article 17 constitue — à côté des articles 15 et 16 de la Charte — l'un des piliers de base de la constitution économique de l'Union. Compte tenu du nombre croissant d'activités réglementaires de l'UE dans le domaine économique, l'importance du droit de propriété semble devoir s'accroître. D'autant plus que le contour du test de proportionnalité est essentiel pour garantir la liberté individuelle. Un autre défi dogmatique, non seulement pour le droit européen des droits fondamentaux en général, mais aussi lors de l'élaboration de l'article 17 en particulier, est de tenir compte des normes de la CEDH tout en créant une garantie distincte du droit européen. Toutefois ce cadre abouti à une conception spécifique du droit de propriété qui, au regard du cadre normatif dans lequel il s'insère, constitue un droit strictement encadré au regard des compétences étatiques et des objectifs légitimes notamment consacrés par le Droit de l'UE. Cet encadrement du droit de propriété, à rebours de la vision traditionnelle de l'expropriation dans le contentieux arbitral issu des TBI, se retrouve dans une certaine mesure dans la conception de l'expropriation dans les AII de l'UE. C'est notamment le cas avec la place primordiale qu'occupe le test de proportionnalité dans la volonté d'équilibre des intérêts et de préservation de la capacité réglementaire des Etats.

¹⁵⁹⁰ Cf. CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, aff. C-70/10, pt. 42 ; CJCE, arrêt, Gde. Chbre., NS c. Secretary of State for the Home Department, aff. jointes C-411/10 et C-493/10 pt. 75.

¹⁵⁹¹ CJCE, 26 juin 1997, *Familiapress c. Bauer Verlag*, aff. C-368/95 pts. 40 et s.

CONCLUSION DU CHAPITRE

811. L'étude de la protection de la propriété démontre l'originalité de l'approche du droit européen sur cette question. Cette protection se démarque en l'occurrence des garanties de protection contre l'expropriation telles qu'elles se sont développées dans la pratique des TBI.

812. Dans le cadre intraeuropéen, en s'inspirant de la pratique américaine, les accords de l'UE imposent une conception équilibrée de la clause d'expropriation. Tant dans l'identification, notamment d'une expropriation indirecte, que dans son régime, les clauses européennes exigent une approche factuelle prenant en considération, au travers d'une consécration implicite du test de proportionnalité, les intérêts substantiels de l'investisseur en même temps que les intérêts légitimes de l'Etat. Cette approche est confirmée par l'existence de clauses générales et spéciales visant à préserver la capacité réglementaire de l'Etat.

813. En interne, le cadre institutionnel et normatif dans lequel s'est développée la protection de la propriété consacre une telle approche équilibrée. Ce cadre institutionnel, c'est l'existence d'une clause de réserve de compétence nationale qui rappelle la souveraineté des Etats. Toutefois, la protection de la propriété privée, en tant que principe général du droit de l'UE, s'est imposée aux fins du bon fonctionnement du marché intérieur. Le contexte normatif dans lequel il s'est développé, qui prend nécessairement en compte d'autres intérêts et objectifs, aboutit à lecture équilibrée de cette protection.

CONCLUSION DE LA PARTIE 3

814. L'étude des normes de traitement et de protection de l'investissement du droit de l'UE se caractérise par une mise en avant de la capacité normative des Etats qui s'écarte considérablement de la pratique des TBI marquant par là l'originalité du droit de l'UE des investissements.

815. En s'inspirant majoritairement de la pratique nord-américaine, les AII de l'UE, au travers de la clause du traitement juste et équitable et de la clause d'expropriation, imposent des définitions strictes qui préservent la marge de manœuvre des Etats. La préservation de la marge de manœuvre de l'Etat est en outre préservée dans le régime de ses clauses. Ainsi, dans leur mise en œuvre, les intérêts légitimes de l'Etat sont garantis par la nécessité d'une mise en balance entre les intérêts privés de l'investisseur et les intérêts légitimes de l'Etat. Si cette approche est novatrice, au regard de l'importance accordée à une telle préservation des intérêts étatiques, dans le cadre des instruments de protection, sa présence dans le cadre intraeuropéen est moins surprenante. Le recours aux dispositions du marché intérieur, qui intègrent une diversité de normes et de principes nécessaires à son bon fonctionnement, ainsi que la complexité de l'ordre juridique européen démontrent la capacité du droit de l'UE à couvrir largement les garanties de traitement et de protection de l'investissement identifiable dans les instruments de protection. Ce contexte normatif spécifique de protection et de traitement de l'investissement suppose en outre la prise en compte d'intérêts et d'objectifs susceptibles de s'opposer à ceux de l'investissement. La coexistence de ces intérêts aboutit à une conception équilibrée de la protection des investissements offerte par le droit de l'UE notamment à travers la mise en œuvre du principe de proportionnalité qui préserve la capacité normative des Etats. En définitive, le droit de l'UE dans la protection et le traitement des investissements propose une approche plus équilibrée et plus précise que dans les AII traditionnels.

CONCLUSION GENERALE

816. Le but de cette étude était d'identifier et de caractériser le droit européen des investissements étrangers au regard du droit international. Eu égard à cet objet il apparaissait pertinent d'évoquer le phénomène de fragmentation du droit international qui, dans une approche conflictualiste, aboutissait à questionner la compatibilité entre les deux systèmes de réglementation de l'investissement. Une telle approche conflictualiste n'est *a priori* pas infondée lorsqu'on considère les deux systèmes isolément et dans une perspective historique. Ainsi, le terreau d'élaboration du droit international de l'investissement permet de mettre en évidence un droit caractérisé par la défiance — envers le système normatif étranger — de sorte que l'enjeu réside exclusivement dans la protection de l'investisseur étranger. Le droit de l'UE s'est quant à lui construit dans une perspective d'intégration des systèmes nationaux et de libéralisation des investissements au travers d'un ordre juridique complexe où s'imposent des principes tels que la confiance mutuelle ou l'égalité entre ses membres. Le risque d'incohérence, de télescopage et de conflits apparaissait évident au regard de l'identité d'objet des deux systèmes. Ce risque a nourri de nombreux débats doctrinaux et jurisprudentiels où la question d'une détermination précise et détaillée du droit européen des investissements étrangers apparaissait nécessaire afin de répondre à la question de la compatibilité ou non entre les deux systèmes.

817. Les sentences *Eureko*¹⁵⁹² et en particulier *Electrabel*¹⁵⁹³ se sont distinguées dans leur traitement de la question dans la mesure où ils ont suggéré qu'une interprétation harmonieuse des deux systèmes était envisageable, en dépit des différences apparentes et en l'absence de hiérarchie entre les normes. Cette solution rejoint celle de Joost PAUWELYN qui appelait à une approche horizontale des conflits de systèmes dans un système international décentralisé¹⁵⁹⁴. Cette approche harmonieuse a été rendue possible par la caractérisation du régime international de l'investissement comme un régime complexe de façon à imposer — au-delà d'une identification positive — une analyse systémique du droit européen des investissements au regard du droit international. En considérant la diversité des systèmes de réglementations de l'investissement international, il

¹⁵⁹² TA CPA, sentence, 26 Octobre 2010, *Eureko B.V c. République de Slovaquie*, aff. n° 2008-13.

¹⁵⁹³ CIRDI, décision sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité, 30 novembre 2012, *Electrabel SA c. Hongrie*, n° ARB/07/19, pts. 4.130-4.138.

¹⁵⁹⁴ PAUWELYN J., *Conflict of norms in public international law : How WTO relates to other rules of international law*, CUP, 2003, p. 93 ; PAUWELYN J., « Bringing fragmentation and unity : International law as a universe of inter-connected Islands », *Mich. J. Int'l L.*, 2004, vol 24, 5, pp. 903-916.

importe ainsi de dépasser la vision chaotique du droit international des investissements pour le caractériser comme un régime complexe¹⁵⁹⁵ dans lequel le droit européen s'intègre au regard de l'identité d'objet. Ainsi, en s'inspirant des interactions dans le régime du droit international, l'UE est en mesure de proposer une réglementation spécifique qui demeure cohérente avec l'idéologie du régime.

818. Il ressort de l'analyse du droit européen des investissements que ce dernier approfondit son objet initial de libéralisation des investissements en l'associant à une approche équilibrée de la protection des investissements. Pour ce faire, l'UE — dans le prolongement des solutions proposées à l'OMC — s'appuie sur la réglementation du marché intérieur, pour affirmer l'existence d'une liberté d'investir. En l'occurrence, l'UE va au-delà des approches libérales retenues par exemple dans la pratique nord-américaine — avec l'intégration de la phase de préinvestissement — pour octroyer de véritables garanties d'accès au marché à l'investisseur. En outre, dans la définition du champ d'application, le droit européen des investissements ne contredit pas la volonté de flexibilité des TBI tout en s'inspirant de quelques solutions jurisprudentielles invitant à un contrôle des critères de qualification de l'investissement couvert. En matière de traitement et de protection de l'investissement, l'UE s'inspire fortement de la pratique nord-américaine tendant à suggérer une qualification plus stricte de ces garanties. Toutefois l'UE va plus loin en mettant en exergue des clauses précises de préservation de la capacité réglementaire des Etats tout en imposant une mise en balance des intérêts. Dans cet exercice, l'UE se démarque par le recours au test de proportionnalité qui constitue une des clés de voute du système d'interprétation de la Cour de justice de l'UE.

819. Cette orientation du droit européen des investissements étrangers où cohabite des normes de libéralisation des investissements à côté de garanties de protection des investisseurs — tout en prenant en considération la capacité réglementaire des Etats — n'est pas sans rappeler, dans une moindre mesure, les traités d'amitié et de commerce des États-Unis post Seconde Guerre mondiale. Il n'est pas contesté qu'au regard de leur contenu les *FCN Treaties* ont fortement inspiré la formulation des garanties de traitement et de protection des TBI. En partant d'une analyse détaillée des *FCN Treaties*, Kenneth J. VANDEVELDE parvient à la conclusion que ces accords proposaient également une approche libérale de l'investissement. En matière d'investissement, il était ainsi prévu un principe de neutralité qui mettait en exergue l'idée d'une soumission de la mobilité des investissements aux principes du marché. Selon l'auteur, ce principe aboutissait avec les garanties

¹⁵⁹⁵ PAUWELYN J., « At the edge of chaos ? Foreign investment law as a complex adaptative system. How it emerged and how it can be reformed », ICSID Rev., 2014, vol. 29, 2, pp. 1-47.

de non-discrimination à caractériser une certaine liberté d'établissement aux investisseurs¹⁵⁹⁶. Cette analyse est en accord avec la vision du professeur SORNARAJAH QUI, au travers d'une analyse critique de ses sources, a caractérisé le régime international des investissements comme un régime à vocation libéral¹⁵⁹⁷. Le droit de l'UE de l'investissement international, dont le postulat repose sur une proposition libérale, s'insère dans cette démarche des traités d'amitié et de commerce américain. Il constitue un outil hautement spécialisé d'approfondissement de la mondialisation économique.

820. Si certains pouvaient y voir, notamment en considération des sources d'influences, la preuve d'une américanisation du régime de l'investissement¹⁵⁹⁸, nous considérons que par l'importance des garanties de libéralisation et de la place accordée à la capacité réglementaire de l'Etat, le droit européen tel qu'il est présenté, constituent une vision proprement européenne qui prend ses racines dans la réglementation de l'investissement dans le cadre du marché intérieur. Le niveau de protection offert à l'investissement en interne et le modèle proposé en externe invitent alors à questionner la nécessité et la pertinence actuelle d'une réglementation spécifique de l'investissement étranger.

¹⁵⁹⁶ En l'occurrence, l'auteur prend pour exemple l'art. VII, 1) FCN Treaty avec les Pays-bas qui prévoit une liberté d'entreprendre dans le respect du principe du Traitement national et du Traitement de la nation la plus favorisée.

¹⁵⁹⁷ SORNARAJAH M., *Resistance and change in international law on foreign investment*, CUP, 2015, 452 p. et spéc. Pp. 78-115 ; cf. égal. LINARELLI J., SALOMON M. E., SORNARAJAH M., *The misery of international Law: Confrontation with Injustice in the Global Economy*, OUP, 2018, pp. 145-174.

¹⁵⁹⁸ ALSCHNER W., « Americanization of the bit Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (fcn) Treaties on Modern Investment Treaty Law », *Goettingen Journal of International Law*, 2013, vol. 5, no 2, pp. 455-486 ; CALAMITA N.J., « The Making of Europe's International Investment Policy: Uncertain First Steps », *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, vol. 39, no 3 : 301-330.

BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE

SECTION 1. Textes Officiels Et Autres Documents	399
§1. <u>Communautés européennes et Union européenne</u>	399
A. <u>Droit primaire</u>	399
B. <u>Accords internationaux</u>	399
1. <u>Accords</u>	399
2. <u>Autres</u>	402
C. <u>Règlements</u>	402
D. <u>Directives</u>	403
E. <u>Décisions</u>	404
F. <u>Documents internes des institutions de l'Union</u>	404
1. <u>Conseil de l'UE</u>	404
2. <u>Parlement européen</u>	405
3. <u>Commission européenne</u>	405
a. <u>Communications, rapports et avis</u>	405
b. <u>Autres</u>	406
G. <u>Autres</u>	406
§2. <u>Conventions internationales</u>	407
A. <u>Droit international public</u>	407
B. <u>Droit international des investissements</u>	408
1. <u>Accords multilatéraux</u>	408
2. <u>Accords bilatéraux</u>	408
a. <u>USA</u>	408
b. <u>Canada</u>	408
c. <u>France</u>	409
d. <u>Royaume-Uni</u>	409
e. <u>Autres</u>	410
§3. <u>Organisations internationales</u>	411
§4. <u>Autres</u>	412
SECTION 2. Jurisprudence	413
§1. <u>Union européenne</u>	413
A. <u>Cour de justice (CJCE/CJUE)</u>	413
1. <u>Arrêts et ordonnances</u>	413
2. <u>Avis et délibérations</u>	425
3. <u>Conclusions et prises de position des Avocats généraux</u>	426
B. <u>Tribunal de première instance (TPICE) et Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne (TFPUE) / Tribunal de l'Union européenne (Trib.UE)</u>	427
§2. <u>Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH)</u>	428
§3. <u>Cour permanente de Justice internationale (CPJI) / Cour internationale de Justice(CIJ)</u>	429
§4. <u>Organe de règlement des différends de l'OMC</u>	430
§5. <u>Tribunaux arbitraux</u>	430
A. <u>Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)</u>	430
B. <u>Cour permanente d'arbitrage(CPA)</u>	438
C. <u>Autres tribunaux arbitraux</u>	439

§6.	<u>Autres juridictions internationales</u>	440
§7.	<u>Juridictions nationales</u>	441
SECTION 3. <u>Doctrine Et Autres Documents Non Officiels</u>		443
§1.	<u>Dictionnaires, encyclopédies et répertoires</u>	443
§2.	<u>Manuels et ouvrages généraux</u>	443
§3.	<u>Ouvrages spécialisés</u>	444
A.	<u>Droit de l'Union européenne</u>	444
B.	<u>Droit international</u>	445
C.	<u>Autres</u>	447
§4.	<u>Thèses</u>	448
§5.	<u>Cours à l'Académie de droit international</u>	448
§6.	<u>Articles et contributions à des ouvrages collectifs</u>	449
§7.	<u>Rapports et communications et autres</u>	473

SECTION 1. TEXTES OFFICIELS ET AUTRES DOCUMENTS

§1. Communautés européennes et Union européenne

A. Droit primaire

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *in* Traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, JOUE 2007/C 303/01

Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe, JOCE n° C 169, 18 juillet 2003, p. 1.

Traité instituant la Communauté économique européenne, signé à Rome le 25 mars 1957.

Traité instituant la Communauté européenne, Maastricht, signé le 7 février 1992, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993.

Traité sur l'Union européenne (version consolidée 2016) , JOUE n° C 202, 7 juin 2016, p. 13.

Traité sur l'Union européenne et traité instituant la Communauté européenne (version consolidée 1997), JOCE n° C 340, 10 novembre 1997, p. 145.

Traité sur l'Union européenne et traité instituant la Communauté européenne (version consolidée 2002), JOCE n° C 325, 24 décembre 2002, p. 1–1.

Traité sur l'Union européenne et traité instituant la Communauté européenne (version consolidée 2006), JOCE n° C 321 E, 29 décembre 2006, p. 1.

Traité sur l'Union européenne, ensemble le texte complet du traité instituant la Communauté européenne, JOCE n° C 224, 31 août 1992, p. 1.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée 2016), JOUE n° C 202, 7 juin 2016, p. 47.

Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'Acier, Paris, signé le 18 avril 1951, entré en vigueur le 23 juillet 1952

Acte unique européen, signé le 17 février 1986, entré en vigueur le 28 février 1986

B. Accords internationaux

1. Accords

Accord d'association CE/Turquie (Accord d'Ankara), 64/733/CEE, (e.e.v. 29/12/1964)

Accord d'association euro-méditerranéen intérimaire relatif aux échanges et à la coopération entre la Communauté européenne, d'une part, et l'Organisation de libération de la Palestine (OLP),

agissant pour le compte de l'Autorité palestinienne de la Cisjordanie et de la bande de Gaza, d'autre part, 16/07/1997, JO L 187

Accord de libre échange CE/Corée (UE/Corée du sud) (e.e.v. 01/07/2011)

Accord de libre échange entre l'Union européenne et le Viêt Nam, entré en vigueur le 1er août 2020.

Accord de Partenariat économique entre l'Union européenne et les Etats d'Afrique, Caraïbes et Pacifique, Cotonou le 23 juin 2000.

Accord de partenariat économique entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et les Etats du Cariforum, signé le 15 octobre 2008

Accord de partenariat économique UE/Japon (e.e.v. 01/02/2019)

Accord de partenariat économique, de coordination politique et de coopération entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et les États-Unis du Mexique, d'autre part, Bruxelles, signé le 8 décembre 1997, entré en vigueur le 1^{er} octobre 2000.

Accord de partenariat et de coopération CE / Arménie du 22 avril 1996 établissant un partenariat et une coopération entre la Communauté européenne et ses Etats membres et la République d'Arménie (e.e.v. 01/07/1999 (JOCE n° L 239 du 9 septembre 1999)

Accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et ses Etats membres d'une part, et la République du Tadjikistan, d'autre part, en vigueur depuis le 1er janvier 2010

Accord de partenariat et de coopération renforcée entre l'Union européenne et ses Etats membres, d'une part, et la République du Kazakhstan, d'autre part, Astana, signé le 21 décembre 2015, entré en vigueur le 20 juin 2022

Accord de partenariat UE/OEACP (Accord de Cotonou) (2000/483/CE), (e.e.v. 01/04/2003)

Accord de protection des investissements UE/Singapour (e.e.v. 21/11/2019)

Accord de Protection des investissements UE/Viêt Nam (e.e.v. 01/08/2020)

Accord de stabilisation et d'association avec la Bosnie-Herzégovine, 16 juin 2008, entré en vigueur le 1^{er} juin 2015

Accord de stabilisation et d'association avec la République de Serbie, d'autre part, signée le 29 avril 2008

Accord de stabilisation et d'association avec le Kosovo, entré en vigueur le 1^{er} avril 2016

Accord de stabilisation et d'association CE/Bosnie (JO L 164 du 30.6.2015, p. 2-547)

Accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la Croatie, d'autre part, signé le 28 janvier 2005 JO L 26/3

Accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République de Serbie, d'autre part, signé le 29 avril 2008 JO L 278 2013

Accord établissant une association entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la République du Chili d'autre part, Bruxelles le 18 novembre 2002, entré en vigueur le 1^{er} février 2003

Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et le Royaume du Maroc, d'autre part, 18/03/2000, JO L 070.

Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et le Royaume hachémite de Jordanie, signé le 24 novembre 1997 (en vigueur depuis le 1^{er} mai 2002), JO L 129 2002

Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République arabe d'Égypte, d'autre part, 30/09/2004, JO L 304.

Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et le Royaume hachémite de Jordanie, d'autre part, Bruxelles, signé le 24 novembre 1997

Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République arabe d'Égypte, d'autre part, entré en vigueur le 25 juin 2001

Accord sur l'Espace économique européen, JOCE n° L 1, 3 janvier 1994, p. 3

Accord sur le commerce, le développement et la coopération entre l'Union européenne et l'Afrique du Sud, Pretoria le 11 octobre 1999.

Accord-cadre global de partenariat et de coopération avec la République de Thaïlande, signé en septembre 2022

Traité d'adhésion à l'Union européenne, signé à Athènes le 16 avril 2003 entre les Etats membres de l'Union européenne, la République tchèque, Chypre, Estonie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Malte, Pologne, Slovaquie, et la Slovaquie (entré en vigueur le 1^{er} mai 2004).

Traité d'adhésion à l'Union européenne, signé à Bruxelles le 9 décembre 2011, entre les Etats membres de l'Union européenne et la Croatie (entré en vigueur le 1^{er} juillet 2013).

Traité d'adhésion à l'Union européenne, signé à Luxembourg le 25 avril 2005, entre les Etats membres de l'Union européenne, la Bulgarie et la Roumanie (entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007).

2. Autres

UNION EUROPEENNE ET SES ÉTATS MEMBRES, CANADA, *Instrument interprétatif commun concernant l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union européenne et ses États membres*, JOUE L 11, 14 janvier 2017, p. 3

«Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux », JO, 14 décembre 2007, 2007/C 303/02

C. Règlements

CONSEIL DE L'UE, PARLEMENT DE L'UE, Règlement (CE) n° 1008/2008, du 24 septembre 2008 *établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté*, JO L 293 du 31.10.2008

PARLEMENT, CONSEIL, règlement (UE) n° 492/2011, *relatif à la libre circulation des travailleurs au sein de l'Union* ;

CONSEIL, PARLEMENT EUROPEEN, Règlement du 9 octobre 2013 *établissant le code des douanes de l'Union*, 952/2013/UE

CONSEIL UE, PARLEMENT UE, Règlement (UE) No 912/2014 du 23 juillet 2014 *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*, JOUE L 257, 28 août 2014

CONSEIL UE, PARLEMENT, règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, JO L 141, 5.6.2015

PARLEMENT EUROPEEN ET CONSEIL, Règlement (UE) 2019/943 du 5 juin 2019 sur le marché intérieur de l'électricité (refonte), JOUE L 158/54 ;

PARLEMENT EUROPEEN ET CONSEIL, Règlement (UE) 2019/941 du 5 juin 2019 sur la préparation aux risques dans le secteur de l'électricité et abrogeant la directive 2005/89/CE, JOUE L 158/54

PARLEMENT EUROPEEN et CONSEIL, Règlement (UE) 2017/1001 du 14 juin 2017 sur la marque de l'Union européenne, JO L 154, 16.6.2017, p. 1–99

PARLEMENT EUROPEEN, CONSEIL, Règlement (UE) n° 1219/2012 du 12 décembre 2012 *établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membre et des États tiers*

PARLEMENT EUROPEEN ET CONSEIL, Règlement (UE) 2019/942 du 5 juin 2019 instituant une agence de l'Union européenne pour la coopération des régulateurs de l'énergie (refonte), JOUE L 158/54.

D. Directives

CONSEIL, Directive du 17 mai 1977, *en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires (sixième directive TVA)*, 77/388

CONSEIL DE L'UE, Directive 88/361/CEE, du 24 juin 1988 *pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité*, JO L 178, 8.7.1988

PARLEMENT EUROPEEN et CONSEIL, Directive 98/71/CE du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins ou modèles, JO L 289, 28.10.1998, p. 28–35

CONSEIL UE, Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine, JO L 180/22, 19.7.2000, p. 22-26 ;

DIRECTIVE 2000/78/CE DU CONSEIL DU 27 NOVEMBRE 2000 PORTANT CREATION D'UN CADRE GENERAL EN FAVEUR DE L'EGALITE DE TRAITEMENT EN MATIERE D'EMPLOI ET DE TRAVAIL (JO L 303/16) ;

CONSEIL UE, Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JO L251/12, 3.10.2003, p. 12–18.

CONSEIL UE, Directive 2003/109/CE du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, JO L16/44, 23.1.2004, p. 44–53 ;

DIRECTIVE 2004/113 DU CONSEIL DU 13 DECEMBRE 2004 METTANT EN ŒUVRE LE PRINCIPE DE L'EGALITE DE TRAITEMENT ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES DANS L'ACCES A DES BIENS ET SERVICES ET LA FOURNITURE DE BIENS ET SERVICES (JO L 373/37) ;

PARLEMENT EUROPEEN ET CONSEIL UE, Directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), JO L204/23, 26.7.2006, p. 23–36;

CONSEIL CE, Directive 79/7/CEE du 19 décembre 1978, relative à la mise en oeuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, JO L6/24, 10.1.1979, p. 24–25 ;

PARLEMENT EUROPEEN, CONSEIL DE L'UE, Directive 2009/24/CE du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, JO L 111/16 (qui abroge et remplace la Directive 91/250/CEE du 14 mai 1991).

PARLEMENT EUROPEEN ET CONSEIL UE, Directive 2010/41/UE du 7 juillet 2010 concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, JO L180/1, 15.7.2010,

PARLEMENT EUROPEEN et CONSEIL, Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, JO L 94, 28.3.2014, p. 1–64

PARLEMENT EUROPEEN et CONSEIL, Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics (abrogeant la directive 2004/18/CE), JO L 94, 28.3.2014

PARLEMENT EUROPEEN et CONSEIL, *Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (abrogeant la directive 2004/17/CE)*, JO L 94, 28.3.2014

PARLEMENT EUROPEEN et CONSEIL, *Directive 2014/55/UE du 16 avril 2014, relative à la facturation électronique dans le cadre des marchés publics*

PARLEMENT EUROPEEN et CONSEIL, *Directive (UE) 2015/2436 du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques (refonte)* JO L 336, 23.12.2015, p. 1–26

PARLEMENT EUROPEEN ET CONSEIL, *Directive (UE) 2019/944 du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE*, JOUE L 158/125

CONSEIL, *directive 88/361/CEE du 24 juin 1988 pour la mise en oeuvre de l'article 67 du traité*, JOCE, L 178, p. 5

PARLEMENT EUROPEEN ET CONSEIL, *Directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur*, JO L 376 du 27.12.2006, p. 36-68

E. Décisions

CONSEIL EUROPEEN, Édimbourg, 11-12 décembre 1992, *décision des chefs d'État et de gouvernement concernant certains problèmes soulevés par le Danemark au sujet du traité sur l'Union européenne*, JO 1992, C 348, p. 1.

