



HAL
open science

CJUE et CIRDI : indifférence mutuelle ?

Joseph Reeves

► **To cite this version:**

Joseph Reeves. CJUE et CIRDI : indifférence mutuelle ?. Geneva Jean Monnet Working Papers, 2016, 23, pp.1-40. hal-02562971

HAL Id: hal-02562971

<https://univ-angers.hal.science/hal-02562971v1>

Submitted on 27 Nov 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA RELATION ENTRE LE CIRDI ET LA CJUE : INDIFFERENCE MUTUELLE ?

Joseph REEVES

Jio.reeves@gmail.com

Doctorant allocataire en droit public à l'Université d'Angers

Centre Jean Bodin – Recherche juridique et politique (EA 4337)

13, allée François Mitterrand, BP 13633, 49036 Angers CEDEX 01

Résumé : Le traité de Lisbonne a donné une compétence exclusive à l'Union européenne dans le domaine des investissements internationaux. En conséquence, la compétence exclusive de la Cour en matière de droit communautaire, lettre de l'article 344 TFUE, subit la pression de l'accroissement de l'activité des membres de l'Union dans le domaine des investissements internationaux. La prolifération des tribunaux arbitraux amène à une superposition de leurs compétences juridictionnelles avec celles de la CJUE. A l'inverse, la récente jurisprudence de la Cour de justice et son analyse nouvelle des rapports entre les TBI et le droit européen s'insère dans un phénomène de fragmentation du droit international. S'il existe bien un dialogue des juges interne aux circuit des sentences arbitrales, il s'avère que celui ci ne parvient pas à s'exporter jusqu'à la Cour de Luxembourg. Réciproquement, l'arbitrage CIRDI refuse de suivre la jurisprudence de la CJUE, particulièrement lorsqu'il s'agit d'analyser les rapports entre ordres juridiques à l'aune de la primauté du droit européen. Par conséquent, les conflits entre normes sont inévitables. Leur résolution passe par une méthode propre à chaque prétoire, dans l'indifférence des prises de position de son homologue.

Mots clés : CJUE, CIRDI, Traité bilatéral d'investissement, Contentieux international, compétence exclusive, dialogue des juges, jurisprudence, fragmentation du droit international.

Abstract : Lisbon treaty granted the European union exclusive competence in international investments. Consequently, the ECJ's exclusive competence is increasingly put under pressure from UE member's activity in international investments. The proliferation of international tribunals causes an overlap between their jurisdiction and that of the ECJ's. On the opposite side, the recent European case law and its new analysis of the relationship that BITs and European law entertain reveals a tendency towards the fragmentation of international law. If an internal judicial dialogue exists between arbitral tribunals, it doesn't manage to establish itself between ICSID and ECJ. On the other hand, investment tribunals refuse to acknowledge ECJ case law, in particular when issues of EU law primacy are involved. Thus, normative conflicts are inevitable. Their resolution goes through different methods according to each institution, in the general indifference of one-another.

Key-words : ECJ, ICSID, Bilateral investment treaties, international dispute, judicial dialogue, exclusive competence, case law, international law fragmentation.

Sommaire

Sigles et abréviations

Introduction

I. L'absence de dialogue quant à l'articulation des ordres juridiques

- A. Une analyse eurocentrée classique et obsolète des rapports avec le droit international des investissements
- B. La divergence quant à la place du droit de l'Union européenne dans les sources du droit

II. Des méthodes distinctes de résolution des conflits entre apathie et autarcie

- A. Des tentatives de coordination à peine assumées par les tribunaux CIRDI
- B. La résolution des conflits au travers d'une logique hiérarchique avec primauté du droit européen par la CJUE

Bibliographie

Table des matières

Sigles et abréviations

Sigles en rapport avec l'Union européenne

UE	Union européenne
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
Traité CE	Traité instituant la Communauté européenne

Sigles en rapport avec le droit international des investissements

CIRDI	Centre international pour le règlement des différends d'investissement
TBI	Traité bilatéral d'investissement
TCE	Traité sur la Charte de l'Energie
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement
CCS	Chambre de commerce de Stockholm
CPA	Cour Permanente d'Arbitrage

Abréviations

<i>op. cit.</i>	Dans l'ouvrage cité
<i>Ibid.</i>	Au même endroit
<i>Idem</i>	De même
<i>c.</i>	Contre
<i>dir.</i>	Sous la direction de
<i>Cf. supra / infra</i>	Voir note ci-dessus / ci-dessous
p.	Page
para.	Paragraphe

Introduction

Le règlement des différends relatifs aux investissements préoccupe le Parlement européen, et avant lui, l'opinion publique européenne¹. Bien que les eurodéputés aient longtemps été divisés sur le règlement des litiges potentiels dans le cadre du traité transatlantique², les différents groupes parlementaires semblent être parvenus à un compromis lors du vote qui a pris place ce 8 juillet dernier. Sans que soit retenue la création d'une cour permanente d'arbitrage spécifique, évoquée par la France et la Commission européenne, le Parlement propose un remplacement du système de règlement des différends par un nouveau mécanisme qui respecterait « *principes et contrôle démocratiques, où les affaires éventuelles seront traitées dans la transparence par des juges professionnels indépendants, nommés par les pouvoirs publics, en audience publique* »³. Comme si, *a contrario*, l'arbitrage d'investissement s'opposait à tous ces éléments. En réalité, cette critique des tribunaux n'est pas nouvelle. Un grief est communément exprimé, selon lequel l'arbitrage s'effectue aux dépens des compétences souveraines des Etats et est largement favorable aux investisseurs, mettant à mal le pouvoir normatif des Etats⁴. Il est vrai que la procédure arbitrale est très adaptée au contentieux de l'investissement en raison d'une transparence relative en faveur des intérêts économiques des parties privées⁵. A cela, le Parlement souhaite rajouter « *un mécanisme d'appel, dispositif qui garantira la cohérence des décisions de justice et le respect de la compétence des juridictions de l'Union européenne et de ses États membres* »⁶. Sur ce dernier point cependant, il n'a peut-être pas entièrement tort. En effet, qu'il s'agisse de ses aspects structurels ou matériels, la relation entre l'Union européenne (UE) et le droit international de l'investissement est bien en mal de cohérence.

Dans la mesure où l'UE se conçoit comme un régime autonome à part entière distinct du droit international général⁷ et constitue le plus important acteur en termes d'investissements⁸, le développement de son action dans ce domaine est des plus déterminants dans l'évolution du régime juridique déjà fragmenté du droit international des investissements. Dans cette perspective, le rôle des différents juges, au sens large du terme, est primordial, car ils ne peuvent pas rester en dehors « *des multiples mutations des systèmes juridiques et de leurs interconnexions (...) sous peine de voir leur autorité et sans doute également leur légitimité (suffisamment discutées de temps à autre) clairement remises en cause* »⁹. L'ouverture des systèmes juridiques emporte donc la nécessité pour les normes d'être appliquées et lues à la lumière les unes des autres, au risque de voir, dans le cas contraire, une certaine forme d'insécurité juridique¹⁰. Alors que, selon la formule de Charles Rousseau, le juge, « *lorsqu'il est en présence de deux accords de volontés divergentes, il doit être tout naturellement*

¹ Selon un sondage réalisé en ligne du 27 mars au 13 juillet 2014 par la direction générale du commerce de l'Union européenne, la majorité du public refuse l'idée de voir les différends d'investissement tranchés par des panels d'arbitres internationaux, leur préférant en premier lieu les cours nationales, ou alors la Cour de justice de l'Union européenne. Rapport de la Commission européenne, *Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)*, 13 janvier 2015, p. 90.

² Le partenariat transatlantique de commerce est d'investissement est un traité en cours de négociation entre l'Union européenne et les Etats unis d'Amérique, prévoyant la réalisation d'une zone de libre échange économique.

³ LANGE Bernd (rapporteur), *Négociations du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement, proposition d'amendement numéro 117, paragraphe 1, point d, sous-point xv*, document A8-0175/2015, 7 juillet 2015.

⁴ Voir notamment en ce sens, CARREAU Dominique, JUILLIARD Patrick, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 5^{ème} édition, 2013, p. 598 ; p. 602 ; ROBERT Sabrina, *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement: Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp. 6-8 ; IHEI, Table ronde : Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil ?, Colloque de l'IHEI sur le contentieux transnational relatif aux investissements, Paris, 3 mai 2004, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, LGDJ- Anthemis, Paris, 2006, p. 185.

⁵ CARREAU Dominique, JUILLIARD Patrick, *op. cit.*, p. 598.