Décision 2000/750/CE du Conseil du 27 novembre 2000 établissant un programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination (2001-2006) (JO L 303/23) ;

Décision 2001/51/CE du Conseil du 20 décembre 2000 établissant un programme concernant la stratégie communautaire en matière d'égalité entre les femmes et les hommes (2001-2005) (JO L 17/22)

CONSEIL CONJOINT UE-MEXIQUE, *Décision n° 2/2001 du 27 février 2011 portant mise en œuvre des articles 6, 9, 12, paragraphe 2, point b), et 50 de l'accord de partenariat économique, de coordination politique et de coopération*, 2001/153/CE, JO L 2001 70/7 (accord UE-Mexique sur le commerce de service)

Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, JO L328/55, 6.12.2008,

F. Documents internes des institutions de l'Union

1. Conseil de l'UE

Conclusions du 25 octobre 2010 *sur une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux*, Luxembourg, 3041ème session du Conseil Affaires Etrangères

Recommandation du 9 décembre 2013 *relative à des mesures efficaces d'intégration des Roms dans les États membres* (JO 2013 C 378/01).

Résolution du 2 octobre 2012 *sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux*, 6 avril 2011, JOUE C n° 296 E,

Résolution du 16 janvier 2014 *sur la citoyenneté de l'Union européenne à vendre*, 2013/2995 (RSP).

2. Parlement européen

PARLEMENT EUROPEEN, KADER A. rapport du 23 mars 2011, sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux, 2010/2203(INI) ;

PARLEMENT EUROPEEN, Résolution du 6 avril 2011 sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux, 2010/2203(INI)

3. Commission européenne

a. Communications, rapports et avis

Communication SEC (1989) 2187 final du 18 décembre 1989, « Les entreprises de l'économie sociale et la réalisation du marché européen sans frontières »

Communication 2005/C 293/02 du 25 novembre 2005, *Investissements intra-UE dans le secteur des services financiers*

Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Une Europe compétitive dans une économie mondialisée : Une contribution à la stratégie européenne pour la croissance et l'emploi, SEC (2006), COM/2006/0567 final

Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux, Bruxelles, 7 juillet 2010, COM (2010) 343 final

Communication COM (2017) 0572 du 3 octobre 2017, *Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe*

Communication COM (2017) 0573 du 3 octobre 2017, *Encourager les investissements par l'évaluation ex ante volontaire des aspects relatifs à la passation de marchés pour les grands projets d'infrastructure*.

Communication de la Commission sur l'examen à mi-parcours du plan d'action concernant l'union des marchés des capitaux, COM 2017, 292 final.

Rapport, 23 janvier 2019 relatif Programmes de citoyenneté et de résidence par investissement dans l'Union européenne, COM/2019/12 final, p. 6

Communication COM(2014) 903 final du 26 novembre 2014, Un plan d'investissement pour l'Europe ; Parlement européen, Conseil de l'UE, Proposition de règlement COM(2015) 10 final du 14 janvier 2015 sur le Fonds européen pour les investissements stratégiques et modifiant les règlements (UE) n° 1291/2013 et (UE) n° 1316/2013.

Communication COM/2015/0468 final du 30 septembre 2015, Un plan d'action pour la mise en place d'une union des marchés des capitaux.

Communication du 7 juillet 2010 au Conseil, au Parlement Européen, au comité Économique et Social Européen et au Comité de Régions, « Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux, COM (2010) 343 final

b. Autres

COMMISSION EUROPEENNE, Note à l'attention du Comité 133, *Minimum platform on investment for EU FTAs – Provisions on establishment in template for a Title on « Establishment, trade in services and e-commerce »*, 28 juillet 2006, D (2006) 9219 LIMITED

COMMISSION EUROPEENNE, Document de travail SWD (2013) 53 final/2 du 29 avril 2013, *Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de « marchés publics » et de « marché intérieur »*,

COMMISSION EUROPEENNE, Communiqué de presse du 18 juin 2015, La Commission demande aux États membres de mettre fin à leurs accords bilatéraux d'investissement intra-UE, Bruxelles, 18 juin 2015.

COMMISSION EUROPEENNE, 6 novembre 2012, *EU Canada Comprehensive Trade Agreement—Landing zones*, DS 1744/12

COMMISSION EUROPEENNE, rapport annuel 2020/2223(INI du 18 mai 2021 sur la politique de concurrence,

COMMISSION EUROPEENNE, DIRECTION GENERALE - COMMERCE EXTERIEUR, Note du 28 juillet 2006 à l'attention du Comité 133, *Minimum Platform on Investment for EU FTAs – Provision on Establishment in Template for a Title on « Establishment, Trade in Services and e-commerce*, D(2006) 9219 LIMITED [www.iisd.org/pdf/2006:itn_ecom.pdf].

G. Autres

CONFERENCES DES REPRESENTANTS DES GOUVERNEMENTS DES ÉTATS MEMBRES, Bruxelles, 3 février 1992, *Déclaration n° 2 relative à la nationalité d'un État membre jointe par les États membres à l'acte final du traité sur l'Union européenne*, JO 1992, C 191, p. 98

MEDIATEUR EUROPEEN *Le Code européen de bonne conduite administrative*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2005, 19 p., disponible sur www.ombudsman.europa.eu/resources/code.faces,

§2. Conventions internationales

A. **Droit international public**

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), signé le 15 avril 1994, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995.

Accord sur les marchés publics, conclu sous l'égide de l'OMC en 1994 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1996.

Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, complétée à Paris le 4 mai 1896, révisée à Berlin le 13 novembre 1908, complétée à Berne le 20 mars 1914, révisée à Rome le 2 juin 1928, révisée à Bruxelles le 26 juin 1948, conclue à Stockholm le 14 juillet 1967, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 11850, p. 221.

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1953

Convention de Vienne sur le droit des traités, Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1155, p.331,

Convention des Nations Unies sur le droit de la Mer, Montego Bay, signée le 10 décembre 1982, entrée en vigueur le 16 novembre 1994

Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Convention OSPAR) et à la Convention des Nations unies sur le droit de la mer (Convention de Montego Bay

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, New York le 10 juin 1958, entrée en vigueur le 7 juin 1959.

Traité d'Amitié et de commerce entre le Roi de France et les Etats Unis, Paris, signé le 6 février 1778

Traité FCN Between The United States of America and the Italian Republic, signé à Rome le 2 février 148 (en vigueur depuis le 26 juillet 1949), disponible sur <https://jusmundi.com/fr/document/treaty>.

Traité FCN du 25 novembre 1850 entre les USA et la Suisse

Mémoire d'Accord sur les Règles et Procédures Régissant le Règlement des Différends (MARD) de l'OMC

B. Droit international des investissements

1. Accords multilatéraux

Projet de Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et nationaux d'autres États du 11 septembre 1964 in CIRDI, *Historique de la Convention CIRDI*, ICSID World Banq, vol. III,

Convention pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, Washington le 18 mars 1965, entrée en vigueur le 14 octobre 1966.

2. Accords bilatéraux

a. USA

Traité bilatéral d'investissement entre les Etats Unis d'Amérique et l'Argentine, signé le 14 novembre 1991, entré en vigueur le 20 octobre 1994

Traité bilatéral d'investissement entre les Etats Unis d'Amérique et l'Equateur, signé le 27 août 1993, entré en vigueur le 11 mai 1997

Traité bilatéral d'investissement entre les Etats Unis d'Amérique et la Bolivie, signé le 17 avril 1994, entré en vigueur le 6 juin 2001

Traité bilatéral d'investissement entre les Etats Unis d'Amérique et le Bahrein, signé le 29 septembre 1999, entré en vigueur le 30 mai 2001

Traité bilatéral d'investissement entre les Etats Unis d'Amérique et l'Uruguay, signé le 4 novembre 2005, entré en vigueur le 31 octobre 2006

Traité bilatéral d'investissement entre les Etats Unis d'Amérique et le Rwanda, signé le 19 février 2008, entré en vigueur le 1er janvier 2012

U.S Model Bilateral Investment Treaty, 2012

b. Canada

Traité bilatéral d'investissement entre le Canada et Hong-Kong, signé le 10 février 2016, entré en vigueur le 6 septembre 2016

Traité bilatéral d'investissement entre le Canada et la Chine, signé le 9 septembre 2012, entré en vigueur le 1er octobre 2014

Traité bilatéral d'investissement entre le Canada et la Jordanie, signé le 28 juin 2009, entré en vigueur le 14 décembre 2009

Traité bilatéral d'investissement entre le Canada et la Lituanie, signé le 26 avril 1995, entré en vigueur le 27 juillet 1995

Traité bilatéral d'investissement entre le Canada et la Lituanie, signé le 5 mai 2009, entré en vigueur le 24 novembre 2011

Traité bilatéral d'investissement entre le Canada et la Moldavie, signé le 12 juin 2018, entré en vigueur le 23 août 2019

Traité bilatéral d'investissement entre le Canada et la République Tchèque, signé le 15 novembre 1990, entré en vigueur le 9 mars 1992

Traité bilatéral d'investissement entre le Canada et la Roumanie, signé le 17 avril 1996, entré en vigueur le 11 février 1997

Traité bilatéral d'investissement entre le Canada et la Roumanie, signé le 8 mai 2009, entré en vigueur le 23 novembre 2011

Traité bilatéral d'investissement entre le Canada et la Slovaquie, signé le 15 novembre 1990, entré en vigueur le 9 mars 1992

Traité bilatéral d'investissement entre le Canada et la Slovaquie, signé le 20 juillet 2010, entré en vigueur le 14 mars 2012

Traité bilatéral d'investissement entre le Canada et le Bénin, signé le 9 janvier 2013, entré en vigueur le 12 mai 2014

Traité bilatéral d'investissement entre le Canada et le Burkina Faso, signé le 20 avril 2015, entré en vigueur le 11 octobre 2017

Traité bilatéral d'investissement entre le Canada et le Pérou, signé le 14 novembre 2006, entré en vigueur le 20 juin 2007

c. France

Traité bilatéral d'investissement entre la France et la Colombie, signé le 10 juillet 2014, entré en vigueur le 14 octobre 2020

Traité bilatéral d'investissement entre la France et la République Démocratique du Congo, signé le 5 octobre 1972, entré en vigueur le 1er mars 1975

Traité bilatéral d'investissement entre la France et le Mexique, signé le 12 novembre 1998, entré en vigueur le 12 octobre 2000

d. Royaume-Uni

Traité bilatéral d'investissement entre le Royaume-Uni et le Mexique, signé le 12 mai 2006, entré en vigueur le 25 juillet 2007

Traité bilatéral d'investissement entre le Royaume-Uni et la Slovaquie, signé le 10 juillet 1990, entré en vigueur le 26 octobre 1992

Traité bilatéral d'investissement entre le Royaume-Uni et le Viêt Nam, signé le 1er août 2002, entré en vigueur le 1er août 2002

e. Autres

Traité bilatéral d'investissement entre l'Allemagne et la République Islamique d'Iran, signé le 11 novembre 1965, entré en vigueur le 6 mai 1968

Traité bilatéral d'investissement entre l'Espagne et l'Albanie, signé le 3 octobre 1991, entré en vigueur le 28 septembre 1992

Traité bilatéral d'investissement entre l'Italie et la République Démocratique du Congo, signé le 13 septembre 2016, non entré en vigueur.

Traité bilatéral d'investissement entre la Colombie et l'Espagne, signé le 16 septembre 2021, non entré en vigueur

Traité bilatéral d'investissement entre la République Tchèque et le Mexique, signé le 4 avril 2002, entré en vigueur le 13 mars 2004

Traité bilatéral d'investissement entre la Suisse et la Tanzanie, signé le 8 avril 2004, entré en vigueur le 6 avril 2006

Traité bilatéral d'investissement entre la Suisse et le Cameroun, signé le 28 janvier 1963, entré en vigueur le 6 avril 1964

Agreement between Canada and Mongolia for the Promotion and Protection of Investments, Unlaanbaatar, signé le 8 septembre 2016, entré en vigueur le 24 février 2017

Agreement between Japan and the Government of the Republic of Kenya for the Promotion and Protection of Investment, Nairobi, signé 28 août 2016, entré en vigueur le 14 septembre 2017

Agreement between Japan and the Islamic Republic of Iran on Reciprocal Promotion and Protection of Investment, signé le 5 février 2016, entré en vigueur le 26 avril 2017

Agreement between Japan and the State of Israel for the Liberalization, promotion and protection of investments, Tokyo, signé le 1er février 2017, entré en vigueur le 5 octobre 2017

Agreement between the Government of Canada and the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China for the Promotion and Protection of Investments, Toronto, signé le 10 février 2016, entré en vigueur le 6 septembre 2016

Agreement between the Government of the Republic of Rwanda and the Government of the Republic of Turkey concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, Istanbul, 3 novembre 2016

Agreement between the Government of the United Arab Emirates and the government of the United Mexican States on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, Dubai, 19 janvier 2016.

Investment Agreement between the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Chile, Lima, signé le 18 novembre 2016

Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Federal Republic of Nigeria and the Government of the Republic of Singapore, Singapour, signé le 4 novembre 2016

Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria, Abuja, 3 décembre 2016

The Reciprocal Promotion and protection of Investments between the Argentine Republic and the State of Qatar, Doha, signé le 6 novembre 2016

Traité entre la République fédérale d'Allemagne et le Pakistan tendant à encourager et à protéger les investissements, signé à Bonn, le 25 novembre 1959, entré en vigueur le 28 avril 1962, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 6575, p. 1672.

§3. Organisations internationales

AG ONU, Résolution 1803 (XVII), *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, 14 décembre 1962

BANQUE MONDIALE, « Admission » Principes directeurs de la Banque mondiale pour le traitement de l'investissement étranger, 1992 in WORLD BANK, Legal framework for the treatment of foreign investment: Guidelines, 1992, vol. 2, p. 37, [<http://documents.worldbank.org/>].

CNUCED, Bialteral and Investment Treaties 1959-1999, Nations Unies, New York et Genève, 2000

CNUCED, Bilateral Investment Treaties 1995-2006 : Trends in Investment Rulemaking, Nations Unies, New York et Genève, 2007

CNUCED, Dispositions relatives à la promotion des l'investissement dans les accords internationaux d'investissement, Nations Unies, New York et Genève, 2008

CNUCED, Faire and equitable treatment, CNUCED Series on Issues in International Investment Agreements II, Nations Unies, New York et Genève, 2012

CNUCED, Foreign direct investment and performance requirements : new evidence from selected countries, Nations Unies, New York et Genève, 2003

CNUCED, Host Country Operational Measures, CNUCED Series on issues in international investment agreements, éd. Nations Unies, New York et Genève, 2001

CNUCED, *IIA Issues Note, The International investment regime and climate action*, United Nations, septembre 2022, Issue 3, p. 2.

CNUCED, *IIA Issues Note, The International investment regime and climate action*, United Nations, septembre 2022, Issue 3, p. 2.

CNUCED, IIA Monitor, Recent developments in international investment agreements, CNUCED, 2009, 3, p. 5.

CNUCED, International Investment Agreements : Key Issues, Nations Unies, New York et Genève, 2004

CNUCED, Investment Policy Framework for Sustainable Development, Nations unies, New York et Genève, 2012

CNUCED, Most-Favoured-Nation Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Nations Unies, New York et Genève, 2010

CNUCED, Series on Issues in International Investment Agreements (Series One), Nations Unies, New York et Genève, 2001

CNUCED, WIR 2012, Towards a new generation of investment policies, CNUCED, 2012, p. 84

CNUCED, *World Investment Report – International tax reforms and sustainable investment*, 2022, United Nations, pp. 7 et s.

CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS-UNIES, Charte de la Havane instituant une Organisation internationale du commerce tel que arrêtée le 24 mars 1948 par la *Conférence internationale sur le commerce et l'emploi en vue de favoriser le développement de la production, des échanges et de la consommation des marchandises*, disponible sur <https://docs.wto.org/gattdocs/r/GG/SEC/53-41.PDF>.

OCDE, Draft convention on the protection of foreign property, 12 octobre 1967, ILM, [<https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/39286571.pdf>];

Rapport des administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États du 18 avril 1965

§4. Autres

LOUIS XVI, Ordonnance du Roi du 3 mars 1781 concernant les consulats, la résidence, le commerce et la navigation des sujets du Roi dans les Échelles du Levant et de Barbarie, Imprimerie Royal, disponible sur <https://gallica.bnf.fr/>

SECTION 2. JURISPRUDENCE

§1. Union européenne

A. Cour de justice (CJCE/CJUE)

1. Arrêts et ordonnances

CJCE, 12 juillet 1957, *Alegra e. a c. Assemblée Commune de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, aff. jointes 7/56, 3/57 à 7/57.

CJCE, 17 décembre 1959, *Société des Fonderies de Pont-à-Mousson c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, aff. C-14/59.

CJCE, arrêt, 16 décembre 1960, *Humblet c. Etat belge*, aff. 6/60.

CJCE, 13 juillet 1962, *Klöckner-Werke AG et Hoesch AG c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, aff. jointes C-17 et C-20/61.

CJCE, 13 juillet 1962, *Mannesmann AG*, aff. C-19/61.

CJCE, arrêt, 5 février 1963, *Van Gend & Loos*, aff. C-22/62 ;

CJCE, 4 juillet 1963, *M. Maurice Alvis c. Conseil de la Communauté économique européenne*, aff. 32-62.

CJCE, 1^{er} avril 1964, *Marcello Sgarlata e. a c. Commission*, aff. C-40-64.

CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, aff. C-6/64.

CJCE, 13 juillet 1966, *Consten et Grundig c. Commission de la CEE*, aff. jointes C-56 et 58/65.

CJCE, 29 février 1968, *Parke, Davis & Co. c. Probel e. a.*, aff. C-24/67.

CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder*, aff. C-29/69.

CJCE, 10 décembre 1969, *Commission c. France*, aff. jointes C-6 et C-11/69.

CJCE, 11 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. C-11/70.

CJCE, arrêt, 31 mars 1971, *Commission c/Conseil (AETR)*, aff. 22/70.

CJCE, arrêt, 14 juillet 1972, *J.R. Geigy AG c. Commission*, aff. 52/69.

CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, aff. C-152/73.

CJCE, 14 mai 1974, *Nold KG c. Commission*, aff. C-4/73.

CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. C-8/74.

CJCE, 23 octobre 1974, *Transocean Marine Paint c. Commission*, aff. 17/74.

CJCE, arrêt, 3 décembre 1974, *Van Binsbergen c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, aff. 33/74.

CJCE, 12 décembre 1974, *B.N.O. Walrave et L.J.N. Koch c. Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie et Federación Española Ciclismo*, aff. C-36/74.

CJCE, arrêt, 14 mai 1975, *CNTA c. Commission*, aff. 74/74.

CJCE, 14 juillet 1976, *Gaetano Donà c. Mario Mantero*, aff. C-13/76.

CJCE, arrêt, 14 juillet 1976, *Kramer*, aff. Jointes 3/76, 4/76 et 6/76, pts. 30-33

CJCE, arrêt, 27 octobre 1976, *Prais c. Conseil*, aff. 130/75.

CJCE, arrêt, 16 décembre 1976, *Comet BV c. Produktschap voor Siergewassen*, aff. 45-76.

CJCE, arrêt, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG contre Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Aff. 33-76.

CJCE, 19 octobre 1977, *Ruckdeschel c. Hauptzollamt Hamburg-St. Annenaffaires*, aff. jointes C-117/76 et 16/77.

CJCE, arrêt, 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co*, aff. 26/76. .

CJCE, arrêt, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal*, aff. 106/77.

CJCE, 15 juin 1978, *Defrenne c. Sabena (Defrenne n° 3)*, aff. C-149/77.

CJCE, 10 octobre 1978, *H. Hansen jun. e. a*, aff. C-148/77.

CJCE, 23 novembre 1978, *Thompson*, aff. 7/78.

CJCE, arrêt, 13 février 1979, *Hoffman-La Roche c. Commission*, aff. 85/76.

CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, aff. C-120/78.

CJCE, 13 mars 1979, *Hansen c. Hauptzollamt Flensburg*, aff. C-91/78.

CJCE, 27 septembre 1979, *Eridiana*, aff. 230/78.

CJCE, arrêt, 13 décembre 1979, *Hauer contre Land Rheinland-Pfalz*, Aff. 44/79.

CJCE, 13 décembre 1979, *Ralph Liebisch c. Conseil des Communautés européennes*, aff. C-14/79.

CJCE, arrêt, 18 mars 1980, *SpA Ferriera Valsabbia et autres c. Commission des Communautés européennes (Valsabbia)*, aff. jointes 154/78, 205/78 e.a.

CJCE, arrêt, 5 juin 1980, *Belfiore c. Commission*, aff. C-108/79.

CJCE, arrêt, 19 juin 1980, *Testat*, aff. jointes 41/79, 121/79 et 796/79.

CJCE, arrêt, 14 octobre 1980, *Attorney General c. Juan C. Burgoa*, aff. C-812/79,

CJCE, 22 janvier 1981, *Dansk Supermarked A/S c. A/S Imerco*, aff. 58/80.

CJCE, 11 novembre 1981, *Casati*, aff. C-203/80.

CJCE, arrêt, 26 novembre 1981, *Michel c. Parlement européen*, aff. 195 /80.

CJCE, 17 décembre 1981, *Demont c. Commission*, aff. 115/80.

CJCE, 5 mai 1982, *Schul*, aff. C-15/81.

CJCE, 18 mai 1982, *AM & S c. Commission*, aff. 155/79.

CJCE, 9 décembre 1982, *Metallurgiki Halyps AE c. Commission des Communautés européennes*, aff. C-258/81.

CJCE, 7 juin 1983, *Commission c. Italie*, aff. C-78/82.

CJCE, arrêt, 25 octobre 1983, *AEG c. Commission*, aff. 107/82.

CJCE, arrêt, 9 novembre 1983, *Administration des finances de l'État italien c. SpA San Giorgio*, aff. 199/82.

CJCE, 31 janvier 1984, *Luisi et Carbone*, aff. jointes C-286/82 et C-26/83.

CJCE, 20 mars 1984, *Razzouk et Beydoun c. Commission*, aff. jointes C-75 et C-117/82.

CJCE, 5 avril 1984, *Procédure pénale contre Jan van de Haar et Kaveka de Meern BV*, aff. jointes 177 et 178/82.

CJCE, 10 juillet 1984, *Campus Oil Limited c. Minister for Industry and Energy*, aff. C-72/83.

CJCE, Arrêt, 10 juillet 1984, *R c. Kent Kirk*, Aff. 63/83.

CJCE, 12 juillet 1984, *Ordre des avocats au barreau de Paris c. Klopp*, aff. 107/83.

CJCE, 6 novembre 1984, *Fearon c. Irish Land Commission*, aff. C-182/83.

CJCE, 6 décembre 1984, *SA Bionilac NV c. Communauté économique européenne*, aff. C-59/83.

CJCE, 13 décembre 1984, *Sermide SpA c. Cassa Conguaglio Zuccheri e. a.*, aff. C-106/83.

CJCE, 10 janvier 1985, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc et autres c. SARL « Au blé vert » e. a.*, aff. C-229/83.

CJCE, arrêt, 7 février 1985, *Procureur de la République c. Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU)*, aff. C-240/83.

CJCE, 13 février 1985, *Françoise Gravier c. Ville de Liège*, aff. C-293/83.

CJCE, 15 juillet 1985, *Wachau*, aff. C-5/88.

CJCE, arrêt, 14 décembre 1985, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS c. Etat belge*, aff. C-312/93.

CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c. Parlement européen*, aff. C-294/3.

CJCE, arrêt, 15 mai 1986, *Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84.

CJCE, 10 juillet 1986, *Royaume de Belgique c. Commission*, aff. C-234/84.

CJCE, 23 octobre 1986, *M. Driancourt c. M. Cagnet*, aff. C-355/85.

CJCE, 26 mars 1987, *Coopérative agricole d'approvisionnement des Aviron*, aff. C-58/86.

CJCE, arrêt, 26 mars 1987, *Commission c. Conseil SGP*, aff. 45/86

CJCE, 21 mai 1987, *Rau c. BALM*, aff. jointes C-133 à 136/85.

CJCE, 1 octobre 1987, *ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus c. ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, aff. C-311/85.

CJCE, arrêt, 15 octobre 1987, *UNETEF c. Heylens*, aff. C-222/86.

CJCE, arrêt, 24 novembre 1987, *RSV c. Commission*, aff. C-223/85.

CJCE, arrêt, 15 décembre 1987, *Irlande c. Commission*, Aff. 325/85.

CJCE, arrêt, 28 avril 1988, *Mudler c. Minister von Landbow en Visserij*, aff. 120/86.

CJCE, 21 juin 1988, *Sylvie Lair c. Université de Hanovre*, aff. C-39/86.

CJCE, 27 septembre 1988, *Belgique c. Humbel*, aff. 263/86.

CJCE, 27 septembre 1988, *Daily Mail*, aff. C.81/87.

CJCE, 2 février 1989, *Cowan c. Trésor Public*, aff. C-186/87.

CJCE, 30 mai 1989, *Commission c. Conseil (« Erasmus »)*, aff. C-242/87.

CJCE, 30 mai 1989, *Commission c. Grèce*, aff. 305/87.

CJCE, arrêt, 27 juin 1989, *Karl Leukhardt*, aff. 113/88.

CJCE, 11 juillet 1989, *Schraeder c. Hauptzollamt Gronau*, aff. C-265/87.

CJCE, 13 juillet 1989, *Wachauf c. Allemagne*, aff. C-5/88.

CJCE, arrêt, 21 septembre 1989, *Hoescht c. Commission*, aff. jointes 46/87 et 227/88.

CJCE, arrêt, 18 octobre 1989, *Orkem c. Commission*, aff. 374/87.

CJCE, arrêt, 18 octobre 1989, *Solvay c. Commission*, aff. 27/88.

CJCE, arrêt, 21 mars 1990, *Royaume de Belgique c. Commission*, C-142/87.

CJCE, arrêt, 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e.a. (Factortame)*, aff. C-213/89.

CJCE, arrêt, 20 septembre 1990, *Commission c. Allemagne*, aff. C-62/90.

CJCE, 13 novembre 1990, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food et Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa e.a.*, Aff. C-331/88.

CJCE, arrêt, 21 novembre 1990, *Technische Universität München*, aff. C-269/90.

CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest c. Hauptzollamt Itzehoe et Hauptzollamt Paderborn*, aff. jointes C-143/88 et C-92/89.

CJCE, 23 avril 1991, *Höfner*, aff. C-41/90.

CJCE, arrêt, 7 mai 1991, *Estabelecimentos Isodoro M. Oliveira SA c. Commission*, Aff. C-304/89.

CJCE, arrêt, 7 mai 1991, *Vlassopoulou c. Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, aff. C-340/89.

CJCE, 18 juin 1991, *ERT e. a.*, aff. C-260/89.

CJCE, arrêt, 4 juillet 1991, *Association de soutien aux travailleurs immigrés (ASTI) c. Chambre des employés privés*, aff. C-213/90.

CJCE, arrêt, 25 juillet 1991, *Theresa Emmott c. Minister for Social Welfare et Attorney General*, aff. C-208/90.

CJCE, 25 juillet 1991, *The Queen c. Secretary of State for Transport (Factortame II)*, aff. C-221/89.

CJCE, 10 janvier 1992, *Kühn* aff., C-177/90.

CJCE, 18 février 1992, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-30/90.

CJCE, 26 février 1992, *Raulin c. Minister van Onderwijs en Wetenschappen*, aff. C-357/89.

CJCE, 31 mars 1992, *Burban*, aff. C-255/90.

CJCE 16 juillet 1992, *Administration des douanes et droits indirects c. Léopold Legros e. a*, aff. C-163/90.

CJCE, arrêt, 7 juillet 1992, *Micheletti*, aff. C-369/90.

CJCE, 9 juillet 1992, *Commission contre Belgique*, aff. C-2/90.

CJCE, arrêt, 3 février 1993, *Vereniging Veronica Omroep Organisatie c. Commissariaat voor de Media*, aff. C-148/91.

CJCE, 31 mars 1993, *Kraus*, aff. C-19/92.

CJCE, 27 octobre 1993, *H. Steenhorst-Neerings c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en Huisvrouwen*, aff. C-338/91.

CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jointes C-267/91 et C-268/91.

CJCE, arrêt, 29 juin 1994, *Fiskano c. Commission*, aff. C-135/92.

CJCE, 14 juillet 1994, *Graff c. Hauptzollamt Köln-Rheinau*, aff. C-351/92.

CJCE 9 août 1994, *René Lancry SA e. a*, aff. jointes C-363/93, C-407/93, C-408/93, C-409/93, C-410/93 et C-411/93.

CJCE, arrêt, 5 octobre 1994, *Bananes I*, aff. C-280/93.

CJCE, arrêt, 5 octobre 1994, *X. c. Commission*, Aff. C-404/92.

CJCE, arrêt, 6 décembre 1994, *Johnson c. Chief Adjudication Officer*, aff. C-410/92.

CJCE, 13 décembre 1994, *SMW Winzersekt GmbH c. Land Rheinland-Pfalz*, aff. C-306/93.

CJCE, arrêt, 6 juillet 1995, *BP Soupergaz Anonimos Etairia Geniki Emporiki-Viomichaniki kai Antiprossopeion c. Etat hellénique*, aff. C-62/93.

CJCE, 13 juillet 1995, *Royaume d'Espagne c. Conseil*, aff. C-350/92.

CJCE, arrêt, 17 octobre 1995, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries et Food, ex parte National Federation of Fishermen's Organisations ea et Federation of Highlands and Islands Fishermen ea*, aff. C-44/94.

CJCE, 4 novembre 1995, *Peter Svensson et Lena Gustavsson*, aff. C-484/93.

CJCE, arrêt, 5 novembre 1995, *Francovich c. République italienne*, aff. C-479/93.

CJCE, 14 novembre 1995, *PeterSvensson et Lena Gustavsson*, aff. C-484/93.

CJCE, 30 novembre 1995, *Gebhard*, aff. C-55/94.

CJCE, 14 décembre 1995, *Banchero*, aff. C-387/9.

CJCE, 14 décembre 1995, *Sanz de Lera*, aff. Jointes C-163, 165 et 250/94.

CJCE, 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL c. Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA c. Jean-Marc Bosman e. a et Union des associations européennes de football (UEFA) c. Jean-Marc Bosman*, aff. C-415/93.

CJCE, 1^{er} février 1996, *Perfili*, aff. C-177/94.

CJCE, arrêt, 29 février 1996, *France et Irlande c. Commission*, aff. C- 296/93.

CJCE, 29 février 1996, *Skavani et Chrysanthakopoulos*, C-193/94.

CJCE, arrêt, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur (Ex. Factortame Ltd)*, aff. jointes C-46 et C-48/93.

CJCE, 30 avril 1996, *Bosphorus/ministre des Transports, de l'Énergie et des Communications et autres*, aff. C-84/95.

CJCE, 30 avril 1996, *P. c. S. et Cornwall County Council*, aff. C-13/94.

CJCE, 23 mai 1996, *O'Flynn*, aff. C-237/94.

CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c. Luxembourg*, aff. C473/93.

CJCE, 30 juillet 1996, *Bosphorus c. Minister for Transport, Energy and Communications e.a.*, aff. C84/95.

CJCE, 18 mars 1997, *Guérin automobile*, aff. C-282/95 P.

CJCE, 17 avril 1997, *EARL de Kerlast c. Union régionale de coopératives agricoles (Unicopa) et Coopérative du Trieux*, aff. C-15/95.

CJCE, 13 mai 1997, *République fédérale d'Allemagne contre Parlement européen et Conseil*, aff. C-233/94.

CJCE, 17 juin 1997, *Sodemare SA e. a.*, aff. C-70/95.

CJCE, arrêt, 17 juin 1997, *The Queen c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Mann Singh Shingara et Abbas Radiom*, aff. jointes C-65/95 et C-111/95.

CJCE, 26 juin 1997, *Familiapress c. Bauer Verlag*, aff. C-368/95.

CJCE, arrêt, 10 juillet 1997, *Rosalba Palmisani contre Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, aff. C-261/95.

CJCE, arrêt, 17 juillet 1997, *Affish c. Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees*, aff. C-183/95.

CJCE, 17 juillet 1997, *SAM Schiffahrt et Stapf c. Bundesrepublik Deutschland* aff. jointe C-248 et 249/95.

CJCE, arrêt, 2 décembre 1997, *Fantask A/S e.a. contre Industriministeriet (Erhvervministeriet)*, aff. C-188/95.

CJCE, 9 décembre 1997, *Commission des Communautés européennes c. République française* aff. C-265/95.

CJUE, 9 décembre 1997, *Commission des Communautés européennes c. République française*, Affaire C-265/95

CJCE, arrêt, 11 décembre 1997, *Magorrian c. Eastern Health and Sodal Services Board*, aff. C-246/96.

CJCE, arrêt, 10 mars 1998, *République Fédérale d'Allemagne c. Conseil (Bananes II)*, aff. C-122/95.

CJCE, 28 avril 1998, *Métronome Musik*, aff. C-200/96.

CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala c. Freistaat Bayern*, aff. C-85/96.

CJCE, arrêt, 17 juin 1998, *Grundig Italiana SpA c. Ministero delle Finanze*, aff. C-68/96.

CJCE, arrêt, 15 septembre 1998, *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis) contre Ministero delle Finanze*, aff. C-231/96.

CJCE, arrêt, 15 septembre 1998 *Ministero delle Finanze contre Spac SpA*, aff. C-260/96.

CJCE, arrêt, 17 septembre 1998, *Aprile Srl, en liquidation, contre Amministrazione delle Finanze dello Stato*, aff. C-228/96.

CJCE, 22 octobre 1998, *Ministero delle Finanze contre IN.CO.GE.'90 Srl, Idelgard Srl, Iris'90 Srl, Camed Srl, Pomezia Progetti Appalti Srl (PPA), Edilcam Srl, A. Cecchini & C. Srl, EMO Srl, Emoda Srl, Sappesi Srl, Ing. Luigi Martini Srl, Giacomo Srl et Mafar Srl*, aff. jointes C-10 à C-22/97.

CJCE, arrêt, 1^e décembre 1998, *Levez c. Jennings (Harlow Pools)*, aff. C-326/96.

CJCE, 3 décembre 1998, *Anklagemyndigheden contre Ditlev Blume*, aff. C-67/97.

CJCE, arrêt, 21 janvier 1999, *Upjohn c. Licensing Authority*, aff. C-120/97.

CJCE, 6 mars 1999, *Trummer et Mayer*, aff. C-222/97.

CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, aff. C-212/97.

CJCE, arrêt, 29 avril 1999, *The Queen c. Secretary of State for the Environment and Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte H.A. Standley ea et D.G.D. Metsonea*, C-293/97.

CJCE, 1^{er} juin 1999, *Konle*, C-302/97.

CJCE, 14 octobre 1999, *Sandoz GmbH*, aff. C-439/97.

CJCE, 13 janvier 2000, *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb c. TK-Heimdienst Sass GmbH*, aff. C-254/98.

CJCE, 14 mars 2000, *Église de scientologie*, aff. C-54/99.

CJCE, 13 avril 2000, *Baars*, aff. C-251/98.

CJCE, arrêt, 13 avril 2000, *Kjell Karlsson e.a.*, aff. C-292/97.

CJCE, arrêt, 16 mai 2000, *Preston ea c. Wolverhampton Healthcare NHS Trust ea et Fletcher ea c. Midland Bank plc*, aff. C-78/98.

CJCE, 4 juin 2000, *Verkooyen*, aff. C-35/98.

CJCE, 6 juin 2000, *Roman Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, aff. C-281/98.

CJCE, arrêt, 19 septembre 2000, *Ampafrance et Sanofi*, aff. C-177/99.

CJCE, ordonnance, 13 novembre 2000, *"Invest" Import und Export et Invest Commerce c. Commission*, aff C-317/00 P.

CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, aff. C-324/98.

CJCE, arrêt, 14 décembre 2000, *Emsland-Stärke GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, aff. C-110/99.

CJCE, arrêt, 8 mars 2001, *Metallgesellschaft Ltd et autres, Hoechst AG et Hoechst (UK) Ltd c. Commissioners of Inland Revenue et HM Attorney General*, aff. jointes C-397/98 et C-410/98.

CJCE, 13 mai 2001, *PreussenElektra AG contre Schleswig AG*, aff. C-379/98.

CJCE, arrêt, 10 juillet 2001, *Ismeri Europa c. Cour des comptes*, aff. C-315/99 P.

CJCE, arrêt, 12 juillet 2001, *H Jippes ea.*, aff. C-189/01.

CJCE, 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, aff. C-157/99.

CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelecki*, aff. C-184/99.

CJCE, 9 octobre 2001, *Pays-Bas c. Parlement européen et Conseil*, aff. C-377/98.

CJCE, 25 octobre 2001, *Glöckner*, aff. C-475/99.

CJCE, arrêt, 22 novembre 2001, *Pays-Bas c. Conseil*, aff. C-301/97.

CJCE, ordonnance, 30 mai 2002, *Die Deutsche Bibliothek*, aff. C-358/00.

CJCE, 4 juin 2002, *Commission c. Belgique*, aff. C-503/99.

CJCE, 4 juin 2002, *Commission c. Portugal*, aff. C-367/98.

CJCE, 4 juin 2002, *Commission c. France (Elf Aquitaine)*, aff. C-483/98.

CJCE, arrêt, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-50/00 P.

CJCE, 15 octobre 2002, *Limburgse P., Vinyl Maatschappij, NV ea c. Commission*, aff. jointes C-238, 244, 245 ea.

CJCE, arrêt, 22 octobre 2002, *Roquette Frères c. Commission*, aff. C-94/00.

CJCE, 24 octobre 2002, *Aéroports de Paris c. Commission*, aff. C-82/01 P.

CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, aff. C-208/00.

CJCE, 9 novembre 2002, *Überseering*, aff. C-208/00.

CJCE, 21 novembre 2002, *X et Y*, aff. C-436/00.

CJCE, arrêt, 20 mars 2003, *Danemark c. Commission*, aff. C-3/00.

CJCE, arrêt, 10 avril 2003, *Steffensen*, aff. C-6276/01.

CJCE, 13 mai 2003, *Commission c. Espagne*, aff. C-463/00.

CJCE, 13 mai 2003, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-98/01.

CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, aff. C-112/00.

CJCE, arrêt, 10 juillet 2003, *Booker Aquaculture et Hydro Seafood*, aff. jointes C-20/00 et C-64/00.

CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art Ltd*, aff. C-167/01.

CJCE, arrêt, 30 septembre 2003, *Köbler c. Republik Österreich*, aff. C-224/01.

CJCE, 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello*, aff. C-148/02.

CJCE, arrêt, 2 octobre 2003, *Weber's Wine World Handels-GmbH et autres c. Abgabenberufungskommission Wien*, aff. C-147/01.

CJCE, 6 novembre 2003, *Lindqvist*, aff. C-101/01.

CJCE, 11 décembre 2003, *AMOK*, aff. C-289/02.

CJCE, 4 mars 2004, *Commission c. France*, aff. C-334/02.

CJCE, arrêt, 23 mars 2004, *Médiateur européen c. Franck Lamberts*, aff. C-234/02 P.

CJCE, arrêt, 1^{er} avril 2004, *Commission c. Jégo-Quéré*, aff. C-263/02 P.

CJCE, 9 septembre 2004, *Carbonati Apuani Srl c. Comune di Carrara*, aff. C-72/03.

CJCE, 9 septembre 2004, *Espagne et Finlande c. Parlement et Conseil*, aff. jointes C-184 et C-223/02.

CJCE, ordonnance, 23 septembre 2004, *Axel Springer AG c. Zeitungsverlag Niederrhein GmbH & Co Essen KG (Springer)*, aff. jointes C-435/02 et C-103/03.

CJCE, 5 octobre 2004, *Caixa Bank*, aff. C-442/02.

CJCE, arrêt, grande chambre, 14 décembre 2004, *The Queen, à la demande de Swedish Match AB, Swedish Match UK Ltd c. Secretary of State for Health (Swedish Match)*, aff. C-210/03.

CJCE, 27 janvier 2005, *Europe Chemi-Con (Deutschland) GmbH c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-422/02 P.

CJCE, 17 février 2005, *Oulane*, aff. C-215/03.

CJCE, 15 mars 2005, *Bidar c. Ealing*, aff. C-209/03.

CJCE, 15 mars 2005, *The Queen, à la demande de Dany Bidar c. London Borough of Ealing et Secretary of State for Education and Skills (Bidar c. Ealing)*, aff. C-209/03.

CJCE, 12 mai 2005, *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia et ERSA*, aff. C-347/03.

CJCE, 2 juin 2005, *Commission c. Italie*, aff. C-174/04.

CJCE, 12 juillet 2005, grande chambre, *Alliance for Natural Health ea c. Secretary of State for Health*, aff. jointes C-154/04 et C-155/04.

CJCE, 21 juillet 2005, *Coname*, aff. C—231/03.

CJCE, 21 juillet 2005, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-349/03.

CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03.

CJCE, 15 novembre 2005, *Commission contre Autriche*, aff. C-320/03.

CJCE, 22 novembre 2005, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, aff. C-144/04.

CJCE, 3 décembre 2005, *SEVIC Systems AG*, aff. C-411/03.

CJCE, 13 décembre 2005, *Marks & Spencer*, aff. C-446/03.

CJCE, 10 janvier 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze*, aff. C-222/04.

CJCE, arrêt, 12 janvier 2006, *Agrarproduktion Staebelow GmbH*, aff. C-504/04.

CJCE, 17 janvier 2006, *Staubitz-Schreiber*, aff. C-1/04.

CJCE, arrêt, 21 février 2006, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd et County Wide Property Investments Ltd contre Commissioners of Customs & Excise*, aff. C-255/02.

CJCE, 2 mai 2006, *Eurofood IFSC Ltd*, aff. C-341/04.

CJCE, 16 mai 2006, *Watts*, aff. C-372/04.

CJCE, arrêt, 30 mai 2006, *Max Plant*, Commission c. Irlande, aff. C-459/03.

CJCE, 11 juillet 2006, *Franz Egenberger*, aff. C-313/04.

CJCE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04.

CJCE, 12 septembre 2006, *Laserdisken ApS contre Kulturministeriet*, aff. C-479/04.

CJCE, 19 septembre 2006, *i24 Germany e.a.*, aff. jointes C-392/04 et C-422/04.

CJCE, 3 octobre 2006, *Fidium Finanz AG*, aff. C-452/04.

CJCE, 5 décembre 2006, *Cipolla*, aff. C-94/04.

CJCE, arrêt, grande chambre, 12 décembre 2006, *Test Claimants in the FII Litigation*, aff. C-446/04.

CJCE, 13 mars 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, aff. C-524/04.

CJCE, 6 mars 2007, *Placanica*, affs. C-338, 359 et 360/04.

CJCE, arrêt, grande chambre., 13 mars 2007, *Unibet (London) Ltd et Unibet (International) Ltd contre Justitiekanslern*, aff. C-6432/05.

CJCE, 28 mars 2007, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, aff. C-503/04.

CJCE, 24 mai 2007, *Holböck*, aff. C-157/05.

CJCE, arrêt, grande chambre, 23 octobre 2007, *Commission c. Allemagne (aff. Volkswagen)*, aff. C-112/05.

CJCE, 25 octobre 2007, *Geurts et Vogten*, aff. C-464/05.

CJCE, 11 décembre 2007, *Viking Line*, aff. C-438/05.

CJCE, 13 décembre 2007, *United Pan c. Belgique*, aff. C—250/06.

CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, aff. C-341/05.

CJCE, 18 décembre 2007, *Skatteverket c. A.*, aff. C-101/05.

CJCE, 29 janvier 2008, *Productores de Música de España (Promusicae) contre Telefónica de España SAU*, aff. C-275/06.

CJCE, 31 janvier 2008, *Centro Europa 7*, aff. C-380/05.

CJCE, 20 mai 2008, *Orange European Smallcap Fund*, aff. C-194/06.

CJCE, 17 juillet 2008, *Corporación Dermoestética*, aff. C-500/06.

CJCE, 17 juillet 2008, *S. Coleman c. Attridge Law et Steve Law*, aff. C-303/06.

CJCE, arrêt, grande chambre, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission (Kadi)*, aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P.

CJCE, arrêt, grande chambre, 9 septembre 2008, *FLAMM e.a c. Conseil et Commission* aff. C-120/06.

CJCE, 11 septembre 2008, *Commission c. Allemagne*, aff. C-141/07.

CJCE 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, Aff. C-353/06.

CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06.

CJCE, 16 décembre 2008, *Satamedia*, aff. C-73/07.

CJCE, 16 décembre 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e. a.*, aff. C-127/07.

CJCE, 22 décembre 2008, *État belge – SPF Finances c. Truck Center SA*, aff. C-282/07.

CJCE, arrêt, 3 mars 2009, *Commission c. Suède*, aff. C-249/06 ; CJCE, arrêt, 3 mars 2009, *Commission c. Autriche*, aff. C-205/06 ;

CJCE, arrêt, 3 mars 2009, *Commission c. Autriche*, aff. C-205/06, pt. 20.

CJCE, 5 mars 2009, *UTECA*, aff. C-222/07.

CJCE, arrêt, 10 mars 2009, *Heinrich*, aff. C -345/06.

CJCE, 19 mai 2009, *Apothekerkammer Saarlandes*, aff. C-171/07.

CJCE, 19 mai 2009, *Commission c. Italie*, aff. C-531/06.

CJCE, 11 juin 2009, *X et Passemheim-van Schoot*, aff. jointes C-155/08 et 157/08.

CJCE, arrêt, 16 juillet 2009, *Laszlo Hadadi*, aff. C-168/08.

CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol*, aff. C-42/07.

CJCE, 15 octobre 2009, *Audiolux SA e. a. c. Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) e. a et Bertelsmann AG e. a.*, aff. C-101/08.

CJCE, 27 octobre 2009, *Land Oberösterreich c. ČEZ as*, aff. C-115/08.

CJCE, arrêt, 19 novembre 2009, *Commission c. Finlande*, aff. C-118/07.

CJUE, 2 mars 2010, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, aff. C-135/08.

CJUE, 1er juin 2010, *Blanco Pérez et Chao Gómez*, aff. Jointes C-570 et 571/07.

CJUE, 1 juillet 2010, *Dijkman et Dijkman-Laveleije*, aff. C-233/09.

CJUE, arrêt, 1^{er} juillet 2010, *Knauf Gips KG c. Commission*, aff. C-407/08.

CJUE, arrêt, grande chambre, 14 septembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals Ltd contre Commission européenne*, aff. C-550/07 P.

CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB. c. L. E.*, aff. C-400/10 PPU.

CJUE, 21 octobre 2010, *Idryma Typou*, aff. C-81/09, pt. 56.

CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert Schecke*, aff jointes C-92/09 et 93/09.

CJUE, arrêt, 22 décembre 2010, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-279/09.

CJUE, 10 février 2011, *Haribo Lakritzen Hans Riegel*, aff. jointes C-436/08 et 437/08.

CJUE, 1^{er} mars 2011, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats e. a.*, aff. C-236/09.

CJUE, 30 juin 2011, *Meillicke e. a.*, aff. C-262/09.

CJUE, 15 septembre 2011, *Accor*, aff. C-310/09.

CJUE, 15 septembre 2011, *Halley*, aff. C-132/10.

CJUE, 10 novembre 2011, *Commission c. Portugal*, aff. C-212/09.

CJUE, arrêt, 24 novembre 2011, *Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) et Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECMD) c. Administración del Estado* aff. jointes C-468/10 et C-469/10.

CJUE, arrêt, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA contre Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, aff. C-70/10.

CJUE, arrêt, grande chambre, 21 décembre 2011, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department et et M. E. ea c. Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*. aff. jointes C-411/10 et C-493/10.

CJUE, 13 mars 2012, *Melli Bank c. Conseil*, aff. C-380/09 P.

CJUE, arrêt, 19 avril 2012, *Bonnier Audio*, aff. C-461/10.

CJUE, 24 avril 2012, *Kamberaj*, aff. C-571/10.

CJUE, 10 mai 2012, *Duomo Gpa e. a.*, aff. Jointes C-357 à 359/10.

CJUE, 12 juillet 2012, *VALE Építési kft*, aff. C-378/10.

CJUE, arrêt, grande chambre, 15 juillet 2012, *Commission c. Allemagne*, C-271/08.

CJUE, 5 septembre 2012, *PE c. Conseil*, aff. C-355/10.

CJUE, arrêt, 6 septembre 2012, *Trade Agency*, aff. C-619/10.

CJUE, 15 novembre 2012, *Bamba c. Conseil*, aff. C-417/11

CJUE, arrêt, 15 novembre 2012, *P Stichting Al-Aqsa c. Conseil*, aff. jointes C-539/10 P et C-550/10.

CJUE, 27 novembre 2012, *République italienne c. Commission européenne*, aff. C-566/10 P.

CJUE, 6 décembre 2012, *Md Sagor*, aff. C-430/11.

CJUE, 22 janvier 2013, *Cloud Austria*, aff. C-283/11.

CJUE, 22 janvier 2013, *Skey Österreich c. Österreich Rundfunk*, aff. C-283/11.

CJUE, 31 janvier 2013, *McDonagh*, aff. C-12/11.

CJUE, 26 février 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10.

CJUE, 4 juin 2013, *ZZ*, Aff.C-300/11.

CJUE, 18 juillet 2013, *Alemo-Herron*, aff. C-426/11.

CJUE, 18 juillet 2013, *Citroën Belux*, aff. C-265/12.

CJUE, arrêt, grande chambre, 18 juillet 2013, *Commission européenne e.a. contre Yassin Abdullah Kadi*, aff. jointes C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P.

CJUE, 28 novembre 2013, *Kala Naft c. Conseil*, aff. C-348/12P.

CJCE, 5 décembre 2013, *Venturini e.a.*, aff. jointes C-159 à 161/12.

CJUE, 9 octobre 2014, *Rita Van Caster et Patrick Van Caster c. Finanzamt Essen-Süd*, aff. C-326/12.

CJUE, 21 mai 2015, *Finanzamt Ulm contre Ingeborg Wagner-Raith*, aff. C-560/13.

CJUE, 11 juin 2015, *Berlington Hungary Tanácsadó és Szolgáltató Kft e. a c. Magyar Állam*, aff. C-98/14.

CJUE, 24 novembre 2016, *SECIL*, C 464/14.

CJUE, 15 novembre 2016, *Ullens de Schooten*, aff. C-268/15.

CJUE, 13 juin 2017, *The Gibraltar Betting and Gaming Association Ltd*, aff. C-591/15.

CJUE, 17 octobre 2017, *Schwarz*, aff. C-291/12.

CJUE, 25 octobre 2017, *Polbud*, aff. C-106/16.

CJUE, arrêt, Gde. Chbre., 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas*, aff. C-64/16, pts 30 et s. ;

CJUE, 6 mars 2018, *SEGRO et Horváth*, aff. jointes C-52 et 113/16

CJUE, arrêt, Gde. Chbre., 6 mars 2018, *Slowakische Republik c. Achmea BV (Achmea)*, aff. C-284/16, pts. 34 et s.

CJUE, arrêt, 6 mars 2018, *Achmea*, aff. C-284/16

CJUE, 20 septembre 2018, *EV c. Finanzamt Lippstadt*, aff. C-685/16.

CJUE, 21 mai 2019, *Commission c. Hongrie (Usufruits sur terres agricoles)*, aff. C-235/17

CJUE, arrêt, Gde. Chbre., 24 juin 2019, *Commission c. Pologne*, aff. C-619/18, pts 42 et s. ; CJUE, arrêt, Gde. Chbre., 5 novembre 2019, *Commission c. Pologne*, aff. C-192/18, pts. 58 et s.

2. Avis et délibérations

CJCE, avis, 22 novembre 1975, *Arrangement OCDE sur le régime de financement des aides locales à l'exportation*, Avis 1/75

CJCE, avis, 26 avril 1977, *Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure*, avis 1/76

CJCE, avis, 4 octobre 1979, *Accord International sur le caoutchouc naturel*, avis 1/78.

CJCE, 15 novembre 1994, *Compétence de la Communauté pour conclure des accords internationaux en matière de services et de protection de la propriété intellectuelle*, avis 1/94.

CJCE, avis, 15 novembre 1994, *OMC*, avis 1/94.

CJCE, 24 mars 1995, *Conseil de l'OCDE relative au traitement national*, avis 2/92

CJCE, avis, 6 décembre 2001, *Protocole de Carthagène*, avis 2/00.

CJUE, avis, 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, avis 2/13.

CJUE, avis, 16 mars 2017, *Accord de libre-échange avec Singapour*, avis 2/15, pts. 78-110.

CJUE, avis, 30 avril 2019, *Accord ECG UE-Canada*, avis 1/19.

3. Conclusions et prises de position des Avocats généraux

CRUZ VILLALON P., conclusions présentées le 14 avril 2011, aff. C-70/10, *Scarlet Extended*.

GEELHOED L.A, conclusions présentées le 10 avril 2003, aff. C-452/01, *Ospelt et Schlössle Weissenberg*.

JACOBS M. , Conclusions présentées le 21 mars 2002, aff. C-50/00, P, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil de l'Union européenne*.