⁶ LANGE Bernd (rapporteur), *Négociations du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement, proposition d'amendement numéro 117, paragraphe 1, point d, sous-point xv*, document A8-0175/2015, 7 juillet 2015.

⁷ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26-62, Rec. p. I-0003 et CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel* affaire 6/64, Rec. p. I-01141.

⁸ Selon les chiffres publiés en 2013 par la Commission européenne sur le site relatif au commerce international, l'Union représente 46% des flux sortants et 34% des flux entrants. URL : <http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/investment/>

⁹ BURGORGUE-LARSEN Laurence, « De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'intention de Bruno Genevois », *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 120.

¹⁰ Voir en ce sens REINISCH August, « The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: The Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System? Some Reflections From the Perspective of Investment Arbitration », in BUFFARD Isabelle, CRAWFORD James, PELLET Alain, WITTICH Stephan, *International Law between Universalism and Fragmentation*, Brill, 2008, p. 114.

porté à rechercher leur coordination plutôt qu'à consacrer à leur antagonisme »¹¹, Laurence Burgorgue-Larsen souligne que le dialogue n'est pas unidimensionnel, si bien qu'il « induit tant l'opposition, la contradiction voire la discorde, que l'accord et la concorde »¹². La relation d'indifférence mutuelle qu'entretiennent la CJUE et les tribunaux du Centre international pour le règlement des différends d'investissement (CIRDI) met en évidence une autre dimension, moins connue du dialogue des juges.

On ne manque pas de souligner les dangers posés par la prolifération (l'emploi de ce terme n'étant pas anodin) des juridictions ou quasi-juridictions internationales tels que le risque de procédures parallèles et concurrentes, de *forum shopping* ou de décisions disparates et divergentes¹³. A l'inverse, Pierre Marie Dupuy souligne les effets bénéfiques du développement des instances contentieuses, qui permet l'instauration d'un système d'interprétation des normes de plus en plus précis et raffiné¹⁴. Mais, dans l'analyse des rapports entre la CJUE et le CIRDI, pour autant que l'on voudrait « exclure toute tentation (...) d'admettre l'existence de régimes autosuffisants (...) reposant sur des normes propres totalement étrangères aux ensembles juridiques voisins »¹⁵, l'attitude de chacun des juges conduit à ce constat. En effet, s'ils reconnaissent l'existence l'un de l'autre, tout est fait pour limiter l'influence et les effets du contentieux de sa contrepartie.

L'Union européenne possède une compétence exclusive en matière d'investissement international depuis l'entrée en vigueur en 2009 du traité de Lisbonne. Dès lors, la compétence exclusive de la Cour de Justice en matière de droit communautaire, lettre de l'article 344 TFUE, subit la pression de l'accroissement de l'activité des membres de l'Union dans le domaine des investissements internationaux. La prolifération des tribunaux arbitraux amène à une superposition de leurs compétences juridictionnelles avec celles de la CJUE. Du point de vue du juge européen, il y a là une menace pesant sur sa compétence exclusive, à laquelle il est fortement attaché. Il a notamment pu l'affirmer dans les affaires *Usine MOX*¹⁶ et *Kadi*¹⁷.

Le droit international des investissements lui-même est en recherche d'unité, compris entre le droit interne et le droit international, le droit public et le droit privé, les Etats et les personnes privées. De par cette mixité, il présente une certaine parenté avec le droit de l'Union européenne. Il faut souligner l'importance croissante des investisseurs dans la création d'une « jurisprudence » arbitrale à laquelle ils sont parties au même titre que les Etats. Ainsi, la création du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) en 1965 a institutionnalisé leur rôle dans la formation du régime juridique des investissements. Créé sous les auspices de la Banque Mondiale (BM) lors de l'adoption de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (Convention de Washington), ratifiée à ce jour par plus de 142 Etats, le CIRDI traite du contentieux des investissements internationaux¹⁸. Un pan de la doctrine relève que sa création a permis de trouver une forme d'unité dans le chaos originel du droit international des investissements¹⁹. La pratique des tribunaux révèle en effet une orientation à l'insertion de leurs sentences dans une forme de systémique décisionnelle. Bien que le droit international ne connaisse pas de *stare decisis*, une certaine cohérence se construit au travers des nombreuses références faites par les arbitres aux

¹¹ ROUSSEAU Charles, « De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international », *RGDIP*, volume 39 (1932), p. 153.