MADURO P, conclusions jointes présentées le 10 juillet 2008, aff. C-205/06, *Commission c. Autriche*,

KOKOTT J., conclusions présentées le 18 septembre 2008, aff. C-282/07, *État belge – SPF Finances c. Truck Center SA*.

MAZAK J., Conclusions présentées le 15 février 2007, aff. C-411/05, *Félix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA*.

MISCHO J., conclusions présentées le 20 septembre 2001, aff. jointes C-20/00 et C-64/00, *Booker Aquaculture et Hydro Seafood*.

RUIZ-JARABO COLOMER D., conclusions présentées le 3 juillet 2001, aff. C-367/98, *Commission. c. Portugal*; aff. C-483/99, *Commission c. France*; aff. C-503/99, *Commission c. Belgique*.

STIX-HACKL C., conclusions présentées le 16 mars 2006, aff C-452/04, *Fidium Finanz AG*.

TESAURO G., conclusions présentées le 19 septembre 1995, aff. jointes C-163/94, C-165/94 et C-250/94, *Sanz de Lera e. a.*

TRSTENJAK V., conclusions présentées le 22 septembre 2011, aff. jointes C-411/10 et C-493/10, *N.S. et M.E.*

LEGER P., conclusions présentées le 20 juin 1995, aff. C-5/94, *The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex p Hedley Lomas (Ireland) Ltd*.

LEGER P., conclusions présentées le 20 mai 1999, aff. C-439/97, *Sandoz GmbH*.

POIARES MADURO M., conclusions présentées le 30 septembre 2009, aff. C-135/08, *Rottmann*.

BOT Y., Conclusions présentées le 29 janvier 2019, *in* avis 1/17,

B. Tribunal de première instance (TPICE) et Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne (TFPUE) / Tribunal de l'Union européenne (Trib.UE)

TPICE, 24 janvier 1992, *La cinq c. Commission*, aff. T-44/90.

TPICE, 18 septembre 1992, *Asia Motor France SA ea c. Commission*, aff. T-28/90.

TPICE, 15 mars 1995, *Cobrecaf ea. c. Commission*, aff. T-514/93.

TPICE, 18 septembre 1995, *Nölle c. Conseil et Commission*, aff. T-167/94.

TPICE, 19 juin 1997, *Air Inter SA V. Commission*, aff. T-260/94.

TPICE, 19 mai 1999, *Connolly c. Commission*, aff. jointes T-34/96 et T-163/96.

TPICE, 9 juillet 1999, *New Europe Consulting et autres*, aff. T-231/97.

TPICE, 14 juillet 2000, *Cwik c. Commission*, aff. T-82/99.

TPICE, 20 mars 2001, *Bocchi Foods Trade International c Commission*, aff. T-30/99.

TPICE, 3 mai 2002, *Jégo-Quééré & Cie SA contre Commission*, aff. T-177/01.

TPICE, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health c. Conseil*, aff. T-13/99.

TPICE, 3 avril 2003, *Royal Philips Electronics NV c. Commission*, aff. T-119/02.

TPICE, 27 novembre 2003, *Regione Siciliana*, aff. T-190/00.

TPICE, 3 février 2005, *Chiquita Brands e. a c. Commission*, aff. T-19/01.

TPICE, 3 février 2005, *Comafrika SpA et Dole Fresh Fruit Europe Ltd & Co. c. Commission*, aff. T-139/01.

TPICE, 30 juin 2005, *Branco c Commission*, aff. T-347/03.

TPICE, 4 octobre 2006, *Tillack c. Commission*, aff. T-194/04.

TPICE, 12 juillet 2007, *Eagle ea c. Commission*, aff. T-144/02.

Trib. UE, 2 mars 2010, *Arcelor S c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. T-16/04.

Trib. UE, arrêt, 2 mars 2010, *Arcelor SA*, aff. pt. 177.

Trib. UE, 12 juillet 2011, *Fuji Electric Co. Ltd c. Commission*, T-132/07.

Trib. UE, ordonnance, 3 octobre 2012, *Tecnimed*, aff. T-360/10.

Trib. UE, 16 septembre 2013, *ATC et autres c. Commission*, aff. T-333/10.

TFPUE, 11 septembre 2008, *Bui Van c. Commission européenne*, aff. F-51/07.

TFPUE, 14 octobre 2010, *W c. Commission européenne*, aff. F-86/09.

§2. Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH)

CEDH, 10 juin 2010, *Témoins de Jéhovah de Moscou c. Russie*, req. n°302/02.

CEDH, 12 décembre 1982, *Bramelid et Malmström c. Suède*, req. n° 8588 89/79.

CEDH, 12 décembre 2002, *Wittek c. All.* req. n° 37290/97.

CEDH, 16 avril 2002, *SA Dangeville/France*, req. n°36677/97.

CEDH, 19 décembre 1989, *Mellacher ea c. Autriche*, req. n°10522/83, 11011/84, 11070/84.

CEDH, 1^{er} juillet 2006, *Jalloh c. Allemagne*, req. n° 54810/00.

CEDH, 20 février 2003, *Forrer-Niedenthal c. Allemagne*, req. N° 47316/99.

CEDH, 20 novembre 1995, *Pressos Compañía Naviera ea c. Belgique*, req. n° 17849/91.

CEDH, 22 juillet 2008, *Köktepe c. Turquie*, Req. n° 35785/03.

CEDH, 24 juin 2003, *Allard c. Suède*, Req. n° 35179/97.

CEDH, 30 mars 2006, *Gianni ea c. Italie*, req. n° 35941/03.

CEDH, 9 décembre 1994, *Stran Greek Refineries et Stratis Andreadis c. Grèce*, req. n°13427/87.

CEDH, arrêt, 12 juillet 2005, *Solodyuk c. Russie*, req. n° 67099/01.

CEDH, arrêt, 13 décembre 2005, *Witzsch c. Allemagne*, Req. n° 7485/03.

CEDH, arrêt, 16 juin 2005, *Storck c. Allemagne*, req. n° 61603/00.

CEDH, arrêt, 18 décembre 1986, *Bozano c. France*, req. n° 9990/82.

CEDH, arrêt, 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp (« Vagrancy ») c. Belgique*, req. n° 2832/66, 2835/66 et 2899/66.

CEDH, arrêt, 19 février 2009, *Kozacio ğlu c. Turquie*, req. n° 2334/03.

CEDH, arrêt, 20 mars 2008, *Budayeva ea c. Russie*, Req. no 15339/02 e.a.

CEDH, arrêt, 21 février 1986, *James c. Royaume-Uni*, req. n° 8793/79.

CEDH, arrêt, 22 juin 2004, *Broniowski c. Pologne*, req. No 31443/96.

CEDH, arrêt, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, req. N° 7151/75 et 7152/75.

CEDH, arrêt, 27 mars 1962, *De Becker c. Belgique*, req. n° 214/56.

CEDH, arrêt, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. n° 2346/02.

CEDH, arrêt, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié ex c. Turquie*, req. n° 19392/92.

CEDH, arrêt, 7 juin 2005, *Fuklev c. Ukraine*, req. N° 71186/01.

CEDH, arrêt, 8 juillet 1986, *Lithgow ex c. Royaume-Uni*, req. n° 9006/80.

CEDH, arrêt, 8 juillet 1999, *Süreke v Turkey*, req. n° 24735/94.

CEDH, arrêt, 9 décembre 1994, *Les saints monastères c. Grèce*, req. n° 13092/87 et 13984/88.

CEDH, arrêt, grande chambre, 25 mars 1999, *Papachelas c. Grèce*, req. N° 31423/96.

CEDH, jugement, 3 avril 2008, *Regent Company c. Ukraine*, req. n° 773/03.

§3. Cour permanente de Justice internationale (CPJI) / Cour internationale de Justice(CIJ)

CPJI, 13 septembre 1928, *Affaire de l'usine de Chorzów*, série A n° 17.

CPJI, 12 décembre 1934, *Oscar Chinn*, série A/B n° 63.

CIJ, arrêt, 27 août 1952, *affaire des droits des ressortissants des Etats-unis au Maroc (France c. USA)*, Rec.p. 176.

CIJ, 27 août 1952, *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis)*, rec. 1952.

CIJ, 6 avril 1955, affaire *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, rec. 1955.

CIJ, 20 février 1969, *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark)*, rec. 1969.

CIJ, arrêt (deuxième phase), 5 février 1970, *Affaire de la Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Belgique c. Espagne)*, rec. 1970.

CIJ, 24 mai 1980, *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, rec. 1980.

CIJ, arrêt, 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. USA)*, 1986 I.C.J. 14, 62, pts. 109-116.

CIJ, arrêt, 20 juillet 1989, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (États-Unis c. Italie)*, rec. 1989.

CIJ, avis, 9 juillet 2004, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, CIJ Rec. 2004, p. 136

§4. Organe de règlement des différends de l'OMC

ORD-OMC, 9 avril 1999, décision des arbitres, *Communautés européennes — Régime d'importation, de vente et de distribution des bananes (aff. Bananes III)*, WT/DS27/ARB

ORD-OMC, Groupe spécial, rapport, 26 janvier 2009, *Chine - Mesures affectant la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle*, aff. n° WT/DS362/R

ORD-OMC, Rapport de l'Organe d'appel, 4 octobre 1996, *Japon - Taxes sur les boissons alcoolisées*, aff. n° WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R

ORD-OMC, rapport de l'organe d'appel, 6 mai 2003, aff. Jointes *Canada – Énergies renouvelables et Canada – Programme de traifs de rachats garantis*, WT/DS412/AB/R et WT/DS426/AB/R, para. 5.22.

§5. Tribunaux arbitraux

A. Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)

CIRDI, 25 septembre 1983, décision sur la compétence, *Amco Asia Corp c. Indonésie*, aff. n° ARB/81/1

CIRDI, 21 octobre 1983, sentence, *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH ea c. Cameroune et Société Camerounaise des Engrais (Klöckner c. Cameroune)*, aff. n° ARB/81/2

CIRDI, 31 mars 1986, sentence, *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c. Libéria*, aff. n° ARB/83/2

CIRDI, 27 juin 1990, sentence, *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka (AAPL c. Sri Lanka)*, aff. n° ARB/87/3

CIRDI, 16 février 1994, sentence, *Vacuum Salt Products Limited c. Ghana*, affaire aff. n° ARB/92/1

CIRDI, 13 janvier 1997, sentence, *Cable Television of Nevis, Ltd. and Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. (Cable TV) c. Saint-Christophe-et-Niévès*, aff. n° ARB/95/2

CIRDI, 21 février 1997, sentence, *American Manufacturing & Trading, Inc. c. Zaïre (AMT c. Zaïre)*, aff. n° ARB/93/1

CIRDI, 11 juillet 1997, décision sur la compétence, *Fedax N.V. c. Venezuela*, aff. n° ARB/96/3

CIRDI, 30 octobre 1997, *Maffezini c. Espagne*, aff. n°ARB/97/7

CIRDI, 8 décembre 1998, décision sur la compétence, *Lanco International Inc. c. République d'Argentine*, aff. n°ARB/97/6

CIRDI, 10 février 1999, sentence, *Antoine Goetz e. a c. République du Burundi*, aff. n°ARB 95/3

CIRDI, 24 mai 1999, décision sur la compétence, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. Slovaquie*, aff. n°ARB/97/4

CIRDI, 1 novembre 1999, sentence, *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca c. Les États-Unis du Mexique (Azinian c. Mexique)*, aff. n°ARB/97/2

CIRDI, 17 février 2000, sentence, *Compañía del desarrollo de Santa Elena c. Costa Rica*, aff. n°ARB/96/1

CIRDI, 8 décembre 2000, sentence, *Wena Hotels Ltd. c. Égypte*, aff. n°ARB/98/4

CIRDI (CNUDCI), 10 avril 2001, sentence sur le fond phase II, *Pope & Talbot Inc. c. Canada*

CIRDI, 25 juin 2001, sentence, *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. et A.S. Baltoil contre la République d'Estonie*, aff. n°ARB/99/2

CIRDI, 16 juillet 2001, décision sur la compétence, *Consortium R.F.C.C. (RFCC) c. Maroc*, aff. n°ARB/00/6

CIRDI, 23 juillet 2001, décision sur la compétence, *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c. Royaume du Maroc*, aff. n°ARB/00/4

CIRDI, 30 août 2000, sentence, *Metalclad Corporation c. Mexique*, aff. n°ARB (AF)/97/1

CIRDI, 15 mars 2002, sentence, *Mihaly International Corporation c. République socialiste démocratique du Sri Lanka*, aff. n°ARB/00/2

CIRDI, 12 avril 2002, sentence, *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. Égypte*, aff. n°ARB/99/6

CIRDI (CNUDCI), 31 mai 2002, sentence sur la réparation, *Pope & Talbot c. Canada*

CIRDI, 2 octobre 2002, sentence, *Mondev International Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, aff. n°ARB(AF)/99/2

CIRDI (ALENA), 16 décembre 2002, sentence, *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, aff. n°ARB(AF)/99/1

CIRDI 9 janvier 2003, sentence, *ADF c. États-Unis d'Amérique*, No. ARB (AF)/00/1)

CIRDI, 29 mai 2003, sentence, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Mexique*, aff. n°ARB(AF)/00/2

CIRDI, 26 juin 2003, sentence, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v United States of America*, aff. n°ARB /98/3

CIRDI, 6 août 2003, décision sur la compétence, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan*, aff. n°ARB/01/13

CIRDI, 16 septembre 2003, sentence, *Generation Ukraine Inc. c. Ukraine*, aff. n°ARB/00/9

CIRDI, 21 octobre 2003, décision sur la compétence, *Champion Trading c. Égypte*, aff. n°ARB/02/09

CIRDI, 8 décembre 2003, décision sur la compétence, *Azurix Corporation c. République d'Argentine*, aff. n°ARB/01/12

CIRDI, 22 décembre 2003, décision sur la compétence, *IBM World Trade Corporation c. République d'Équateur*, aff. n°ARB 02/10

CIRDI, 14 janvier 2004, *Enron Corporation and Ponderosa assets, L.P. c. Argentine*, décision sur la compétence, n°ARB/01/3

CIRDI, 29 janvier 2004, décision sur les exceptions à la compétence du tribunal, *SGS C. Philippines*, aff. n°ARB/02/6,

CIRDI, 23 avril 2004, décision sur la compétence, *Tokios Tokelés c. Ukraine*, aff. n°ARB/02/18

CIRDI, 30 avril 2004, sentence, *Waste Management, Inc. c. Mexique (II)*, aff. n°ARB(AF)/00/3

CIRDI, 25 mai 2004, sentence, *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. c. Chili*, aff. n°ARB/01/7

CIRDI, 6 août 2004, décision sur la compétence, *Joy Mining Machinery Limited c. Égypte*, aff. n°ARB/03/11

CIRDI, 10 janvier 2005, sentence, *Consortium Groupement L.E.S.I.-DIPENTA c. Algeria*, aff. n°ARB/03/08

CIRDI, 8 février 2005, décision sur la compétence, *Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, aff. n°ARB/03/24

CIRDI, 11 mai 2005, décision sur la compétence, *Camuzzi International SA c. Argentine*, aff. n°ARB/03/2

CIRDI, 12 mai 2005, sentence, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, aff. n°ARB/01/8

CIRDI, 21 octobre 2005, décisions sur les objections à la compétence, *Aguas del Tunari S.A. c. Bolivie*, aff. n°ARB/02/3

CIRDI, 14 novembre 2005, décision sur la compétence, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS c. République islamique du Pakistan*, aff. n°ARB/03/29

CIRDI (CNUDCI), 26 janvier 2006, sentence, *Thunderbird c. Mexique*

CIRDI, 22 février 2006, décision sur la compétence, *Continental Casualty Company c.*, aff. n°ARB/03/9

CIRDI, 27 février 2006, décision relative aux exceptions à la juridiction, *SAUR international c. République d'Argentine*, aff. n°ARB/04/4

CIRDI, 16 juin 2006, décision sur la compétence, *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. c. Égypte*, aff. n°ARB/04/13

CIRDI, 14 juillet 2006, sentence, *Azurix Corp. c. Argentine*, aff. n°ARB/01/12

CIRDI, 17 juillet 2006, sentence, *Fireman's fund insurance company c. Mexique*, aff. n°ARB (AF)/02/01

CIRDI, 27 juillet 2006, décision sur la compétence, *Pan America/BP c. Argentine*, aff. n°ARB/03/13

CIRDI, 13 septembre 2006, sentence, *Telenor Mobile Communications A.S. c. Hongrie*, aff. n°ARB/04/15

CIRDI, 3 octobre 2006, Décision sur la responsabilité, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc. c. République argentine*, aff. n°ARB/02/1

CIRDI, 2 octobre 2006, sentence, *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited c. Hongrie*, aff. n°ARB/03/16

CIRDI, 17 octobre 2006, décision sur la compétence, *Helnan International Hotels A/S c. Égypte*, aff. n°ARB/05/19

CIRDI, 27 octobre 2006, sentence, *Champion Trading Company Ameritrade International Inc. c. République arabe d'Égypte*, aff. n°ARB/02/9

CIRDI, 1er novembre 2006, décision sur la demande d'annulation, *Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo*, aff. n°ARB/99/7

CIRDI, 17 janvier 2007, sentence, *Siemens AG c. Argentine*, aff. n°ARB/02/8

CIRDI, 19 janvier 2007, sentence, *PSEG Global inc. et al. c. République de Turquie*, aff. n°ARB/02/5

CIRDI, 6 février 2007 sentence, *Siemens A.G. c. République argentine*, aff. n°ARB/01/23,

CIRDI, 21 mars 2007, décision sur la compétence et recommandation de mesures conservatoires, *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, aff. n°ARB/05/07

CIRDI, 17 mai 2007, décision sur la compétence, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malaisie*, aff. n°ARB/05/10

CIRDI, 22 mai 2007, sentence, *Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine*, aff. n°ARB/01/3

CIRDI, 6 juillet 2007, décision sur la compétence, *Ioannis Kardassopoulos c. Georgie*, aff. n°ARB/05/18

CIRDI, 31 juillet 2007, sentence, *MCI Power Group, LC et New Turbine, Inc. c. Équateur (MCI c. Équateur)*, aff. n°ARB/03/6

CIRDI, 20 août 2007, sentence, *Compañía de Aguas del Aconquija SA et Vivendi Universal SA c. Argentine*, aff. n°ARB/97/3

CIRDI, 11 septembre 2007, sentence, *Parkering-Compagniet AS c. Lituanie*, aff. n°ARB/05/8

CIRDI, 28 septembre 2007, sentence, *Sempra Energy International c. Argentine*, aff. n°ARB/02/16

CIRDI, 19 novembre 2007, sentence *OKO Pankki Oyj e. a. c. Estonie*, aff. n°ARB/04/6

CIRDI, 21 novembre 2007, sentence, *Archer Daniels Midland Company et Tate & Lyle ingredients America, inc. c. Mexique*, aff. n°ARB(AF)/04/05

CIRDI, 8 mai 2008, sentence, *Victor Pey Casado et fondation (President Allende) c. République du Chili*, aff. n°ARB/98/2

CIRDI, 24 juillet 2008, sentence, *Bewater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie*, aff. n°ARB/05/22

CIRDI, 29 juillet 2008, sentence, *Rumeli Telekom A. S. et Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. c. Kazakhstan*, aff. n°ARB/05/16

CIRDI, 5 septembre 2008, sentence, *Continental Casualty Company c. Argentine*, aff. n°ARB/03/9

CIRDI, 24 septembre 2008, décision sur la compétence et la recevabilité, *Ioan Micula, Viorel Micula e. a. c. Roumanie*, aff. n°1RB/05/20

CIRDI, 12 novembre 2008, sentence, *LESI SpA et ASTALDI SpA c. Algérie*, aff. n°ARB/05/3

CIRDI, 8 décembre 2008, sentence, *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentine*, aff. n°ARB/04/14

CIRDI, 13 mars 2009, sentence, *RSM Production Corp. e. a. c. Grenade*, aff. n°ARB/05/14

CIRDI, 15 avril 2009, sentence, *Phoenix Action, Ltd. C. République tchèque*, aff. n°ARB/06/5

CIRDI, 16 avril 2009, demandes-en annulation, *MHS c. Malaisie*, aff. n°ARB/05/10

CIRDI, 16 avril 2009, décision sur la demande d'annulation, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malaisie*, aff. n°ARB/05/10

CIRDI, 22 avril 2009, sentence, *Bernardus Funekotter ea. c. Zimbabwe*, aff. n°ARB/05/6

CIRDI (CNUDCI), 8 juin 2009, sentence, *Glamis Gold, Ltd. c. États-Unis d'Amérique*

CIRDI, 30 juin 2009, sentence, *Saipem SpA c. Bangladesh*, aff. n°ARB/05/7

CIRDI, 30 juillet 2009, sentence, *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers c. Albanie*, aff. n°ARB/07/21

CIRDI, 24 août 2009, sentence, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS c. Pakistan*, aff. n°ARB/03/29

CIRDI, 18 septembre 2009, sentence, *Cargill, Inc. c. Mexique*, aff. n°ARB(AF)/05/02

CIRDI, 8 octobre 2009, sentence, *EDF c. Roumanie*, aff. ARB/05/15

CIRDI, 21 janvier 2010, décision sur la compétence et la responsabilité, *Lemire c. Ukraine*, aff. n°ARB/06/18

CIRDI, 8 mars 2010, décision sur la compétence, *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH ea. c. Ukraine*, no ARB/08/8

CIRDI (CNUDCI) 31 mars 2010, sentence, *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canada*

CIRDI, 18 mai 2010, sentence, *ATA Construction, Industrial and trading Company c. Jordanie*, aff. n°ARB/08/2

CIRDI, 16 juin 2010, sentence, *Gemplus S.A. et Talsud S.A. c. États-Unis du Mexique*, aff. n°ARB(AF)/04/3 et ARB(AF)/04/4

CIRDI, 10 juillet 2010, décisions sur la compétence, *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., et Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. c. République bolivarienne du Venezuela (Mobili corporation c. Venezuela)*, aff. n°ARB/07/27

CIRDI, 14 juillet 2010, sentence, *Saba Fakes c. Turquie*, aff. n°ARB/07/20

CIRDI, 30 juillet 2010, sentence, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., et Vivendi Universal S.A. c. Argentine*, aff. n°ARB/03/19

CIRDI, 23 septembre 2010, sentence, *AES Summit Generation Limited AES-Tisza Erőmű KFT c. la République de Hongrie*, n°ARB/07/22

CIRDI, 8 novembre 2010, *Alpha Projektholding GmbH c. Ukraine*, aff. n°ARB/07/16

CIRDI, 1^{er} décembre 2010, sentence, *Global Trading Resource Corp. et Globex International, Inc. c. Ukraine*, aff. n°ARB/09/11

CIRDI, 27 décembre 2010, décision sur la responsabilité, *Total SA c. République argentine*, aff. n°ARB/04/1

CIRDI, 11 mars 2011, sentence reprenant l'accord de règlement des parties, *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. République fédérale d'Allemagne (I)*, aff. n°ARB/09/6 et *Vattenfall AB e. a. c. République fédérale d'Allemagne (II)*, aff. n°ARB/12/12/12

CIRDI, 31 mars 2011, sentence, *GEA Group Aktiengesellschaft c. Ukraine*, aff. n°ARB/08/16

CIRDI, 27 juin 2011, sentence, *Impregilo S.p.A. c. République argentine*, aff. n°ARB/07/17

CIRDI, 4 août 2011, décision sur la compétence, *Abaclat e. a. c. Argentine*, aff. n°ARB/07/5

CIRDI, 24 octobre 2011, décision sur la compétence, *Hochtief AG c. République d'Argentine*, aff. n°ARB/07/31

CIRDI, 31 octobre 2011, sentence, *El Paso Energy international company c. Argentine*, aff. n°ARB/03/15

CIRDI, 16 mai 2012, sentence, *Marion et Reinhard Unglaube c. Costa Rica*, aff. n°ARB/08/1 et ARB/09/20

CIRDI, 22 mai 2012, décision sur la responsabilité, *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation c. Canada (Mobil Investment c. Canada I)*, aff. n°ARB (AF)/07/4

CIRDI, 1^{er} juin 2012, décision sur la compétence, *Pac Rim Cayman LLC c. Salvador*, ARB/09/12

CIRDI, 11 juin 2012, sentence, *Siemens A.G. c. République argentine*, aff. ARB/02/8

CIRDI, 29 juin 2012, sentence, *Railroad Development Corporation (RDC) c. Guatemala*, aff. n°ARB/07/23

CIRDI, 22 août 2012, sentence, *Daimler Financial Services AG c. Argentine*, aff. n°ARB/05/1

CIRDI, décision sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité, 30 novembre 2012, *Electrabel SA c. Hongrie*, n° ARB/07/19, pts. 4.130-4.138.

CIRDI, 8 février 2013, décision sur la compétence et la recevabilité, *Ambiente Ufficio S.p.A. e. a. c. Argentine*, aff. n°ARB/08/9

CIRDI, 8 février 2013, décision sur la compétence, *Tidewater Inc, Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., Twenty Grand Offshore, L.L.C., Point Marine, L.L.C., Twenty Grand Marine Service, L.L.C., Jackson Marine, L.L.C. et Zapata Gulf Marine Operators, L.L.C. c. République bolivarienne du Venezuela (Tidewater e.a. c. Venezuela)*, aff. n°ARB/10/5

CIRDI, 8 avril 2013, sentence, *Mr Franck Charles Arif c. Moldavie*, aff. n° ARB/11/23.

CIRDI, 2 juillet 2013, décision sur la compétence, *Philip Morris Brand Sàrl (Suisse), Philip Morris Products S.A. (Suisse) et Abal Hermanos S.A. (Uruguay) c. Uruguay*, aff. n°ARB/10/7

CIRDI, 3 juillet 2013, sentence, *Garanti Koza LLP c. Turkménistan*, aff. n°ARB/11/20

CIRDI, 3 septembre 2013, sentence, *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V., ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. et ConocoPhillips company c. Venezuela*, aff. n°ARB/07/30

CIRDI, 7 février 2014, sentence, *Antoine Abou Laboud et Leila Bounafeb-Abou Laboud c. République démocratique du Congo*, aff. n°ARB/10/4

CIRDI, 21 février 2014, décision sur la compétence, *Lao Holdings N.V. c. République démocratique populaire lao*, aff. n°ARB(AF)/12/6

CIRDI, 26 février 2014, sentence, *Renée Rose Levy de Levi c. Pérou*, aff. n°ARB/10/17

CIRDI, 10 mars 2014, sentence, *Tulip Real Estate Investment*, aff. n°ARB/11/28

CIRDI, 25 août 2014, sentence, *Apotex Holdings Inc & Apotex Inc. c. États-Unis d'Amérique*, aff. n°ARB (AF)/12/1

CIRDI, 22 septembre 2014, sentence, *Gold Reserve Inc. C. Venezuela*, aff. n°ARB(AF)/09/01

CIRDI, 1er octobre 2014, sentence, *Vigotop Limited c. Hongrie*, aff. n°ARB/11/12

CIRDI, 9 janvier 2015, sentence, *Renée Rose Levy et Gremcitel SA c. République du Pérou*, aff. n°ARB/11/17

CIRDI, 13 mars 2015, sentence, *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, CA, et al. c. Venezuela*, aff. n°ARB/10/5

CIRDI, 11 mai 2015, décision sur la compétence, *Sempra Energy International c. Argentine*, aff. n°ARB/02/16

CIRDI, 3 novembre 2015, sentence, *Adel a Hamadi Al-Tamimi c. Oman*, aff. no.ARB/11/33

CIRDI, 25 novembre 2015, sentence, *Electrabel c. Hongrie*, aff. ARB/O7/19

CIRDI, 17 décembre 2015, sentence, *Hrvatska Elektroprivreda DD c. Slovénie*, aff. n°ARB/05/24

CIRDI, 22 décembre 2015, sentence, *Lundin Tunisia BV c. Tunisie*, aff. n°ARB/12/30

Comité ad hoc CIRDI, 15 janvier 2016, sentence, *Adem Dogan c. Turkménistan*, aff. n°ARB/09/9

CIRDI, 8 mars 2016, sentence, *İçkale İnşaat Limited Şirketi c. Turkménistan*, aff. n°ARB/10/24

CIRDI, 4 avril 2016, sentence, *Crystallex International Corporation c. Venezuela*, aff. n°ARB(AF)/11/2

CIRDI, 6 mai 2016, sentence, *Murphy Exploration & Production Company – International c. Équateur*, aff. n°ARB/08/4

CIRDI, 8 juillet 2016, *Philip Morris Brand Sarl (Suisse), Philip Morris Products S.A. (Suisse) et Abal Hermanos S.A. (Uruguay) c. Uruguay*, aff. n°ARB/10/7

CIRDI, 6 août 2016, sentence, *Getma International, NCT Necotrans, Getma International Investments, NCT Infrastructure & Logistique c. Guinée*, aff. n°ARB/11/29

CIRDI, 12 août 2016, sentence, *Flemingo Dutyfree Shop Private Ltd c. Pologne*, aff. 2014-11

CIRDI, 12 novembre 2016, sentence, *Tenaris SA et Talta —Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. c. Venezuela*, aff. n°ARB/12/23

CIRDI, 30 décembre 2016, sentence, *Saint-Gobain Performance Plastics Europe c. Venezuela*, aff. n°ARB/12/13

CIRDI (CNUDCI), 16 mars 2017, sentence finale, *Eli Lilly and Company c. Canada*, aff. n° UNCT/14/2

CIRDI, 16 mai 2018, sentence, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Espagne*, aff. n°ARB/14/1

B. Cour permanente d'arbitrage(CPA)

CPA, CNUDCI, 17 mars 2006, sentence partielle, *Saluka Investments B.V. c. République tchèque*, aff. n°2001-04.

CPA, 30 janvier 2007, sentence partielle, *Channel Tunnel Group Ltd., France-Manche S.A. c. Royaume-Uni, France*, aff. n°2003-06.

CPA, CNUDCI, 26 avril 2009, sentence, *García Armas et García Gruber c. Venezuela*, aff. n°2013-3.

CPA, CNUDCI, 26 novembre 2009, sentence, *Romak S.A. c. Ouzbékistan*, aff. n°2007-07/AA280.

CPA, CNUDCI, 30 novembre 2009, sentence intérimaire sur la compétence et la recevabilité, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Russie*, aff. n°AA-227.

CPA, CNUDCI, sentence, août 2010, *Mytilineos Holdings c. Serbie (II)*, aff. n°2014-30.

CPA, CNUDCI, 2 août 2010, sentence, *Chemtura corp. c. Canada*, aff. n°2008-01.

CPA, CNUDCI, 28 septembre 2010, sentence intérimaire, *Ulysseas Inc. C. Équateur*, aff. n°2009-19.

CPA, CNUDCI, 26 octobre 2010, sentence sur la compétence, *Achmea (ex. Eureka B.V) c. République de Slovaquie*, aff. n°2008-13.

CPA, CNUDCI sentence, 26 Octobre 2010, *Eureko B.V. c. République de Slovaquie*, aff. n° 2008-13.

CPA, CNUDCI, 10 février 2012, sentence, *ICS Inspection and Control Services Limited c. Argentine*, aff. n°2010-9.

CPA, CNUDCI, 25 juillet 2012, décision sur la compétence, *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. and Cauc Holding Company Ltd. v. the Government of Mongolia and Monatom Co., Ltd., PCA*, aff. n°2011-09.

CPA, CNUDCI, 31 janvier 2014, sentence, *Guaracachi America Inc. & Rurelec P.L.C. c. Bolivie*, aff. n°2011-17.

CPA, CNUDCI, 19 décembre 2014, *British Caribbean Bank Limited (Turks & Caicos) c. Belize*, aff. n°2010-2018.

CPA, CNUDCI, 17 mars 2015, sentence sur la compétence et la responsabilité, *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton et Bilcon Of Delaware, Inc c. Canada (Clayton/Bilcon)*, aff. n°2009-04.

CPA, CNUDCI, 17 décembre 2015, décision sur la compétence et la recevabilité, *Philip Morris Asia Limited c. Australie*, aff. n°2012-12.

CPA, CNUDCI, 24 mars 2016, sentence, *Mesa Power Group, LLC c. Canada*, aff. n°2012-17.

CPA, CNUDCI, 27 septembre 2016, sentence, *Windstream Energy Llc c. Canada (I)*, aff. n°2013-22.

CPA, CNUDCI, 8 juillet 2017, sentence finale, *Philip Morris Asia Limited c. Australie*, aff. n°2012-12.

C. Autres tribunaux arbitraux

CNUDCI, 27 octobre 1989, *Antoine Biloune c. Ghana*

CNUDCI, 13 novembre 2000, sentence partielle, *S.D. Myers, Inc. c. Gouvernement du Canada*,

CNUDCI, 3 septembre 2001, sentence finale, *Lauder c. République tchèque*

CNUDCI, 18 avril 2002, sentence, *Link Trading Joint Stock Company c. Moldova*

CNUDCI, 15 novembre 2004, sentence finale, *GAMI Investments Inc. c. le gouvernement des États-Unis du Mexique*

CNUDCI, 3 août 2005, Sentence finale du Tribunal sur la compétence et le fond, *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*

CNUDCI, 19 août 2005, sentence partielle, *Eureko c. Pologne*

CNUDCI, 26 janvier 2006, sentence, *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*

CNUDCI, 24 mai 2007, sentence, *United Parcel Service of America Inc. c. Gouvernement du Canada*

CNUDCI, 3 novembre 2008, *National Grid P.L.C. c. Argentine*

CNUDCI, 9 octobre 2009, sentence, *Austria Airlines c. Slovaquie*

CNUDCI, 12 janvier 2011, sentence, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. e. a c. États-Unis d'Amérique*

CNUDCI, 28 avril 2011, sentence, *Sergei Pashok, CJSC Golden East Company, CJSC Vostokneftegaz c. Mongolie*

CNUDCI, 30 novembre 2011, sentence définitive, *White Industries Australia Limited c. Inde*

CNUDCI, 14 décembre 2012, décision sur la responsabilité, *Burlington Ressources Inc*, aff. n°ARB/08/05

CNUDCI, 15 décembre 2014, sentence, *Hesham Talaat M. Al-Warraaq c. Indonésie*

SCC (CNUDCI), 27 mars 2007, sentence partielle, *Eastern Sugar c. République tchèque*, aff. n° 088/2004

SCC, sentence partielle, 27 mars 2007, *Eastern Sugar B.V c. République Tchèque*, aff. n° 088/2004

SCC., 1^{er} octobre 2007, compétence, *RosInvest Co UK Ltd. c. la Fédération de Russie*, aff. n° V079/2005

SCC, 26 mars 2008, sentence, *Limited Liability Company Amto c. Ukraine*, aff. n° 080/2005

LCIA, 1^{er} juillet 2004, sentence définitive, *Occidental Exploration and Production Company c. République d'Équateur (Occidental c. Équateur I)*, aff. n°UN3467

LCIA, 29 septembre 2008, Sentence sur les exceptions préliminaires, *Société Générale in respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. v. Dominican Republic*, aff. N° UN7927

§6. Autres juridictions internationales

Commission italo-américaine des réclamations, sentence, 20 septembre 1958, *Flegenheimer*, R.S.A vol. XIV

Tribunal irano-américain des réclamations, 14 juillet 1987, *Amoco international finance corporation c. Iran*

Tribunal irano-américain des réclamations, Jahangir Mohtadi et Jila Mohtadi c. Iran, 3e Chambre n° 71, 2 décembre 1996, Rapports Iran-U.S.C.T. vol. 32

§7. Juridictions nationales

C. Cass, com., 11 juin 1979, n° 77-14100

C. Cass, com., 15 novembre 1983, n° 82-11253

C. Cass., 2e civ., 24 septembre 2015, n° 14-23.169

Supreme Court of British Columbia, 2 mai 2001, *Mexique c. Metalclad*, aff. 2001 BCSC 664

US Suprem Court, 26 juin 1978, *Penn Central Transp. Co. c. City of New York*, 438 U.S. 104

SECTION 3. DOCTRINE ET AUTRES DOCUMENTS NON OFFICIELS

§1. Dictionnaires, encyclopédies et répertoires

BEITONE A., CAZORLA A., DOLLO C. ET DRAI A.-M. (dirs), « Capital et investissement » *in*, *Dictionnaire de Science économique*, 4^e éd., Armand Colin, 2013, p. 47.

CONSTANTINESCO V., « Compétence l'Union européenne », *in Répertoire Européen*, Dalloz, 2021

CORNU G., ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2013, p. 572

GROVE-VALDEYRON (DE) N. « Prestation de services », *in Répertoire de droit européen*, Dalloz.

KOVAR R., « Droit de propriété », *in Rép. Droit européen*, *in Rép. Droit européen* Dalloz, parag. 43

LEBON L. « Territoire(s) de l'Union européenne », *in Rép. Droit européen* Dalloz. pt. 169

LOUSSOUARN Y., TROCHU M., SOTOMAYOR R. M., 'Nationalité des sociétés', *in Lexis360 JurisClasseur Droit international*, fasc. 570-20, para. 341.

§2. Manuels et ouvrages généraux

CARREAU J., JUILLARD P., BISMUTH R., HAMANN A., *Droit international économique*, Dalloz, 6^e éd., 2017, 942 pp.

CLARK M., HOFFMANN F., ORFORD A., *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford Handbooks, 2016, 1088 pp.

CRAIG P., *EU Administrative Law*, OUP, 1^{ère} éd., 2006, 888 pp.

DOLZER R., SCHREUER C., *Principles of international investment law*, OUP, 2^{nde} éd., 2022, 484 pp.

JACQUE J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, 9^e éd., 2018, 854 p.

JOHNSON D., TURNER C., *International Business: Themes and Issues in the Modern Global Economy*, Routledge, 2010, 369 pp.

MOLINIER J., GROVE-VALDEYRON (De) N., *Droit du marché intérieur*, LGDJ, 3^e éd., 2011, 238 p.

MUCHLINSKI P., ORTINO F., SCHREUER C., *The Oxford Handbook of International Investment Law*, OUP, 2008, 1282 pp.

NANTEUIL (de) A., *Droit international de l'investissement*, Pédone, 2^{nde} éd., 2017, 512 pp.

NEWCOMBE A.P., PARADELL L., *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International, 2009, 614 pp.

REVET T., ZENATI-CASTAING F., *Les biens*, PUF, 2008, 759 pp.

ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social*, Flammarion, 2012, 255 pp.

RUBINS N., KINSELLA N.S., PAPANASTASIOU T.N., *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution: A Practitioner's Guide*. OUP, 2020, 2nd éd, 656 pp.

RUBINS N., KINSELLAN.S., *International Investment, Political Risk, and Dispute Resolution – A Practitioner's Guide*, Oceana Publications, 2005, 769 pp.

SORNARAJAH M., *The international law on foreign investment*, CUP, 2010, 525 pp.

- The international Law on Foreign Investment, CUP, 2017, 4^e éd., 623 .

TOCQUEVILLE (DE) A., *De la démocratie en Amérique*, Flammarion, 2010, 302 pp.

TRIDIMAS T., *General principles of EU law*, 2nd éd., 2007, OUP, 591 pp.

VAN CLEYNENBREUGEL P., *Droit matériel de l'Union européenne*, Larcier, 2017, pp. 36-38

WHITE R., OVEY C., *The European Convention on Human Rights*, 5^{ème} éd., OUP, 2010, 720 pp

ARNULL A. E.A., *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, SWEET & MAXWELL, 5^{ème} ED. 2006 , cl and 1224 p.

CLARK M., HOFFMANN F., ORFORD A., *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, *Oxford Handbooks*, juin 2016, 1088 p.

DOLZER R., SCHREUER C., *Principles of International Investment Law*, OUP, 2e éd., 2012 , 530 p.

HAPP R, RUBINS N, *Digest of ICSID awards and decisions 1974–2002*, OUP, 2002, 416 p.

LEGER P. (dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Dalloz, 2000, 2272 p.

§3. Ouvrages spécialisés

A. Droit de l'Union européenne

BAKKER, A.F.P., *The Liberalization of Capital Movements in Europe—The Monetary Committee and Financial Integration, 1958–1994*, Springer, 1996, 336 p.

DIMOPOULOS A., *EU Foreign Investment Law*, OUP, 2011, 416 p.

HINDELANG S., *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: the scope of protection in EU Law*, Oxford, 2009, 448 p.

HINDELANG S., *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: the scope of protection in EU Law*, OUP, 2009

KASPIAROVICH Y., *L'UE et la protection des investissements internationaux, Une complexe articulation entre confiance mutuelle et réciprocité*, Schulthess Éditions Romandes, 2022, p. 17.

KONINCK (de) C., RONSE T., TIMMERMANS W. (dirs.), *European Public Procurement Law: The Public Sector Procurement Directive 2014/24/EU Explained through 30 Years of Jurisprudence by the Court of Justice of the European Union*, Kluwer Law International, 2015, 2^{ème} ed., 1016 p.

LEBON L. *La territorialité et l'Union européenne. Approches de droit public*, Larcier, 2015, 726 p.

LLIOPOULOU A., *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut du citoyen européen de l'Union européenne*, Bruylant, 2008, 795 p.

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

NEUVONEN P.J., *Equal citizenship and its limits in EU law: we the burden?*, Hart Publishing, 2016, 232 p.

SCHWARZE J., EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE – EUROPEAN POLICY UNIT. (dirs.), *Discretionary Powers of the Member States in the Field of Economic Policies and Their Limits Under the Eec Treaty: Les Pouvoirs discrétionnaires des États membres de La Communauté Européenne dans Le Domaine de La Politique économique et Leurs Limites en vertu de Traité C.E.E. : Contributions to an International Colloquium of the European University Institute Held in Florence on 14–15 May 1987*, Nomos, 1988, 189 p.

SHAN W., *The Legal Framework of EU-China Investment Relations: A Critical Appraisal*, Hart Publishing, 2005, xxxvi + 377 pp.

SIDEEK M., *European Community Law on the Free Movement of Capital and the EMU*, Brill, 1999, 400 p.

TURK A.H., *Judicial Review in the EU Law*, Elgar European Law, 2009, 416 p

B. Droit international

BAUMGARTNER J., *Treaty Shopping in International Investment Law*, OUP, 2016, 352 p.

CAUSSE H., SINKONDO M., « avant-propos » in CAUSSE H., SINKONDO M. (dirs.) *Le concept d'investissement : regards croisés des droits internes, international et communautaire*, Bruylant, 2011, 192 p.

ÇOBAN A.R., *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, Ashgate, 2004, 274 p.

COLLINS D., *The Public International Law of Trade in Legal Services*, CUP, 2018, 258 p.

- CREPET DAIGREMONT C., *La clause de la nation la plus favorisée*, Pedone, Paris, 2015, 508 p.
- DOUGLAS Z., *The international law of investment claims*, CUP, 2009, 616 p
- DUGAN C., WALLACE D., RUBINS N., SABAHI B., *Investor-state arbitration*, OUP, Oxford, 2008, 992 p.
- DUMBERRY P., *The fair and equitable treatment standard: a guide to NAFTA case law on Article 1105*, Kluwer Law International, 2013, 364 p.
- MBENGUE M.M., SCHACHERER S. (dirs.), *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), Studies in European Economic Law and Regulation 15*, Springer, 2019, 361 p.
- DUMBERRY P., *The formation and identification of rules of customary international law in international investment law*, CUP, 2016, 534 p.
- DUPUY P-M., PETERSMANN E-U, FRANCONI F. (dirs.), *Human Rights in International Investment, Law and Arbitration*, OUP, 2009, 646 p.
- HAGHIGHI S., *Energy Security, The External Legal Relations of the European Union With Major Oil – and Gas – Supplying Countries*, Hart Publishing, 2007, 510 p.
- HORCHANI F. (dir.), *Où va le droit de l'investissement ? : Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006, Pedone, 2006
- KLÄGER R., *Fair and equitable treatment in international investment law*, CUP, 2001, xli-361 p.
- LANKARANI L., *Les contrats d'État à l'épreuve du droit international*, Bruylant, 2001, 572 p.
- LEAL-ARCAS R., *International trade and investment law - Multilateral, regional and bilateral governance*, Edward Elgard, 2011, 360 p. ;
- LINARELLI J., SALOMON M.E., SORNARAJAH M., *The Misery of International Law, Confrontations with Injustice in the Global Economy*, OUP, 2018, 332 p.
- MANCIAUX S., *Investissements étrangers et arbitrages entre États et ressortissants d'autres États : trente années d'activité du CIRDI*, Litec, 2004, vi – 608 p.
- MARTINEAU A-C., *Le débat sur la fragmentation du Droit international : une analyse critique*, Bruylant, 2015, 584 p.
- MCLACHLAN C., SHORE L., WEINIGER M., *International investment arbitration: substantive principles*, 2nd ed, OUP, 2017, 520 p.
- MILES K. *The origins of international investment Law, Empire Environment and the Safeguarding of Capital*, CUP, 2013, 464 p.
- MUCHLINSKI P., *Multinational Enterprise and the Law*, OUP, 2007, 2^e ed., 676 p

NEWCOMBE A.P., PARADELL L., *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International, 2009, xxx-614 p.

ONGUENE ONANA D.E., *La compétence en arbitrage international relatif aux investissements : les conditions d'investissement et de nationalité devant le CIRDI*, Bruylant, 2012, 619 p.

PAUWELYN P., *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge, CUP, 2003, 522 p.

ROBERT-CUENDET S. (dir.), *Droit des investissements internationaux, perspectives croisées*, Bruylant, 2017, 672 p..

ROBERT-CUENDET S., *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement : contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Martinus Nijhoff, 2010, 530 p.

RUBINS N, KINSELLA N.S, PAPANASTASIOU T.N, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution: A Practitioner's Guide*. Oxford University Press, 2019, 2nd ed, 656 p.

SORNARAJAH M., *Resistance and change in in the international law on foreign investment*, CUP, 2015, 452 p.

SORNARAJAH M., *The international law on foreign investment*, Cambridge University Press, 2010, xxx and 524 p.

SUDEBI S.P., *International investment law, Reconciling policy and principle*, Hart, 2008, p.154.

TUDOR I., *The fair and equitable treatment standard in international foreign investment law*, OUP, 2008, 300 p.

VAN BANNING T., *The Human Right to Property*, Intersentia, 2002, xvi + 445 p.

VERLOREN VAN THEMAAT P., *The changing structure of international economic law*. Martinus Nijhoff, (1981), 395 p.

VOIGT C., *Sustainable Development as a Principle of International Law*, Chap. 7 « Fragmentation Of International Law: The Origin Of Normative Conflicts », Martinus Nijhoff, 2009, pp. 195 et s.

WORTLEY B. A., *Expropriation in Public International Law*, Cambridge University Press, 1959, xviii and 169 pp.

C. Autres

JOUANJAN O., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Economica, 1992, 449 p.

SCHONBERG S., *Legitimate Expectations in Administrative Law*, OUP, 2000, 338 pp.

OST F., VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses de l'Université Saint-Louis, 2010, 597 p.

TEUBNER G., *Law as an Autopoietic System*, Blackwell, 1993, p. 100.

BECKERT S., *Empire of Cotton: A New History of Global Capitalism*, Penguin, 2015, 615 p.

LEROUX P., *De l'humanité, de son principe et de son avenir : où se trouve exposée la vraie définition de la religion, et où l'on explique le sens, la suite et l'enchaînement du mosaïsme et du christianisme*, Perrotin, 1840, T. 1, p. 176

SAUVANT K.P., *The Group of 77 : evolution, structure, organization*, Oceana, 198, 232 p.

§4. Thèses

DIOP A.K. ; *La notion d'État en droit international et en droit européen : De l'impossible approche conceptuelle à la nécessaire approche fonctionnelle*, Thèse de doctorat, Droit, Université de Bordeaux, Université Laval, 2017, 697 p.

LOUSSOUARN Y., *Les conflits de lois en matière de sociétés*, Thèse de doctorat, Droit Université de Rennes, 1949, 575 p.

MELE P., *Le droit de propriété en droit communautaire*, thèse de doctorat, droit, Paris X Nanterre, 2000, 448 p.

UBUSHIEVA B., *L'intérêt général dans le système de la Convention européenne des droits de l'Homme*, thèse dactyl., Droit, Université de Bordeaux, 2018., 544 p.

TANON S., *Le droit des investissements internationaux vu par la CIJ et le CIRDI*, Thèse de doctorat, Droit Université de Bordeaux, 2016, 518 p.

Danic D., *L'émergence D'un Droit International Des Investissements, Contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI*, Thèse de doctorat, Droit. Université Paris 10 Nanterre, 2012, 1216 p.

PIGEON N., *La mise en œuvre de la compétence européenne en matière d'investissements internationaux*, », thèse de doctorat, Droit, Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2018, pp. 13-19, not. pp. 13-14.

MARTINEAU A-C., *Une analyse critique du débat sur la fragmentation du droit international*, thèse de doctorat, Droit, Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2013, pp. 20 et s. disponible sur <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01259489>.

§5. Cours à l'Académie de droit international

BOURQUIN M., « Règles générales du droit de la paix (Cours général) », RCADI, t. 35, 1931, p. 5.

D'AVOUT L., « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *RCADI*, t. 397, 2019, pp. 1-612.

DAVEY W.J., “Non-discrimination in the World Trade Organisation: the rules and exceptions”, *RCADI*, 2012, vol. 354, pp. 183-440

DUPUY P.-M., « L'unité de l'ordre juridique international (Cours général) », *RCADI*, 2002, vol. 297, pp. 90 et 436.

DUPUY R.-J., « Communauté internationale et disparités de développement (Cours général) », *RCADI*, 1979, p. 125.

HIGGINS R., “The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law », *RCADI*, 1982, vol. 176, pp. 262-399

JUILLARD P., « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994, vol. 250, pp. 9-216.

NOLDE B., « La clause de la nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels », *RCADI*, 1932-I, pp. 1-130.

NOLDE B., « Droit et technique des traits de commerce », *RCADI*, 1924-II, pp. 291-460.

SACERDOTI G., « Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection », *RCADI*, Tome 269, 1997, pp. 251-454.

SCHWARZENBERGER G., “The principles and standards of international economic law”, *RCADI*, 1966, vol 117. Brill Nijhoff, Leiden, pp. 1-98.

YASSEN M.K., « L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités », *RCADI*, 1976, pp. 1-114.

§6. Articles et contributions à des ouvrages collectifs

ABI-SAAB G., « Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks », *NYUJILP*, 31, 1999, p. 923. 1.

ACCONCI P., “Determining the Internationally Relevant Link Between a State and a Corporate Investor– Recent Trends concerning the Application of the Genuine Link Test”, *JWIT*, vol. 5, n°1, 2004, pp. 139-175.

ADLUNG R., “Public Services and the Gats”, *WTO Staff Working Paper*, n° ERSD-2005-03, 2006, [<https://ssrn.com/abstract=922256>].

AGUILERA VAQUÉS M., “Right of Property and Limits on its Regulation”, in GARCÍA ROCA J, SANTOLAYA P (dirs), *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights*, Mrtinus Nijhoff, 2012,

CAZALA J., “La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-Etat exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents”, JDI, 2017, n° 1, pp. 81-98

BISCHOFF J., WÜHLER M., « The notion of investment », in MBENGUE M.M., SCHACHERER S. (dirs.), *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Studies in European Economic Law and Regulation 15, Springer, 2019

D'ORNANO A., « Un rapport sur la loi applicable aux sociétés », *Revue critique de droit international privé*, 2021/4 (N° 4), p. 931-935.

ALSCHNER W., « Americanization of the bit Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (fcn) Treaties on Modern Investment Treaty Law », *Goettingen Journal of International Law*, 2013, vol. 5, no 2, pp. 455-486

ALTER K., MEUNIER S., « The Politics of International Regime Complexity », *Perspectives on Politics*, 2009, vol. 7, pp. 13-24

AMARASINHA S.D., KOKOTT J., “Multilateral Investment Rules Revisited”, in MUCHLINSKI P., ORTINO F., SCHREUER C. (dir.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, OUP, 2008, pp. 119-153.

ANDENAS M. « Reassertion and transformation of international law », in ANDENAS M., BJORGE E. (dirs.), *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law*, Studies on International Courts and Tribunals, CUP, 2015, pp. 536-569

ARENA A., “The GATS Notion of Public Services as an Instance of Intergovernmental Agnosticism: Comparative Insights from EU Supranational Dialectic”, *Journal of World Trade*, 2011, vol. 45, n° 3, pp.- 501-505.

NANTEUIL A., « Expropriation », in MBENGUE M.M., SCHACHERER S. (dirs.), *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Studies in European Economic Law and Regulation 15, Springer, 2019, pp. 134 et s

AREOU G., « Cour de Justice des Communautés Européenne – arrêts du 3 mars 2009 (Grande Chambre) – Commission c. Autriche et Commission c. Suède », *RGDIP*, 2009, p. 460

ARES M. et BOULANGER E., « Le régime international de l'investissement: où en sommes-nous ? » in ARES M. et BOULANGER E. (dirs.), *L'investissement et la nouvelle économie mondiale: Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales*, Bruylant, 2012, pp. 1-38

ARNOLD A., “Left to its own Devices? Opinion 2/94 and the Protection of Fundamental Rights in the European Union”, in DASHWOOD A., HILLION C. (dir.), *The general law of EC external relations*, Sweet & Maxwell, 2000, ch. 8, pp. 61-78.

ASMUS BISCHOFF J., WÜHLER M., “The Notion of Investment”, in MBENGUE M.M., SCHACHERER S. (dir.), *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Springer, 2019, pp. 19-44.

AZOULAI L., « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », in RAINELLI M., BOY L., CHEVALLIER J., QUIOT G. (dir.) *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Éditions Frison-Roche, 2003,

AZOULAI L., BEN HAMIDA W., « La protection des investissements par le droit primaire — droit conventionnel des investissements et droit primaire communautaire : étude comparée des régimes et des approches » in KASSEDJIAN C., LEBEN C., *Le droit européen et l'investissement*, Panthéon-Assas, 2009,

AZOULAI L., note sous CJCE, 13 décembre 2005, *Marks & Spencer*, aff. C—446/03, et CJCE, 16 mai 2006, *Watts*, aff. C-372/04, Rec. p. I -4325, *Annuaire de droit européen*, 2008, p. 735.

BAETENS F. “Discrimination on the basis of nationality: determining likeness in human rights and investment law”, in SCHILL S. (ed.) *International investment law and comparative public law*. OUP, Oxford, 2010, pp. 279–315;

BALLARIN T., « note sous CJCE, 3 décembre 2005, SEVIC Systems AG, aff. C-411/0 » .RTD Eur., 2006, n° 4, pp. 717-728,

BARBOU DES PLACES S., « La nationalité des États membres et la citoyenneté de l'Union dans la jurisprudence communautaire : la nationalité sans frontières », *Revue des Affaires européennes/Law European & Affairs*, n°1, 2011

BARNARD C. ; HEPPLER B., “Substantive Equality”, *Camb. Law J.*, vol. 59, n°3, 2000, pp. 562-585.

BARNARD C., « Social Dumping or Dumping Socialism? », *LJC*, vol. 67, n°2, 2008, pp. 262-264.

BARNARD C., DEAKIN S., « Market Access and regulatory competition » in BARNARD C. et SCOTT J. (dir.), *The Law of the Single European Market : Unpacking the Premises*, Hart Publishing, 2002, pp. 197-224.

BASTID BURDEAU G., « La clause de protection et de sécurité pleine et entière », *RGDIP*, 2015, 1, pp. 87-101

BASTID-BASDEVANT S., « La nationalité des sociétés et la protection diplomatique », in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 27-30e année, 1966-1969. 1970.

BEAUMIER, G., « Le traité de Lisbonne et le droit international de l'investissement : l'évolution d'un nouveau modèle européen », *Études internationales*, 2016, 47, 4, pp. 365–386

BEN HAMIDA W., « L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural: la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », *AFDI*, 2005, pp. 564-602

BEN HAMIDA W., « La clause de libre transfert » *RGDIP*, 2015, 1, pp. 145-177

BEN HAMIDA W., « La clause relative à l'exclusion des avantages (Denial of benefits clause) », *Cahiers de l'arbitrage*, n° 4, 2010, pp. 1056-1069.

BERGE J-S., « La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé », in *Droit international privé*, Travaux du Comité français de droit international privé, 17e année, 2004-2006. 2008. pp. 29-62.

BERGE J-S., « La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé », in *Droit international privé*, Travaux du Comité français de droit international privé, 17e année, 2004-2006. 2008. pp. 29-62.

BERNASCONI-OSTERWALDER N., “Commentary to the draft investment chapter of the Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)”, *IISD*, 2013, pp. 17–19.

BERNASCONI-OSTERWALDER N., «The draft investment chapter of Canada Eu comprehensive economic and trade agreement: a step backwards for the EU and Canada ». *Investment Treaty News*, 26 juin 2013, [www.iisd.org/itn/2013/06/26/the-draft-investment-chapter-of-canada-eu-comprehensive-economic-and-trade-agreement-a-step-backwards-for-the-eu-and-canada].

BERNER K., “ Reconciling Investment Protection and Sustainable Development – A plea for an Interpretative U-Turn”, in HINDELANG S., KRAJEWSKI M., *Shifting Paradigms in International Investment Law – More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, OUP, 2016, pp. 177-203.

BESSION B., “General Principles and Customary Law in the EU Legal Order”, in VOGENAUER S., WEATHERILL S., *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives*, Hart Publishing, 2017, pp. 105–130.

BISCHOFF J.A, HAPP R., “The notion of investment”, in BUNGENBERG M. ; GRIEBEL J., HOBE S. ea. (dirs.), *International investment law*. Nomos, 2015, pp. 500-510.

BISCHOFF JA, “ Current trends in investment arbitration relating to sovereign bond defaults”, in BRUNO E. (dir) *Sovereign debt and debt restructuring*, Globe Law and Business, 2013, pp. 101–106.

BJORKLUND A.K., “National treatment”, in REINISCH A., (ed.) *Standards of investment protection*, OUP, Oxford, 2008, pp. 29–58

BJORKLUND A.K., “The national treatment obligation”, in YANNACA-SMALL K. (ed.) *Arbitration under international investment agreements: a guide to the key issues*. OUP, (2010), pp. 413-443

BLAISE J.-B., « Une cohabitation difficile : nationalité des sociétés et libre établissement dans la Communauté européenne », in LEBEN C., LOQUIN E., SALEM M. (dir.), *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle, mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 585-595

BROWNLIE I., “The Peaceful Settlement of International Disputes in Practice”, *Pace International Law Review*, (1995), p. 146.

BRUNESSEM B., «Intégration politique et intégration économique : la dialectique des intégrations », in ROSA (DE LA) S., MARTUCCI F., DUBOUT E. (dir.), *L’Union européenne et le fédéralisme économique*, Bruylant, 2015,

BÚRCA (de) G., ‘The role of equality in European Community law’, in DASHWOOD A., O’LEARY S. (dir.), *The principle of equal treatment in EC law*, Sweet & Maxwell, 1997, pp. 13–34.

BÚRCA (DE) G., « The European Court of Justice and the International legal order after Kadi », *Harvard International Law Journal*, 2010, 51, p. 1.

BURGSTALLER M., « Nationality of Corporate Investors and International Claims against the Investor’s Own State » *JWIT*, 2006, vol. 7 pp. 866-871

BURRIEZ D., «La clause de déni des avantages et l’accès à l’arbitrage en matière d’investissement », in NANTEUIL (de) A. (dir.), *L’accès de l’investisseur à la justice arbitrale*, Pedone, 2015, pp. 61-90.

CABRAL P., CUNHA P., “Presumed Innocent: Companies and the exercise of the Right of Establishment under Community Law”, *European Law Review*, n° 25, 2000, pp. 157–164.

CALAMITA N.J., « The Making of Europe’s International Investment Policy: Uncertain First Steps », *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, vol. 39, no 3 : 301-330.

CAUSSE H., SINKONDO M., « avant-propos » in CAUSSE H., SINKONDO M. (dirs.) *Le concept d’investissement : regards croisés des droits internes, international et communautaire*, Bruylant, 2011, pp. V-VI

CAZALA J., « La protection des attentes légitimes de l’investisseur dans l’arbitrage international », *Revue internationale de droit économique*, vol. xxiii,1, n° 1, 2009, pp. 5-32.

CAZALA J., « Réaffirmation de l’État en matière d’identification des investissements et investisseurs protégés », EL GHADBAN T., MAZUY C.-M., SEREGAGNIK A. (dir.), *La protection des investissements étrangers : vers une réaffirmation de l’État ?*, Paris, Pedone, 2018, pp. 37-56.

CAZALA J., « Quelques précisions, mais toujours pas de certitude sur la clause de déni des avantages du Traité sur la Charte de l’énergie », *Les Cahiers de l’arbitrage – Paris Journal of International Arbitration (CAPJIA)*, n°4, 2018, p. 727,

CEYSSENS J., “Towards a common foreign investment policy? Foreign investment in the European Constitution”, *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 32, n° 3, 2005, pp. 259- 278

CHAISSÉ J., “Promises and Pitfalls of the European Union Policy on Foreign Investment – How Will the New EU Competence on FDI Affect the Emerging Global Regimes?”, *JIEL*, vol. 15, n° 2012, p. 19.

CHALTIEL F., « La citoyenneté européenne », in Le POURHIET A.-M. (dir.), « La citoyenneté », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2007, n° 23, p. 6.

CHARBOT C., « Citoyenneté et nationalité : de la fusion à la confusion », *Politeia*, n°33, 2018, pp. 427-439.

CHRISTIE C. C., « What Constitutes a Taking of Property under International Law », *Brit. Y. B., International Law*, n° 38, 1962, p. 309.

CORREA C.M., “Investment protection in bilateral and free trade agreements, implications for the granting of compulsory licenses”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 26, n°1, 2004, pp. 339–340.

COSSY M., “Water services at the WTO”, in BROWN WEISS E., BOISSON DE CHAZOURNES L., BERNASCONI-OSTERWALDER N. (dir.), *Fresh Water and international Economic Law*, Oxford, 2008, pp. 117–141.

COTTIER T., MOLINUEVO M., “Article V GATS”, in WOLFRUM R., STOLL P.-T., FEINÄUGLE C. (dir.), *WTO – Trade in services*, Max Planck commentaries on WTO Law (coll.), Martinus Nijhoff Publisher, 2008, pp. 148

CREMADES B.M.; "The Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America", TDM, 2005, 5 article en ligne sur www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=592.

CREMONA M., « External relations and external competence of the European Union: The emergence of an integrated policy », in CRAIG P., DE BÚRCA Gràinne (dirs.), *The Evolution of EU Law*, OUP, 2011, pp. 223–224

CREMONA M., «A Policy of Bits and Pieces? The Common Commercial Policy after Nice », *The Cambridge Yearbook of European Legal studies*, 2002, 4, p.61

CREPET DAIGREMONT C., « Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international », in LEBEN C. (dirs.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : nouveaux développements*, LGDJ, 2006, pp. 107-162

DAILLIER P., BENLOLO Me.a., « Tribunal irano-américain de réclamations », *AFDI*, 2000, vol. 46, pp. 348-354.

DALEM A., « Guerre et économie : le libéralisme et la pacification par le marché », *Raisons politiques*, 2003, 1, 9, pp. 49-64.

DAMMANN R., « Le principe de la liberté d'établissement consacré par les articles 43 et 48 CE s'applique aux fusions transfrontalières intra-communautaires », *JCP G*, 2006, n° 19, II, 10077, pp. 970-974

DANIC O., Droit international des investissements, droit de l'homme, droit de l'environnement », in LEBEN C., *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, 2015, PP. 531 et s.

DAVEY W.J., “Non-discrimination in the World Trade Organisation: the rules and exceptions”, *RCADI*, vol. 354, 2012, pp. 183-440.

DAVIES A., “One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ”, *Industrial Law Journal*, n°37, 2008, p. 139

DAVIES G., « Between market access and discrimination: free movement as a right to fair conditions of competition », in KOUTRAKOS P., SNELL J., *Research handbook on the law of the EU's internal market*, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 13-28.

DAWSON M., MUIR E., “Hungary and the Indirect Protection of EU Fundamental Rights and the Rule of Law”, *German Law Journal*, 2013, pp. 1959-1965.

DE LUCA A., « Umbrella clauses and transfer provisions in the (invisible) EU model BIT », *JWIT*, vol. 15, n° 3-4, 2014, pp. 506-533.

DE VRIES A., « Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice », *Utrecht Law Review*, n°9, 2013, pp. 169-191

DEBOUT E., « Entrave et discrimination », in AZOULAI L. (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant, 2011, pp. 138 -146

DEKASTROS M., « Portfolio Investment: Reconceptualising the Notion of Investment under the ICSID Convention », *JWIT*, 2013, p. 295.

DELAUME G.R., « Le Centre International pour le règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) », *JDI*, 1982, p. 775-806

DELAUNAY B., « Les entraves fiscales au sein des groupes de sociétés », *RAE*, n°1, 2007-2008/1, p. 57.

DELAUNAY B., « Les limites de la neutralité de l'article 295 CE à l'égard du régime de la propriété dans les États membres », *Revue juridique de l'économie publique*, étude 11, 2009

DI MASCIO N., PAUWELYN J. “Nondiscrimination in trade and investment treaties: worlds apart or two sides of the same coin?”, *Am J Int Law*, 2008, 102, pp. 48–89.

DIMOPOULOS A., « The validity and applicability of International Investment agreement between EU member States under EU and International Law », *CMLR*, 2011, p. 85

DIMOPOULOS A., « The Common Commercial Policy after Lisbon: Establishing Parallelism Between Internal and External Economic Relations? », *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2008, vol. 4, pp. 102-131.

DOLZER R., “Indirect Expectations: New Developments“, *NYU Environmental Law Journal*, vol. 64, n° 11, 2002.

DUBOIS L., « Les États membres de l’Union européenne ont-ils conservé la maîtrise de leur système de soins ? », in *L’Etat souverain dans le monde d’aujourd’hui, Mélanges en l’honneur de J.-P. Puissechet*, Pedone 2008, p. 77-84.

DUMBERRY P., “The ‘Minimum Standard of Treatment’ in international investment law: the fascinating story of the emergence, the decline and the recent resurrection of a concept”, in PASQUET L., VAN DER PLOEG K.P., CASTELLANOS JANKIEWICZ L. (dir.), *International law and time: narratives and techniques: proceedings of the conference international law and time*, Springer, 2018.

DUMBERRY P., “The importation of the fair and equitable treatment standard through MFN clauses: an empirical study of BITs”, *ICSID Rev-FILJ*, n°17, 2016, pp. 229–259

DUMBERRY P., « Has the fair and equitable treatment standard become a rule of customary international law? », *JIDS*, vol. 8, n°1, 2017, pp. 155 –178.

DUPUY F., DUPUY P.-M., “What to expect from legitimate expectations? A critical appraisal and look into the future of the “Legitimate Expectations” Doctrine in international investment law”, in, RAOUF MA, LEBOULANGER P, ZIADÉ NG (dir.), *Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri – From the Arab World to the Globalization of International Law*, Kluwer Law International, 2015 pp. 273–298.

DUPUY P.-M., *Unification rather than fragmentation of international law? The case of international investment law and human rights law*, in DUPUY P.-M., PETERSMANN E.-U, FRANCONI F. (dirs.), *Human Rights in International Investment, Law and Arbitration*, OUP, 2009, pp. 45-62

DURAND-JAMIS K., « Propos introductifs : la polarisation de la notion de fragmentation, entre unité et diversité du droit », *La Revue des droits de l’homme*, 2019, 15, p. 1, en ligne depuis le 13 January 2019, <https://doi.org/10.4000/revdh.5917>

DUTHEIL DE LA ROCHERE J., « Le pouvoir des États membres de l’Union Européenne de conclure des traités Bilatéraux d’Investissement », in KESSEDJIAN C., LEBEN C. (dirs.) *Le Droit européen et l’investissement*, (dir.), Éditions Panthéon Assas, 2009, p. 34

ECHANDI R., “A new generation of international investment agreements in the Americas: impact of investor state dispute settlement over investment rulemaking”, *Fourth Annual Conference of the Euro-Latin Study Network on Integration and Trade (ELSNIT)*, 2006, pp. 9–11. [<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/summary?doi=10.1.1.113.65&rank=1>].

EDWARDS V., FARMER P., “The Concept of Abuse in the Freedom of Establishment of Companies: A Case of Double Standards?” in ARNULL A., ECKHOUT P., TRIDIMAS T. (dir), *Continuity and Change in EU Law: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, OUP, 2008, pp. 205- 227.

EILMANSBERGER T., « Bilateral investment treaties and EU law », *CMLR*, 2009, n° 46, p. 388

EL BOUDOUHI S., « L'avenir des traités bilatéraux d'investissement conclus par les États membres de l'Union Européenne avec les États tiers », *RTD eur.* 2011, 47, pp. 86-115.

EPINEY E., "The Scope of Article 12 EC: some remarks on the influence of European citizenship", *Eur. Law J.*, vol. 13, 2007, pp. 611–622.

EVANS A.C., "Union citizenship and the constitutionalization of equality in EU law", in LA TORRE M. (dir.), *European citizenship: An institutional challenge. Kluwer Law International*, Kluwer Law International, 1998, pp. 267–292.

FABBRINI G., « States' Equality v States' Power : the euro-crisis, inter-state relations and the paradox of domination », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2015, 17, pp. 3-55.

FALLON M., « Les frontières spatiales du droit privé européen selon le droit de l'Union européenne », in POILLOT E., RUEDA I. (dir.), *Les frontières du droit privé européen, The Boundaries of European Private Law*, Bruylant, 2012, pp. 65-124.

FARES S., "Current Payments and Capital Movements in the Eu-Mediterranean Association Agreements", n°186, pp. 24-6.(citée ainsi sur internet :) FARES S., "Current Payments and Capital Movements in the Eu-Mediterranean Association Agreements", *Legal Issues of Economic Integration*, vol 30, n°1, 2003, pp. 15-33.

FATOUROS A.A., « An international code to protect protect private Investement – proposals and perspectives », *The University of Toronto Law Journal*, 1961, 14, pp. 80-81.

FAYA RODRIGUEZ A., "The most-favored-nation clause in international investment agreements – A tool for treaty shopping?", *J Int Arbitr*, 2008, 25, pp. 89–102.

FERNÁNDEZ-PONS X., POLANCO R. ET TORRENT R., « CETA on investment: the definitive surrender of EU law to GATS and NAFTA/BITs », *CMLR*, vol. 54, 2017, n° 5, pp. 1319-1358

FISCHER-LESCANO A., TEUBNER G., « Collisions de régimes : la recherche vaine de l'unité juridique face à la fragmentation du droit mondial », *RIDE*, 2013/1-2 ((t. XXVII)), p. 187-228.

FORTIER L. Y., DRYMER S.L., "Indirect Exportation in the Law of International Investment: I know it when I see it, or Caveat Investor", *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, 2004, pp. 293-327

FRANCK SD., « Occidental Exploration & Production Co. v. Republic of Ecuador. Final Award. London Court of International Arbitration Administered Case No. UN 3467 », *Am J Int Law*, 2005, 99 (3), pp. 675-681.

FRIEDMANN W. G., PUGH R. C., "Legal aspects of foreign investment", *AJIL*, 1959, p. xiii, 812.

GAILLARD E. "Identify or define?, Reflections on the evolution of the concept of investment in ICSID practice", in BINDER C., KRIEBAUM U., REINISCH A., WITTICH S. (dirs.), *international investment law for the 21st century: essays in honour of Christoph Schreuer*, OUP, p. 407.

- GAILLARD E., « *commentaire sous la sentence plama* », JDI, 2006, p. 286 ;
- GILLES-YEUM A., « La liberté d'investissement », in ROBERT-CUENDET S. (dir), *Droit des investissements internationaux - Perspectives croisées*, Bruylant, 2017, pp.37-60
- GOLDMAN B., « La nationalité des sociétés dans la communauté économique européenne », in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 27-30e année, 1966-1969, 1970, p. 221
- Gomez-Mera L., Morin J-F, Vaan de Graf T., « Regime complexes », in Biermann F., Rakhyun E-K. (dirs.), *Architectures of Earth System*, CUP, 2020, pp. 137-157.
- GOMEZ-PALACIO I., MUCHLINSKI P., “Admission and Establishment”, in MUCHLINSKI P., ORTINO F., SCHREUER C. (dir.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* OUP, 2008, pp. 229–242,
- GOOIJER, J. et C.A.T. PETERS. “The Free Movement of Capital and Third Countries: some Observations”. *European Taxation* , vol. 11, 2005, pp. 475-481
- GRIERSON-WEILER T., LAIRD I. “Standards of treatment”, in: MUCHLINSKI P., ORTINO F., SCHREUER C. (eds) *The Oxford handbook of international investment law*, OUP, Oxford, 2008, pp. 259–304
- GRIERSON-WEILLER T., LAIRD I., « Standard of treatment », in MUCHLINSKI P., ORTINO F., SCHREUER C (dirs.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, OUP, 2008, pp. 259-301
- GROSSE RUSE-KHAN H., “Investment law and intellectual property rights”, in BUNGENBERG M.; GRIEBEL J., HOBE S. e.a. (dirs.), *International investment law*, Nomos, 2015, p. 1697.
- GROUX J., « Territorialité et droit communautaire », *RTD eur.*, 1997, pp. 5-33
- GUILLAUME G., « The Future of International Judicial Institutions », *Int'l & Comp. LQ*, 44, 1995, pp, 848-862
- GUIMEZANES N., « L'état actuel du droit de la nationalité », in *La naturalisation : un passeport pour une meilleure intégration des immigrés ?*, OCDE, 2011 pp.71-101, [<https://www-oecd-ilibrary-org>].
- GUIOT F-V et MAZILLE C., « Marché intérieur et intégration économique », in CLEMENT-WILZ L. (dir.), *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, Larcier, 2019, pp. 179-225.
- HAFNER G., « Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law », *Mich. J. Int'l L.*, 2004, 25, pp. 849-863
- HALONEN L., “Bridging the Gap in the Notion of ‘Investment’ Between ICSID and UNCITRAL Arbitrations”, *ASA Bulletin*, vol. 29, n° 2, 2011, pp. 312-326
- HALPERIN J-L., « L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationaliste du XIXe siècle », *Droits*, 2001, 33, pp. 41-52 ;

HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles », in DUBOUT E.; MAITROT DE LA MOTTE A., *L'unité des libertés de circulation*, Bruylant, 2013, pp. 205-229.

HEISKANEN V., “Arbitrary and unreasonable measures”, in REINISCH A. (ed) *Standards of investment protection*. OUP, Oxford, 2008, pp. 87–110.

HERINGA A., VERHEY L., “The EU Charter: Text and Structure”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 8, 2001, 548 p.

HIEZ D., « Le but non lucratif en droit de l'Union européenne. Ou de la nécessité d'adopter une notion nouvelle de lucrativité limitée », *RECMA - Revue internationale de l'économie sociale*, 2018, n° 349, pp. 122-123.

HINDELANG S., «The Ec Treaty's Freedom of Capital Movements As an Instrument of International Investment Law? : The Scope of Article 56 (1) TEC in a Third Country Context and the Influence of Competing Freedoms”, in REINISCH A., Christina KNAHR C. (dir.), *International Investment Law in Context*, Eleven International Publishing, 2008, p. 51

HINDELANG S., KRAJEWSKI M., « Towards a more comprehensive approach in international investment law », in HINDELANG S., KRAJEWSKI M. (dirs.), *Shifting paradigms in international investment law – More balanced, less isolated, increasingly diversified*, OUP, 2016, pp. 1-19

HOFFMAN, A. ‘A conceptualization of trust in international relations’, *European Journal of International Relations*, 2002, 8, 3, pp. 375-401

HOFFMANN V.H., MIHAESCU B., “Relation Between Charter's Fundamental Rights and Unwritten General Principles”, *European Constitutional Law Review*, vol. 9, 2013, pp. 73-82.

HOFFMEISTER F. et ÜNÜVAR G., «From bits and Pieces Towards European Investment Agreements» in BUNGENBERG M., REINISCH A. et TIETJE C. (eds.), *EU and Investment Agreements: Open Questions and Remaining Challenges (Nomos 2013)*, p.57, 59.

HOUBÉ-MASSE M.-L., « Question d'intégration : le marché intérieur, socle d'une relance de l'intégration européenne ? », in LALUMIERE C. (préf.), *Abécédaire de droit de l'Union européenne : en l'honneur de Catherine Flaesch-Mougin*, Presse Universitaire de Rennes, 2017, pp. 447-461.

IDOT L., « Entrave et restriction de concurrence » in AZOULAI L. (dir.) *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant, 2011, pp. 169-190.

JACQUE J. P., « Droit constitutionnel, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *RFDC*, n° 69, 2007, pp. 3-37.

JADEAU F, FABIEN G., « CETA's definition of the fair and equitable treatment standard: toward a guided and constrained interpretation », *TDM*, vol. 13, n°1, 2016, [www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2319].

JENKS C. W., « The conflict of law-making treaties », *BYIL*, 1953, vol. 30, p. 403.

JIABAO L., 'China, EU Talking Investment' *China Daily USA*, 22 January 2014, [<http://usa.chinadaily.com.cn/a/201401/22/WS5a2fc6aba3108bc8c6729bc3.html>].

JOURDAIN-FORTIER C., MICKLITZ H-W, « La transformation du droit international économique », *RDIE*, 2012, 2, p. 128 et s. ;

JUILLARD P., « Freedom of establishment, freedom of capital movements, and freedom of investment », *ICSID Review*, 2000, 15, 2, , pp. 322-339.

JUILLARD P., « À propos du décès de l'A.M.I. », *AFDI*, vol. 44, 1998, pp. 595-612.

KAHN P., « L'extension de la notion d'investissement », in BOURRINET J., *Les investissements français dans le Tiers-Monde*, Economica, 1984, pp. 111-114.

KANSKA K., "Towards Administrative Human Rights in the EU. Impact of the Charter of Fundamental Rights", *European Law Journal*, vol. 10, n°3, 2010, pp. 296-326.

KARL J., "The Competence for Foreign Direct Investment", *JWIT*, 2004, vol. 5, n°3, pp. 413-448.

KARL J., « The competence for Foreign Direct Investment », *JWIT*, 2004, p. 413-415

KENNEDY D., « When Renewal Repeats: Thinking Against the Box », *NYUJILP*, 2000, 32, 2, p. 347.

KHALIL M., "Treatment of foreign investment in BITs", *ICSID Rev.-FILJ*, vol. 7, n° 2, 1992, pp. 339-383.

KLÄGER R., "Revising Treatment Standard – Fair and Equitable Treatment in Lights of Sustainable Development", in HINDELANG S., KRAJEWSKI M., *Shifting Paradigms in International Investment Law – More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, OUP, 2016, pp. 65-80.

KLEINHEISTERKAMP J., "Investment Protection and EU Law: The intra and extra EU Dimension of the Energy Charter Treaty", *JIEL*, vol. 15, mars 2012, pp. 85-109.

KNAHR C., "The Territorial Nexus between an investment and the host state", in BUNGENBERG M., GRIEBEL J., HOBE S. ea. (dirs.), *International investment law*, Nomos, 2015, pp. 590–597.

KOKOTT J., SOBOTTA C., « investment arbitration and EU law », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2016, pp 1-17 [<http://journals.cambridge.org/CEL>]

KOMURO N., "Rule of origin for goods and services – WTO origin agreement and GATS", in IRISH M. (dir.), *The Auto Pact: Investment, Labour, and the WTO*, Kluwer Law International, 2004, pp. 111-136.

KOSKENNIEMI M. ; LEINO P., « Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties », *Leiden J. Int'l L*, 2002. Pp. 553-561.

KOVAR R., « Nationalisations-privatisations et droit communautaire », in SCHWARZE Jürgen, European University Institute – European Policy Unit. (dirs.), *Discretionary Powers of the Member States in the Field of Economic Policies and Their Limits Under the Eec Treaty: Les Pouvoirs discrétionnaires des États membres de La Communauté Européenne dans Le Domaine de La Politique économique et Leurs Limites en vertu du Traité C.E.E. : Contributions to an International Colloquium of the European University Institute Held in Florence on 14–15 May 1987*, Nomos, 1988,

KRAJEWSKI M., “External Trade law and the Constitution Treaty: Towards a federal and more Democratic Common Commercial Policy”, *CML Rev.*, vol. 42, 2005, pp. 102-114

KRAJEWSKI M., « External Trade law and the Constitution Treaty: Towards a federal and more Democratic Common Commercial Policy », *CMLRev.* 2005, p. 112;

KRIEBAUM U., “FET and expropriation in the (Invisible) EU Model BI ”, *JWIT*, vol. 15, 2014, pp. 454-483

KRIEBAUM U., “FET and expropriation in the comprehensive Economic Trade Agreement between the European Union and Canada (CETA)”, *TDM*, 2016, [<https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2320>].

KURTZ J. “National treatment, foreign investment and regulatory autonomy: the research for protectionism or something more?”, in KAHN P., WÄLDE T. (eds) *New aspects of international investment law*, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 311–352

KURTZ J., “The merits and limits of comparativism: national treatment in international investment law and the WTO”, in SCHILL S (ed) *International investment law and comparative public law*, OUP, 2010, pp. 243–278

KURTZ J., “The use and abuse of WTO law in investor-state arbitration: competition and discontents”, *Eur J Int Law*, vol. 20, n°3, 2009, pp.749-771

LALIVE P., ‘The First “World Bank” Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) – Some Legal Problems’, *British Yearbook of International Law*, 1980, vol. 51, pp. 123–162.

LANKARANI L. “La nouvelle version de l’AECG, et l’arbitrage en matière d’investissement direct étranger”, in BLAIS A., *Accord économique et commercial global entre le Canada et l’Union européenne (AECG). Esprit et dynamique d’un bilatéralisme nouveau*, 2017, pp.437-472 [<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-03547767>]

LANKARANI L., « Les investissements internationaux : arbitrage et régulation », *LPA*, 2011, n° 119, p.8-13

LATTY F. « Discrete, mais envahissante : la clause de libre exploitation », *RGDIP*, 2015, 1, 179-195.

LATTY F., « Discrète mais envahissante : la clause de libre exploitation », *RGDIP*, 2015, pp. 179-196,

LAVERY R.A, “Coverage of Intellectual Property Rights in International Investment Agreements: An Empirical Analysis of Definitions in a Sample of Bilateral Investment Treaties and Free Trade Agreements”, *TDM*, 2009, [<https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1448>].

LAVRANOS N., « The Scope Of The Exclusive Jurisdiction Of The Court Of Justice », *European Law Review*, 2007, pp. 83-94

LEBEN C., « Introduction », in KESSEDJIAN K., LEBEN C. (dirs.), *Le Droit européen et l'investissement*, Éditions Panthéon Assas, 2009, p. 15.

LEE E., “Treaty Shopping in International Investment Arbitration: How often has it Occurred and how has it Been Perceived by Tribunals?”, London School of Economics and Political Science Working Papers Series 2015, n° 15–167, [<https://www.semanticscholar.org/paper/Treaty-Shopping-in-International-Investment-How-has-Lee/3a3dbc7504679fb9557d1cb719ec31a6b38a88e3>].

LENAERTS K., “Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights”, *European Constitutional Law Review*, vol. 8, 2012, pp. 375 -388.

LEROUX E.H., “What is a ‘service supplied in the exercise of governmental authority’ Under Article I:3 (b) and (c) of the General Agreement on Trade in Services?”, *Journal of World Trade Law*, vol. 40, n° 3, 2006, pp. 348–360.

LEVENTHAL, A.G, « Le Juge de l'exequatur devant la Sentence internationale et la décision d'annulation : une lecture de La Jurisprudence récente aux États-Unis », *Les Cahiers de L'arbitrage*, n° 2, 2018, pp. 273-292.

LÉVESQUE C., “Influences on the Canadian model FIPA and US model BIT: NAFTA Chapter 11 and beyond”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol.44, 2006, pp. 249-298

LEVESQUE C., “The challenges of “marrying” investment liberalization and protection in the Canada-EU CETA”, in BUNGENBERG M., REINISCH A. ET TIETJE C. (eds.) *EU and Investment Agreements – Open questions and Remaining Challenges*, Hart Publishing, 2013, pp. 121-144

LEVESQUE C., « Chronique de Droit international économique en 2010–2011 – investissement », *Canadian Yearbook of International Law/Annuaire Canadien de Droit International*, vol. 48, 2010, pp. 311–313.

LÉVESQUE C., NEWCOMBE A., “Commentary on the Canadian model foreign promotion and protection agreement”, in BROWN C. (dir.), *Commentaries on selected model investment treaties*, OUP, 2013, pp. 53-130

LI Y, “How international investment agreements have made debt restructuring even more difficult and costly”, *South Center, Investment Policy brief*, n° 12, février 2018, 9 p.

LIBERTI L, “Intellectual property rights in international investment agreements, an overview”, *TDM*, 2009, [<https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1451>].

LICKOVA M., « European exceptionalism in international law », *EJIL*, 19, p. 463 ;

LIM C.L., “Is the umbrella clause just another treaty clause? In alternative vision of the international investment law”, in *Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment, Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah*, CUP, 2016, pp. 349-376.

LUBY M., « Liberté d'établissement des sociétés et fusion transfrontalière », *D.*, n° 6, 2006, pp. 451-456.

LUCARELLI A., “Article 17 – Right to Property”, in MOCK W. (dir), *Human Rights in Europe*, Carolina Academic Press, 2010, pp. 106-116;

MADDALON P., « Réalité politique : qui organise l'accès au marché ? » in MICHEL V. (dir.), 1992-2012 : 20 ans de marché intérieur – Le marché intérieur entre réalité et utopie, Bruylant, 2014, pp. 83-102.

MALJEAN-DUBOIS S., MARTIN, J.-C., « L'affaire de l'usine Mox devant les tribunaux internationaux », *JDI*, 2007, 134, 2, pp.437-472

MANZINI P., « The priority of Pre-Existing Treaties of EC member States within the framework of International law », *EJIL*, 2001, p. 786.

MARON D., « Exploitation des machines à sous et libre prestation des services, la politique hongroise en sursis », *JADE*, 2015, [<https://revue-jade.eu/article/view/736>].

MARON D., « L'imposition forfaitaire des fonds d'investissement non transparents est contraire à la libre circulation des capitaux », *JADE*, 2014, [<https://revue-jade.eu/article/view/619>].

MATHIS J., LAURENZA E., “Services and Investment in the EU-South Korea Free Trade Area: Implications of a New Approach for GATS V Agreements and for Bilateral Investment Treaties”, *JWIT*, 13, 2012, pp. 157-185.

MAYDELL N., “The European Community’s Minimum Platform of Investment or the Trojan Horse of Investment Competence ”, in REINISCH A. et KNAHR C. (dir.), *International Investment Law in Context*, Eleven International Publishing, 2007, p. 73-92.

MAYDELL N., « The European Community’s Minimum platform on investment or the Trojan horse of investment competence » in REINISCH A., KNAHR C. (dirs.), *International Investment Law in Context*, Eleven International Publishing, 2008, 207 p.

MCDONNELL A., “Equality for Citizens in the EU: Where Did All the Flowers Go?”, in ROSSI L., CASOLARI F. (dir.), *The Principle of Equality in EU Law*, Springer, 2017, pp. 199-228.

MENJUCQ M., «La notion de siège social : une unité introuvable en droit international et communautaire», in COLLECTIF JURISCLASSEUR, *Droit et actualité : Études offertes à J. Béguin*, Litec, 2005, pp. 499-506.

MENJUCQ M., «La notion de siège social : une unité introuvable en droit international et communautaire», in COLLECTIF JURISCLASSEUR, *Droit et actualité : Études offertes à J. Béguin*, Litec, 2005, p. 499.

MESTRAL (de) A., «Is a Model EU BIT Possible – Or even Desirable ?», Columbia FDI Perspectives, n° 21, 24 mars 2010 [http://ccsi.columbia.edu/files/2014/01/FDI_21.pdf].

MESTRAL (De) A., «The Lisbon Treaty and the Expansion of EU Competence over Foreign Direct Investment», in SAUVANT K.P. (Dir.), *Yearbook on International Investment, Law & Policy*, OUP, 2009/2010 p. 6

MESTRAL (de) A., VANHONNAEKER L., “Exception clauses in mega-regionals (international investment protection and trade agreements)”, in RENSMANN T., *Mega-regional trade agreements and the future of international trade and investment law*, Springer, 2017, pp. 75-119.

MICHALET C-A, «Les métamorphoses de la mondialisation, une approche économique», in LOQUIN E, KESSEDJIAN C. (dirs.), *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, pp. 11 et s.

MOLA L., «Which role for the EU in the development of international investment law?», Society of International Economic Law – Working Paper, n° 26, 2008, p.4. Disponible en ligne sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1154583

MORE G., “The principle of equal treatment: from market unifier to fundamental right?”, in CRAIG P., BÚRCA (de) G. (dir.), *The evolution of EU law*, OUP, 1999, pp. 517–552

MORTENSON J.D., “Intellectual property as transnational investment, some preliminary observations”, TDM, 2009, [<https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1449>].

MORTENSON J.D., “The Meaning of ‘Investment’, ICSID’s Travaux and the Domain of International Investment Law”, *Harvard International Law J.*, n° 51, 2010, vol. 51, pp. 257–318.

MOUTON, J.-D., «Réflexions sur la nature de l’Union européenne à partir de l’arrêt *Rottmann* (CJUE, 2 mars 2010, aff. C-135/08)», *RGDIP*, vol. 114, n° 2, 2010, pp. 257-280.

MUCHLINSKI P. T., “The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now?”, *The International Lawyer*, vol. 34, n°3, 2000, pp. 1033-1053.

MUIR E., “Pursuing equality in the EU”, in ARNULL A., CHALMERS D. (dir.), *The Oxford handbook of European law*, OUP, 2015, pp. 919–942.

MUIR WATT H., « Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale », *RIDE*, 2013, 1-2, pp. 64-65

NANTEUIL (de) A., « La clause de déni des avantages (denial of benefits) », *Cahiers de l'arbitrage*, n° 4, 2012, pp. 913-919.

NEFRAMI E., « Renforcement des obligations des États membres dans le domaine des relations extérieures », *RTD eur.* 2009, p. 609.

NEFRAMI E., « L'accord sur l'Espace économique européen, porteur d'un statut propre d'État tiers », in BOSSE-PLATIERE I, RAPOPORT C., (dir.), *L'État tiers en droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2014, pp. 299-322.

NGO QUOC C., VAN ANH L., « Le chalandage des traités à l'épreuve des accords d'investissement de nouvelle génération », *RIDE*, N° 3, 2017, pp.85-108.

NICOLAÏDIS K., « Trusting the Poles? Constructing Europe through mutual recognition », *Journal of European Public Policy*, 2007, 14:5. pp. 682-698

NICOLAÏDIS, K., « We, the peoples of Europe' », *Foreign Affairs*, 2004, 83, 6, pp. 97 –110.

NIKIÈMA S., « Performance Requirements in Investment Treaties », in IISD, *Best Practice Series*, 2014, pp. 1-17, [<https://www.iisd.org/>]..

NIKIEMA S.H., « Bonnes Pratiques : Définition de l'investisseur », in IISD, *Best practices series*, 2012, pp. 1-20, [<https://www.iisd.org/>]..

NOLDE B., « La clause de la nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels », *RCADI*, 1932-I, pp. 1-130.

OLIVER P., “State Liability in Damages Following Factortame Ill: A Remedy”, in BEASTON J. (dir.), TRDIMAS T. (dir.), *New Directions in European Public Law*, Hart Publishing, 1998, pp. 49-56.

ORREGO VICUÑA F., “Regulatory Authority and Legitimate Expectations: Balancing the Rights of the State and the Individual under International Law in a Global Society”, in *International Law FORUM du droit international*, Kluwer Law international, vol. 5, n° 3, 2003, pp. 188- 197.

ORSINI A., MORIN J-F, YOUNG O., « Regime Complexes: a Buzz, a Boom, or a Boost for Global Governance? », *Global Governance*, 2013, vol. 19, p. 23.

ORTINO F., “Non-discriminatory treatment in investment disputes”, in DUPUY P.-M., FRANCONI F., PETERSMANN E.-U. (eds) *Human rights in international investment law and arbitration*, OUP, Oxford, 2009, pp. 344–366.

ORTINO F., SHEPPARD A.W., « International Agreements Covering Foreign Investment in Services: Patterns and Linkages », in BARTELS L., ORTINO F. (dirs.), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, OUP, 2006, p. 201.

ORTOLANI P., “Are bondholders investors? Sovereign debt and investment arbitration after Poštová”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 30, n°2, 2017, pp. 383-404.

PALOMBINO F.M., “FET and Proportionality”, in PALOMBINO F.M (DIR.), *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, T.M.C. Asser Press, 2008, pp. 123-142.

PARRA A., “Principles Governing Foreign Investment, as Reflected in National Investment Codes”, in SHIHATA I.F.I (ed.), *Legal treatment of Foreign Investment: The World Bank Guidelines*, Kluwer academic publisher, 1993, pp. 428-452.

PATAUT E. « La citoyenneté européenne : vers l'élaboration d'un statut personnel et familial ? », in FULCHIRON H., BIDAUD GARON C. (dir.), *Vers un statut européen de la famille ?*, Dalloz, 2014, pp. 97-111.

PAUWELYN J., « At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed », *ICSID Rev.*, 2014, vol. 29, no 2 : 1-47.

PAUWELYN J., « Bringing Fragmentation and Unity: International Law as A Universe of Inter-Connected Islands », *Mich. J. Int'l L.*, 2004, vol. 24, 5, pp. 903-916.

PAUWELYN J., « At the edge of chaos ? Foreign investment law as a complex adaptative system. How it emerged and how it can be reformed », *ICSID Rev.*, 2014, vol. 29, 2, pp. 1-47.

PAUWELYN J., « Bringing fragmentation and unity : International law as a universe of inter-connected Islands », *Mich. J. Int'l L.*, 2004, vol 24, 5, pp. 903-916.

PEERS S. et PRECHAL S., “Article 52 Scope and Interpretation of Rights and Principles”, in PEERS S., HERVEY T., KENNER J. et WARD A. (dir), *The EU Charter of Fundamental Rights A Commentary*, Hart Publishing, 2014, pp. 1455-1522.

PELLET A., « Notes sur la 'fragmentation' du droit international' : Droit des investissements internationaux et droits de l'homme », in DUPUY P-M., ALLAND D., CHETAIL V., FROUVILLE O., VIÑUALES J.E., *Unité et diversité du droit international: écrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Martinus Nijhoff, p. 757.

PESCATORE P., « Les principes généraux du droit en tant que source du droit communautaire », in PESCATORE P. (dir), *Études de droit communautaire européen 1962 – 2007*, Bruylant, 2008, pp. 691-730.

PICHERACK JR., “The expanding scope of the fair and equitable treatment standard: have recent tribunals gone too far?”, *JWIT*, vol. 9, n°4, 2008, pp. 255-291.

PICOD F., « Investissement et libre circulation des capitaux au sein de l'Union européenne », *RAE – LEA*, n° 4, 2014, pp. 669- 687.

POLASEK M., “Champion Trading Company and others v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/02/9)”, *ICSID rev. – FILJ*, vol. 19, n° 1, 2004, pp. 272–274.

POULAIN B., « *l'applicabilité des TBI intracommunautaire : un tribunal ad hoc rejette la thèse de l'abrogation implicite et souligne la complémentarité des TBI avec le droit communautaire* », *Revue de l'arbitrage*, 2011, n°1, p. 259

POULAIN B., « L'investissement international : définition ou définitions ? », in KHAN P., WÄLDE T.W. (dir.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff, 2007, p. 123.

POULAIN B., « Quelques interrogations sur le statut des Traités Bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union Européenne », *RGDIP*, 2007, p. 803.

PRIETO C., « Entrave et accès au marché », in AZOULAI L. (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant, pp. 73-95.

RAPOPORT C., « Nationalité : l'ambivalence du critère de nationalité en droit de l'Union européenne », in Lalumière C. (préf.), *Abécédaire de droit de l'Union européenne, en l'honneur de Catherine Flaesch-Mougin*, Presse Universitaire de Rennes, 2017, pp. 367-378.

RAUSTIALA K., VICTOR D., « The Regime Complex for Plant Genetic Resources », *International Organization*, 2004, vol. 58, 2, pp. 277-309

REICH, N., "Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union – the Laval and Viking Cases before the ECJ", *German Law Journal*, 2008, pp. 125-161.

REINISCH A. "National treatment", in BUNGENBERG M., GRIEBEL J., HOBE S., REINISCH A. (dir.), *International investment law: a handbook*. C.H. BECK-Hart-Nomos, 2015, pp. 846-869.

REINISCH A., « Putting the Pieces Together... an eu Model bit? », *JWIT*, 2014 vol. 15, 3-4, 679-704.

REYNOLDS S., "Explaining the Constitutional Drivers Behind a Perceived Judicial Preference for Free Movement over Fundamental Rights", *CMLR*, Vol. 53, n° 3, pp. 643-677.

RIETLING D., « Les États membres face à l'entrave », in AZOULAI L., *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant, 2011, pp. 315.

ROBERT-CUENDET S., « Les investissements intra-communautaires entre droit communautaire et accords internationaux sur l'investissement : concilier l'inconciliable ? », *RGDIP*, vol.115, n° 4, 2011, pp. 853-895.

SABAHI B., "National treatment – is discriminatory intent relevant?", in WEILER T. (dir) *Investment treaty arbitration and international law*, *JurisNet* vol. 1, 2008, pp. 269-297.

SACERDOTI G., "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection", *RCADI*, vol. 269, 1997, pp. 251-460.

SALACUSE J., “Towards a Global Treaty on Foreign Investment: the Search for a Grand Bargain”, in HORN N. (dir.), *Arbitrating foreign Investment Disputes, Procedural and substantive legal aspects*, Kluwer Law International, 2004, pp. 51-88.

SALACUSE J.W., SULLIVAN N.P., “Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their Grand Bargain”, *Harvard International Law Journal*, vol. 46, n° 1, 2005, pp. 67-130.

SANTULLI P., « Le traitement juste et équitable : stipulation particulière ou principe général de bonne conduite ? », *RGDIP*, vol. 119, n° 1, 2015, pp. 69-85.

SATTOROVA M., “Investor Rights under EU Law and International Investment Law”, *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 17, n° 6, 2016, pp. 895-918

SAUVANT K.P., CHEN H., “A China-us Bilateral Investment Treaty : A Template for a Multilateral Framework for Investment?”, *Columbia FDI Perspective*, n° 85, 17 décembre 2012, [<https://ccsi.columbia.edu/content/no-85-china-us-bilateral-investment-treaty-template-multilateral-framework-investment-karl>].

SCHEUCH A., “Konzernrecht : An Overview of the German Regulation of Corporate Groups and Resulting Liability Issues”, *European Company Law*, 2016, vol. 13, n° 5, pp. 191-198.

SCHILL S., “Fair and equitable treatment as an embodiment of the rule of law”, in HOFMANN R., TAMS C. (dir.), *The international convention on the settlement of investment disputes (ICSID): taking Stock after 40 years*, Nomos, 2007, pp. 31-72.

SCHILL S., “Fair and equitable treatment as an embodiment”, *IIIJ*, Working Paper 2006/6, Global Administrative Law Series, 2006.

SCHILL S.W., “Fair and Equitable Treatment, The rule of Law and Comparative Public Law”, in SCHILL S.W. (dir.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, OUP, 2010, pp. 151-182.

SCHLEMMER E.C., “Investment, Investor, Nationality and Shareholders”, in SCHREUER C., ORTINO F., MUNCHLINSKI P. (dirs.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, OUP, 2008, pp. 49-88.

SCHMIDT, S.K., « Mutual recognition as a new mode of governance », *Journal of European Public Policy*, 2007, 14, 5, pp. 667-81

SCHNEIDERMAN D., « The paranoid style of investment lawyers and arbitrators : investment law norm entrepreneur and their critics », in LIM C.L., *Alternative visions of the international law on foreign investment – Essays in honour of Muthucumaraswamy Sornarajah*, CUP, 2016, pp. 131-155.

SCHOKKAERT J., HECKSVHER Y., “Protected Investors Nationality”, *JWIT*, vol. 10, n°5, 2009, pp. 699-722.

SCHREUER C., « Commentary on the ICSID Convention: Article 25 », *ICSID Rev. — FILJ*, Vol. 11, No. 2, 1996, pp. 318-492.

SCHREUER C.H, MALINTOPPI L, REINISCH A, SINCLAIR A, “Article 25 – Jurisdiction”, in *The ICSID Convention: A Commentary*, 2009, pp. 228-274

SCHUTZE R., “Three “Bills of Rights” for the European Union », *Yearbook of European Law*”, vol. 30, 2011, pp. 131-158.

SCHWARZENBERGER G., “The principles and standards of international economic law”, *RCADI*, 1966, vol. 117, 1966, pp. 1-98.

SEELIG M.L., “Can patent revocation or invalidation constitute a form of expropriation”, *TDM*, n° 6, 2009, 6, [<https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1453>].

SHAN W., « From North-South Divide to Private-Public Debate : Revival of the Calvo Doctrine and the Changing Landscape in International Investment Law », *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2007, 27, 3, p. 631

SHAN W., ZHANG S. « *The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy* », *EJIL*, 2010, Vol. 21, n° 4, p. 1057

SHAN W., ZHANG S., “Market access provisions in the potential EU model BIT: towards a ‘global BIT 2.0?’”, *JWIT*, vol. 15, n° 3-4, 2014, pp. 422-453.

SHAN W., ZHANG S., “The treaty of Lisbon: half way toward a common investment policy”, *EJIL*, vol.21, n° 4, 2011, pp. 1049-1073.

SHIATA I., “Recent trends relating to entry of foreign direct investment”, *ICSID rev.*, vol. 9, n°1, 1994, pp. 47-70.

SHOCKWEILER F., « La portée du principe de non-discrimination dans l’article 7 du traité CEE », *Rivista di diritto europeo*, 30/31, 1991, pp.

SILVA ROMERO E. « Dogmatisme et pragmatisme dans l’arbitrage international », in *Mélanges Pierre Mayer*, pp. 833-844.

SINKONDO M., « Un élixir de sagesse pour une vieille canaille : la notion d’investissement saisie par le droit international » in CAUSSE H., SINKONDO M. (dirs.), *Le concept d’investissement : regards croisés des droits internes, international et communautaire*, Bruylant, 2011, pp. 1-29.

SKINNER M., MILES C.A., LUTTRELL S., “Access and Advantage in Investor-State Arbitration: The Law and Practice of Treaty Shopping”, *Journal of World Energy Law and Business*, vol. 3, n°3, 2010, pp. 260-285.

SOHN L. B., BAXTER R. R., « Responsibility of States for injuries to the Economic Interests of Aliens », *AJIL*, 1961, p. 545

SPAVENTA E., « Leaving Keck Behind? The Free Movement of Goods After the Rulings in Commission v. Italy and Mickelsson and Roos », *ELRev*, 2009, vol., n° 6, pp. 914-932.

STERN B., « Préface », in ROBERT-CUENDET S. (dir.), *Droit des investissements internationaux, perspectives croisées*, Bruylant, 2017, pp. 5-8 ;

STERN B., « Les problèmes de nationalité des personnes physiques et de contrôle des personnes morales devant le Tribunal des différends irano-américains », *AFDI*, vol. 30, 1984, pp. 425-445.

STONE SWEET A., CANANEA(DELLE) D., “Proportionality, General Principles of Law, and Investor-State Arbitration: A Response to Jose Alvarez”, *New York University Journal of International Law and Politics*”, vol. 46, 3, 2024, pp. 916-954.

STONE SWEET A., MATHEWS J., “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, 2008, pp. 73-162.

SYRPIS AJ. P, NOVITZ T., “Economic and Social Rights in Conflict: Political and Judicial Approaches to Their Reconciliation”, *ELRev*, vol. 33, p2008, 33, pp. 411-426.

SZEPESI S., ‘Investment’, in EUROPEAN CENTRE FOR DEVELOPMENT POLICY MANAGEMENT (dir.), *Comparing EU Free Trade Agreements*, InBrief n° 6 D, 2004, 8 p.

TABET S. « Application de l’obligation de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale en matière d’investissement. Nouveaux problèmes à la lumière de la jurisprudence de l’OMC », in KAHN P., WÄLDE T. (eds) *New aspects of international investment law*, Brill, 2007, pp. 353–390

TABET S., “Beyond the smoking gun – is a discriminatory objective necessary to find a breach of national treatment?”, in WEILER T. (ed) *Investment treaty arbitration and international law*, vol. 1. JurisNet, 2008, pp. 299–313.

TEYNIER E., « L’applicabilité des Traités Bilatéraux sur les investissements entre États membres de l’Union », *Gazette du Palais*, 2008, n° 89, p. 14

TITI C., « Full Protection and Security, Arbitrary or Discriminatory Treatment and the Invisible eu Model bit », *JWIT*, vol. 15, 3-4, pp. 534-550 ;

TRANSPARENCY INTERNATIONAL, GLOBAL WITNESS, *European Getaway – Inside the Murky World of Golden Visas*, Octobre 2018, [https://images.transparencycdn.org/Images/2018_report_GoldenVisas_English.pdf].

TRIANAFYLLOU D., “The European Charter of Fundamental Rights and the “Rule of Law”: Restricting fundamental Rights by Reference”, *Common Market Law Review*, vol. 39, 2002, pp. 53-64.

TRIDIMAS T., «judicial review and the community judicature : Towards a new European constitutionalism ? », *Turku Law Journal*, n°3, 2001, pp. 119-129.

TUERK E., OSTROVSKY A., SPEED R., 'GATS and its impact on Private Sector participation in water services', in BROWN WEISS E., BOISSON DE CHAZOURNES L., BERNASCONI-OSTERWALDER N. (dir.), *Fresh Water and international Economic Law*, Oxford, 2008, pp. 143-172.

TZANAKOPOULOS A., "National treatment and MFN in the (invisible) EU Model BIT", *J World Invest Trade*, 2014, vol.15, pp. 484-505.

ÜNÜVAR G., "Is CETA the promised breakthrough? Interpretation and evolution of fair and equitable treatment and indirect expropriation provisions", in ANDENAS M., PANTALEO L. (dir.), *The EU as an actor in international economic law*, TMC Asser Press, 2017

ÜNÜVAR G., 'The Vague Meaning of Fair and Equitable Treatment Principle in Investment Arbitration and New Generation Clarifications', *Courts Working Paper Series*, vol. 55, n°2, 2016, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2774078].

USHER J., "The Evolution of the Free Movement of Capital", *Fordham International Law Journal*, vol. 31, n° 5, 2008, pp.1533-1570.

USTOR E., "First report on the most-favoured-nation clause", *Yearb Int Law Comm*, n°II, 1969, pp. 157-186.

VADCAR C., « Un cadre communautaire pour l'investissement ? », *RMCE*, n° 448, 2001, pp. 332-342.

VAN GERVEN W., « Of rights, Remedies, and Procedures », *CML Rev*, vol.37, n° 3, 2000, pp. 501-536.

VAN HARTEN G., « The EU-Canada joint interpretive declaration/instrument on the CETA », *Osgoode Legal Studies Research Paper*, n°6, 2017, [<https://ssrn.com/abstract=2850281>].

VANDENBERGHE J., 'The single common market organization regulation' in MCMAHON J., CARDWELL M. (dir.), *Research handbook on EU agriculture law*, Edward Elgar Publishing, 2015, pp. 62-85.

VANDEVELDE K.J. « A brief History of International Investment Agreements Symposium », *UC Davis Journal of International Law & Policy*, 2005, 12, 1, pp. 157-192, disponible sur <https://papers.ssrn.com/>

VANDEVELDE K.J., « The liberal vision of the international law on foreign investment », in LIM C.L., *Alternative visions of the international law on foreign investment – Essays in honour of Muthucumaraswamy Sornarajah*, CUP, 2016, pp. 43-68.

VANDEVELDE K.J., "A unified theory of fair and equitable treatment", *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 43, 2010, pp. 52 et 106.

VERHOEVEN, J., « Sur les relations entre le juge communautaire et les autorités internationales », *AFDI*, 2008,

VIGNES D-H., « La libération de l'établissement et des services dans la Communauté Economique Européenne », *AFDI*, vol. 7, 1961, pp. 668-725.

VIS-DUMBAR D., « *European Governments defend BITs in lawsuit brought by EU executive branch* », *Investment Treaty News*, 16 mars 2007, disponible en ligne sur: <www.iisd.org/pdf/2007/itn_mar16_2007.pdf (accessed on 26 May 2010)>.

WADDINGTON L., "The expanding role of the equality principle in European Union law", in *Policy Paper Series on Constitutional Reform in the EU 2003/04*, European University Institute, Robert Schuman Centre of Advanced Studies, 2003

WÄLDE T., "The Energy Charter Treaty", in REDGWELL C. (dir), *Energy Law in Europe*, Oxford, 2001, pp. 171-211.

WÄLDE T.W., "International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty-Legal, Negotiating and Policy Implications for International Investors within Western and Commonwealth of Independent States/Eastern European Countries", *JWIT*, vol. 29, n° 5, 1995,

WALLACE D. JR., BAILEY D.B., "The inevitability of national treatment of foreign direct investment with increasingly few and narrow exceptions", *Cornell Int Law J*, vol. 31, 1998, pp. 615-630

WARD A., "Access to Justice", in PEERS S., WARD A. (dir.), *The EU Charter of Fundamental Rights, Politics, Law and Policy*, Oxford, Hart, 2004, pp. 123-140.

WEDEMAIER MC, "Disputing Boilerplate", *Temple Law Review*, vol. 82, 2009, pp. 1-54.

WEIL P., « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*. 1982, p. 5.

WEILER T., "Methanex Corp. v. USA – turning the page on NAFTA chapter eleven", *J World Invest Trade*, n°6, 2005, pp. 903–921

WEILER T., "Saving Oscar Chinn: non-discrimination in international investment law", in WEILER T. (ed), *International investment law and arbitration: leading cases from the ICSID, NAFTA, bilateral treaties and customary international law*, Cameron May, London, 2005, pp. 557–595.

WEISS F, STEINER S., « The investment regime under Article 207 of the TFEU – a legal conundrum : the scope of "foreign direct investment" and the future of intra-EU BITs », in BAETENS F. (Dir.) *Investment Law within International law*, CUP, 2013, p.357

WENHUA SHAN and SHENG ZHANG, "The Treaty of Lisbon: Half Way Toward a Common Investment Policy", *European Journal of International Law*, vol. 21, n° 4, 2010, pp. 1049-1073.

WENHUA SHAN, “Towards a Common European Community Policy on Investment Issues”, JWIT. Vol. 2, n° 3, pp. 603-625.

WILLIAMS D.A.R., FOOTES., “Recent developments in the approach to identifying an ‘investment’ pursuant to Article 25 (1) of the ICSID Convention”, in BROWN C., MILES K., *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, CUP, 2011, pp. P. 42-64.

WÖLKER U., « *The EU as a Player in the BIT Arena: Current and Future Legal Challenges* », ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 24, n° 2, 2007, p. 435

WOUTERS J., ‘Constitutional limits of differentiation: the principle of equality’, in WITTE (de) B. e.a (dir.), *The many faces of differentiation in EU law*, Intersentia 2001, pp. 301–345.

YANNACA-SMALL C., OCDE, « Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements », in OCDE (dir.), *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*, OCDE, 2008,

§7. Rapports et communications et autres

BURRI S., PRECHAL S., *L'égalité des genres dans le droit de l'UE*, Commission européenne, 2014 (Mise à jour de 2013 du rapport commandé par la Commission en 2008).

KRAJEWSKI M., “Model Clauses for the Exclusion of Public Services from Trade and Investment Agreements”, *étude commandée par la Chambre du travail de Vienne et la Fédération syndicale européenne des services publics*, 2 février 2016, [<https://ssrn.com/abstract=2892522>].

LALUMIERE C., LANDAU J-P, *Rapport sur l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI)*, Rapport intérimaire à la Cour des comptes française, septembre 1998, 34 p.

MAHIOU A., « La déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international », General Assembly resolution 3201 (S-VI), 1^{er} mai 1974.

SAUVANT K.P., *Le Groupe des 77 à ses débuts* », Chroniques ONU, 2014, disponible en ligne sur <https://www.un.org/fr/chronicle/>.

HAFNER G., « Risks Ensuing from Fragmentation of International Law », in AG ONU, *Report Of The International Law Commission On Its 52nd Session*, U.N. GAOR, 55th Sess., U.N. Doc. A/55/10, 2002, p. 325.

SADC Model Bilateral Investment Treaty Template With Commentary, éd. SADC Headquarters, Southern African Development Community, juillet 2012

OCDE, *La norme de traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, Édition OCDE, septembre 2004, 2004/3, 44 p. [<https://doi.org/10.1787/616018623408>]

INDEX

Abus de droit : 259-260 ; 653-657

Admission de l'investissement : 272 ; 283 ; 301-303

Application régulière de la loi : 609-641

Bonne administration (principe de) : 515 ; 595 ; 609-641

Charte des droits fondamentaux : 281 ; 346 ; 354 ; 434 ; 443 ; 594 ; 600 ; 611 ; 613 ; 620 ; 653 ; 678 ; 741 ; 761 ; 803

Clause anti contournement : 260 ; 328

Clause d'exception : 271 ; 671 ; 727 ; 738

Clause umbrella : 578 ; 581-582 ; 610

Clause de déni des avantages : 261-271

Compétence des Etats

- Compétence exclusive : 42 ; 45 ; 52 ; 189 ; 284 ; 675 ; 677 ; 741 ; 746-757
- Compétence implicite : 41 ; 45
- Compétence partagée : 41 ; 42 ; 46 ; 49

Confiance mutuelle (principe de) : 27 ; 31 ; 33 ; 196 ; 816

Contrats d'État / de concession : 18 ; 36 ; 97-102 ; 113 ; 115 ; 134 ; 142

Contrôle et détention de l'investissement

- Contrôle/détention : 95 ; 114 ; 125 ; 203 ; 207 ; 227-228 ; 241 ; 242-253 ; 256-257 ; 262 ; 264 ; 269 ; 696

Déni de justice : 543 ; 554-560 ; 611-626 ; 631

Développement : (critère du) : 39 ; 120-121 ; 161 ; 164 ; 168 ; 172 ; 435 ; 498 ; 532

Droit à réglementer : 478 ; 491-506 ; 509-511 ; 570

Droit international coutumier : 17 ; 18 ; 200 ; 275 ; 517 ; 520 ; 524 ; 525 ; 534 ; 539 ; 684

Droits acquis : 638 ; 640 ; 768 ; 775 ; 801

Droits fondamentaux : 353-354 ; 364 ; 443 ; 450 ; 453-457 ; 498 ; 592-595 ; 597 ; 624 ; 659-660 ; 668 ; 696 ; 809-810

Effectivité (investissement) : 18 ; 69 ; 105

Effectivité (investisseur) : 18 ; 180 ; 184 ; 190-193 ; 208-211 ; 230-239 ; 254-271 ; 328 ; 333

Égalité (principe d') : 30-32 ; 40 ; 52 ; 335 ; 337-371 ; 393 ; 398 ; 403 ; 510 ; 599 ; 602 ; 605 ; 625 ; 632

Engagements contractuels (protection) : 97 ; 540 ; 565-566 ; 578-582 ; 632

Entrave (définition / justification) : 279-80 ; 302 ; 323 ; 357 ; 363 ; 366 ; 417-418 ; 442 ; 453 ; 524

Épuisement des voies de recours internes : 24 ; 621

Etat d'accueil : 110 ; 140 ; 161 ; 279 ; 283 ; 301 ; 350 ; 568 ; 574 ; 702

Exigences de performance (Prescriptions de résultat) : 36, 210, 411, 413, (486).

Expropriation

- Directe : 679, 683, 696, 708, 756, 765, 778, 781-784.
- Indirect : 511, 679, 680, 683, 685, 688-713, 725, 729, 735-737, 756, 764, 778, 780, 785, 812.
- Compensation : 511, 674, 679, 684, 686, 774, 785, 793, 799-800.

Fonctionnalisme : 31, 107, 340, 348-356, 772.

Forum shopping (treaty shopping): 410, (183, 195, 201, 217, 235, 238-239, 256, 328, 410).

Fragmentation du droit international: 6, 8, 10, 57, 816.

Garanties procédurales : 22, 32, 595, 611, 629.

Gravité (seuil) : 557-558, 563, 649, 657.

Intérêt légitime/général : 432-444, 478, 671, 687, 701, 742, 798, 803, 815 / 438, 441, 654, 660, 662, 667, 679-680, 686, 731, 736, 769, 794.

Investissement (définition)

- Investissement direct étranger : 84-91.
- Investissement indirect étranger (*de portefeuille*) : 103-106

Liberté d'investir : 69, 180-181, 271-326, 354, 417, 425, 454, 508-509, 818.

Lien effectif : 231, 240-253.

Liste d'exclusion (secteurs exclus) : 424-432, 462-469.

Participation au risque : 100, 165.

Prescriptions de résultat : 298, 411-418 ; 471, 510.

Principe de proportionnalité : 512, 515, 589-590, 642, 653, 65-671, 678, 680, 709-713, 715, 740, 785-786, 788, 793-795, 802-804.

Principes généraux du droit de l'Union européenne : 346, 443, 590, 627, 745.

Propriété intellectuelle (droits) : 44, 105, 138, 143-147, 668, 715, 736-739, 750-752, 770, 773, 780.

Propriété privée (Protection) : 512, 681, 686, 744-762, 810, 813.

Recours effectif : 57, 614, 623, 646-647, 651, 668.

Régime complexe : 67, 712, 715, 817.

Sécurité juridique : 567-577, 585, 597, 606, 630-635, 657

Territoire (de l'Union européenne) : 223, 317-326.

Traitement arbitraire ou discriminatoire : 544-553.

Traitement de la nation la plus favorisée : 223, 317-326, 335, 372, 386, 392-410, 476.

Traitement juste et équitable : 22, 56, 474, 496, 504, 514-585, 586, 588, 610, 631, 673, 699, 701, 815.

Traitement national : 288, 293-295, 335, 372-373, 377, 386, 389, 396, 399, 465, 468, 476.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	I
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS ET ACRONYMES.....	III
SOMMAIRE	VII
INTRODUCTION	1
§1. L'ignorance de deux fragments : la coexistence d'un droit de la protection et d'un droit de la libéralisation.....	9
A. Le droit international des investissements étrangers, un « fragment simple » porté vers la protection de l'investissement étranger.....	9
1. La défiance comme fondement du Droit international de l'investissement.....	10
2. La protection comme objet d'un Droit bilatéral	13
a. Des normes succinctes de protection de l'investissement.....	13
b. Un bilatéralisme révélateur des clivages	15
B. Le Droit de l'Union européenne, un « fragment complexe » porté vers la libéralisation de l'investissement étranger	18
1. La confiance comme fondement du Droit de l'Union européenne	18
2. La libéralisation comme objet d'un droit dynamique	22
§2. La convergence entre le Droit européen et le Droit international de l'investissement et l'intérêt de l'étude	25
A. La compétence de l'Union européenne en matière d'investissement étranger	27
B. La compatibilité du Droit international et du Droit européen des investissements étrangers	34
§3. La théorie des complexes de régime comme grille d'analyse du droit européen des investissements étrangers.....	40
A. La problématique soulevée	41
B. La méthode employée.....	42
C. Les objectifs poursuivis	45
 PARTIE 1. LA LIBERALISATION DE L'INVESTISSEMENT ET LA DEFINITION DU CHAMP D'APPLICATION DU DROIT EUROPEEN DES INVESTISSEMENTS	47
<i>CHAPITRE 1. Les difficultés d'appréhension d'une conception objective de l'investissement.....</i>	<i>51</i>
SECTION 1. L'investissement étranger, objet indirect de la réglementation interne.....	53
§4. La diversité des « situations » et des activités d'investissement.....	53
A. L'appréhension globale des investissements directs étrangers	54
1. La notion d'investissement direct étranger dans le cadre de la libre circulation des capitaux	54
2. L'identification de la notion d'investissement direct au travers de la liberté d'établissement.....	57
3. Liberté de prestation et investissements sous forme de concessions et de contrats d'État.....	59
B. Investissements de portefeuille et autres formes d'opérations commerciales.....	62
§5. L'absence d'une conception unifiée de l'investissement	64

A.	L'investissement comme une activité économique	65
B.	L'inconsistance de critères fonctionnels	67
SECTION 2.	Les insuffisances dans la construction d'une définition objective en externe	75
§1.	L'investissement, nouvel objet de la réglementation externe	75
A.	L'identification indirecte dans les accords antérieurs au Traité de Lisbonne	76
B.	L'identification directe d'opérations d'investissements dans les accords postérieurs au Traité de Lisbonne	79
1.	L'interprétation des exemples d'investissements	79
a.	Les opérations identifiées explicitement	79
a.	Entreprise	80
b.	Concessions	81
c.	Créances de somme d'argent ou droits à une prestation en vertu d'un contrat	82
d.	Droits de propriété intellectuelle et autres biens	83
b.	Les opérations non mentionnées explicitement	85
a.	Dette souveraine	85
b.	Jugements et sentences arbitrales	86
2.	La pertinence de la liste	87
§2.	L'ambiguïté des critères de définition objective	89
A.	Une consécration timide du <i>test Salini</i> ?	90
B.	L'interprétation des critères de l'investissement	94
Conclusion du chapitre		97
CHAPITRE 2.	<i>La diversité des facteurs de rattachement de l'investissement étranger couvert</i>	99
SECTION 1.	La volonté d'encadrement de l'investisseur étranger couvert	101
§1.	Le libéralisme des critères de rattachements en interne	102
A.	Le formalisme circonstancié du rattachement des personnes physiques	103
B.	La diversité des critères de rattachement des personnes morales	107
C.	La non-pertinence de la nationalité comme critère de rattachement pour la libre circulation des capitaux	113
§2.	L'encadrement progressif de la notion d'investisseur étranger dans les accords externes	115
A.	L'approfondissement de solutions de rattachements volontaristes	115
1.	Le rattachement des personnes physiques	116
2.	Le particularisme induit par le champ d'application <i>ratione personae</i> de la liberté de circulation des capitaux	117
3.	Le rattachement des personnes morales	122
B.	La substantialisation de la notion d'investisseur étranger	123
1.	L'exigence circonstanciée d'effectivité du rattachement de l'investisseur	124
2.	L'exigence indécise d'un lien effectif entre l'investisseur et l'investissement	127
a.	Les différentes formes de détention : propriété et contrôle	127
b.	Investissement indirect et caractérisation de la détention	130
3.	La sanction de l'effectivité de la qualité d'investisseur par le recours aux clauses anti-contournement	132
a.	La prévisibilité du différend et les clauses anti-contournement	133
b.	La Clause de déni des avantages	136
SECTION 2.	L'affirmation d'une liberté d'investir facteur d'extension du champ d'application	143

§1. L'intégration de la phase de préinvestissement.....	143
A. La libéralisation des activités d'investissement entre les États membres et la libéralisation consécutive de l'investissement	144
B. L'approfondissement de la liberté d'investir dans les accords externes de l'Union 148	
1. La libéralisation des activités d'investissements dans les accords commerciaux européens.....	149
2. L'individualisation d'une liberté d'investir dans les accords d'investissement européens.....	151
§2. L'extension corollaire des acteurs de l'investissement	155
A. L'admission de l'investissement et la notion d'investisseur futur	156
B. La multiplication des débiteurs de la liberté d'investisseur	157
1. La conception extensive de l'État.....	157
2. L'Union européenne, débiteur potentiel.....	158
3. Les personnes privées et la question de l'effet direct horizontal du droit européen	159
§3. La conception dynamique du territoire européen de l'investissement	161
A. Un territoire européen polymorphe	162
B. La conception extensive du critère de franchissement de la frontière	163
Conclusion du chapitre	167
CONCLUSION DE LA PARTIE 1	169
PARTIE 2. LE REGIME DE LA LIBERALISATION ET LES GARANTIES D'ADMISSION.....	171
<i>CHAPITRE 1. La conception dynamique de la non-discrimination</i>	<i>175</i>
SECTION 1. Un principe de non-discrimination globalisant en droit interne.....	177
§1. L'immanence du principe de non-discrimination dans la construction du marché intérieur	177
A. L'égalité en tant que principe général du droit de l'Union européenne ..	178
B. Le fonctionnalisme latent du principe de non-discrimination.....	181
§2. Les diverses manifestations de la non-discrimination à l'égard de l'investissement étranger.....	184
A. La réalisation de la libéralisation dans la prohibition des discriminations formelles.....	185
B. La réalisation de la libéralisation au-delà des discriminations formelles	187
SECTION 2. La formulation traditionnelle de la non-discrimination dans les accords externes 191	
§1. La conception extensive du traitement national.....	192
A. L'identification d'un comparateur national ou la question des circonstances similaires.....	193
B. L'examen du traitement moins favorable	196
§2. Les tentatives de délimitation du traitement de la nation la plus favorisée	199
A. La Formulation de la clause NPF dans les accords européens	200
B. L'insertion originale de limitations	205
§3. L'effectivité de l'accès au marché comme facteur de dépassement de la non-discrimination.....	207
Conclusion du chapitre	211

CHAPITRE 2. <i>La relativité de la marge de manœuvre étatique en matière d'admission</i>	213
SECTION 1. La subsidiarité de la capacité réglementaire étatique en interne.....	215
§1. La reconnaissance d'une réserve de compétence nationale	215
A. Les secteurs exclus de la libéralisation des investissements	215
1. L'identification complexe des compétences exclusives de l'État.....	215
2. L'aménagement de domaines de réserves de compétences nationales	216
B. L'identification d'intérêts légitimes concurrents.....	218
1. La formulation de politiques concurrentes	218
2. La formulation d'exceptions aux garanties de l'investissement.....	219
§2. L'encadrement strict de la capacité réglementaire	222
A. L'applicabilité extensive du droit européen des investissements	223
B. L'interprétation stricte des clauses d'exception	224
SECTION 2. L'extension de la capacité réglementaire en externe.....	229
§1. La modulation de la non-discrimination comme reflet de la flexibilité du droit européen des investissements	229
A. L'incertitude dans la reprise des listes d'engagements des secteurs libéralisés....	230
B. La multiplication des réserves aux garanties de non-discrimination.....	233
§2. L'affirmation explicite du droit de réglementer des Etats.....	237
A. La réaffirmation des clauses générales d'exceptions des ALE	237
B. L'affirmation en principe général du droit à réglementer de l'Etat.....	242
1. Le droit de réglementer comme objectif des accords d'investissement européen	243
2. La consécration explicite dans les AII de l'UE d'une clause « droit de réglementer »	246
Conclusion du chapitre	249
CONCLUSION DE LA PARTIE 2	251
PARTIE 3. LA REDEFINITION CONSECUTIVE DES NORMES DE TRAITEMENT ET DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ETRANGERS	253
CHAPITRE 1. <i>La redéfinition aux fins d'encadrement des normes de traitement</i>	257
SECTION 1. Un encadrement précurseur du traitement juste et équitable dans les accords externes	259
§1. L'atypisme d'une clause fermée.....	260
A. Une solution de compromis	260
1. Un compromis circonstanciel.....	261
2. Un modèle de clause qualifiée atypique dans le régime international	263
B. Une liste reflet de la pratique étatique.....	266
§2. La promotion d'une clause strictement qualifiée.....	268
A. La définition stricte du contenu de la clause de traitement juste et équitable	269
1. Un contenu limité strictement défini	270
a. L'interdiction des traitements arbitraires.....	271
b. L'interdiction du déni de justice ou de toute application irrégulière du droit	275
2. Un seuil élevé d'engagement de la responsabilité.....	279
B. L'encadrement des éléments connexes à l'obligation de traitement.....	281
1. Pleine et entière protection et sécurité et attentes légitimes	282

a. L'autonomisation restrictive de l'obligation de pleine et entière protection et sécurité	282
b. Une prise en compte relativisée des attentes légitimes	284
2. Respect des engagements contractuels	287
SECTION 2. L'équilibre contextuel des normes de traitement de l'investissement en interne	293
§1. L'étendue matérielle des garanties de traitement de l'investissement.....	295
A. La prohibition des traitements arbitraires et la protection de la personne de l'investisseur	297
1. L'interdiction des traitements discriminatoires comme outils privilégiés de traitement des investisseurs.....	298
2. La protection physique de l'investisseur et la prohibition des traitements arbitraires au-delà de la non-discrimination.....	301
B. L'application régulière de la loi et les garanties de traitement des intérêts de l'investissement	302
1. Le principe de bonne administration comme vecteur d'une protection protéiforme de l'interdiction du déni de justice	304
a. Le droit d'être entendu dans les procédures administratives	304
b. Le droit à un recours juridictionnel effectif.....	307
2. Le principe de bonne administration comme vecteur d'une conception extensive de l'obligation d'application régulière de la loi.....	311
a. La plasticité du principe de bonne administration.....	311
b. La protection des attentes légitimes et de tout autre engagement	313
§2. La préservation des intérêts étatiques dans une conception équilibrée des garanties de traitement	315
A. Un équilibre intrinsèque aux normes de traitement	316
B. Un équilibre extrinsèque aux normes de traitement	321
1. Un équilibre induit par l'existence du concept d'abus de droit	322
2. La centralité du principe de proportionnalité dans la définition et la portée des garanties de traitement.....	324
Conclusion du chapitre	331
CHAPITRE 2. <i>Le renouveau de la protection de la propriété</i>	333
SECTION 1. Un rééquilibrage des intérêts dans l'expropriation en externe	337
§1. La nécessité d'une qualification factuelle et hétérogène de l'expropriation indirecte.....	339
A. La coexistence de critères objectifs et subjectifs	340
1. La nécessité d'une privation substantielle comme élément objectif de l'expropriation.....	341
2. La nécessaire considération des attentes de l'Etat et de l'investissement	343
a. La pertinence des attentes légitime de l'investissement	344
b. La pertinence des objectifs de l'action étatique.....	346
B. Le principe de proportionnalité comme vecteur d'une conception renouvelée de l'expropriation	347
§2. La promotion d'un régime équilibré de l'expropriation	349
A. La nécessité d'une réparation adaptée de l'investisseur exproprié	350
1. Expropriation licite et illicite, la détermination du référentiel pertinent de calcul de l'indemnisation	350

2. La pertinence de précisions techniques	353
B. La préservation de la capacité normative de l'Etat expropriant	354
1. Protection générale du droit de réglementer.....	355
2. La prise en considération de la spécificité de certaines mesures et le souci de préservation de la cohérence de l'action normative de l'Etat.	358
SECTION 2. L'ambivalence De La Protection De La Propriété En Interne.....	361
§1. L'affirmation incertaine d'un droit fondamental à la propriété privée	362
A. L'article 345 TFUE et la portée de la compétence exclusive des Etats en matière de propriété	362
1. Les libertés fondamentales de l'investisseur, obstacles à la liberté des Etats en matière de propriété	362
2. La pertinence actuelle de l'article 345 TFUE.....	365
B. Le droit de propriété comme un principe général du droit de l'Union.....	367
§2. L'identification restrictive du droit de propriété.....	369
A. Un champ d'application du droit de propriété limité par le système normatif européen.....	370
1. L'interdépendance normative du droit de propriété.....	370
2. La conception autonome du droit de propriété	371
B. Une qualification étroite des atteintes au droit de propriété.....	374
1. Réglementation de l'usage des biens et expropriation indirecte.....	375
2. Privation de la propriété et expropriation directe	377
§3. La subtilité du régime des atteintes à la propriété	378
A. Des conditions précises de légalité des atteintes.....	379
1. La spécificité des conditions au regard de la qualification de l'atteinte.....	379
2. Le test de proportionnalité comme cadre général d'examen.....	381
B. La subsidiarité de l'intérêt privé dans le contrôle des atteintes légitimes	384
1. La préservation du contenu essentiel du droit de propriété dans la diversité des atteintes	384
2. La préservation d'une marge d'appréciation étatique dans le contrôle judiciaire des atteintes au droit de propriété.....	385
Conclusion du chapitre	389
CONCLUSION DE LA PARTIE 3.....	391
CONCLUSION GENERALE.....	393
BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE.....	397
INDEX	475
TABLE DES MATIERES	477