¹² BURGORGUE-LARSEN Laurence, *op. cit.*, p. 97.

¹³ GUILLAUME Gilbert, « L'unité du droit international est-elle aujourd'hui en danger ? », *Revue internationale de droit comparé*, volume 55, numéro 1, 2003, pp. 27-28 ; REINISCH A., *op. cit.*, p. 114.

¹⁴ DUPUY Pierre-Marie, « The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice », *New-York University Journal of International Law and Politics*, volume 31, 1999, pp. 795-796.

¹⁵ TOUZE Sébastien, « la prise en compte du droit de l'Union européenne dans l'élaboration des normes du droit international – esquisse d'une lecture générale orientée », in BURGORGUE-LARSEN Laurence, DOUBOUT Edouard, MAITROT DE LA MOTTE Alexandre, TOUZE Sébastien (dir.), *les interactions normatives, droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, Pedone, 2012, p. 54.

¹⁶ CJCE, 30 mai 2006, *Commission contre Irlande*, C-459/03, *Rec. p. I-04635*, para. 123

¹⁷ CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation contre Conseil et Commission*, C-402/05, *Rec. p. I-06351*, para. 282.

¹⁸ Pour des développements factuels et historiques sur le CIRDI, voir CARREAU Dominique, JUILLIARD Patrick, *op. cit.*, p. 567.

¹⁹ FOURET Julien, KHAYAT Dany, « Centre international pour le règlement des différends relatif aux investissements », *Revue québécoise de droit international*, volume 19, numéro 1, 2006, p. 281 ; SCHREUER Christoph, *The ICSID Convention : a Commentary*, Cambridge University Press, 2009, p. 244 ; Voir aussi la sentence CIRDI, *Burlington Resources Inc. e.a. c. Équateur et PetroEcuador*, affaire n° ARB/08/5, décision sur la compétence, 2 juin 2010, para. 100.

sentences précédentes. Cette recherche d'unité se fait en dehors de toute procédure formelle, et témoigne de la volonté des arbitres à vouloir mettre de l'ordre dans le contentieux d'investissement²⁰. S'il existe bien un dialogue des juges interne aux circuits des sentences arbitrales, il s'avère que celui-ci ne parvient pas à s'exporter jusqu'à la Cour de Luxembourg. Réciproquement, l'arbitrage CIRDI refuse de suivre la jurisprudence de la CJUE, particulièrement lorsqu'il s'agit d'analyser les rapports entre ordres juridiques (I). Par conséquent, les conflits entre normes sont inévitables. Leur résolution passe par une méthode propre à chaque prétoire, dans l'indifférence des prises de position de son homologue (II).

I. L'absence de dialogue quant à l'articulation des ordres juridiques

Chaque juge opère au sein son système juridique sans tenir compte des spécificités des normes européenne ou internationale qu'il est amené à appliquer. Se percevant comme la cour constitutionnelle de l'ordre européen, la CJUE adopte une perspective eurocentrée, largement inadaptée aux normes en cause²¹, de l'articulation de son droit avec le droit international des investissements (A). Cette absence d'ouverture conduit à une difficulté majeure pour la qualification du droit européen dans le contentieux du CIRDI, à cheval entre droit national et droit international (B).

A. Une analyse eurocentrée classique et obsolète des rapports avec le droit international des investissements

La perspective des rapports entre le CIRDI et la CJUE se fait via le prisme de la primauté du droit européen. Cependant, la Cour n'analyse pas l'interaction entre les normes d'un point de vue substantiel. Au contraire elle s'abrite derrière des éléments formels pour affirmer son sa primauté. Ainsi, la Cour considère que le droit européen ne peut être appliqué et interprété seulement par elle, ce que contestent les tribunaux (1). En ce qui concerne l'analyse des traités bilatéraux d'investissements (TBI), elle considère que les Etats sont soumis à une obligation de loyauté qui les oblige à corriger les incompatibilités entre les obligations internationales qui les lient avec le droit européen (2). Enfin, se pose actuellement à Luxembourg la question de l'exécution, par un membre de l'Union, des sentences arbitrales appliquant le droit européen (3).

1. La contestation de la compétence exclusive de la Cour de Justice par les tribunaux d'investissement

Le traité de Lisbonne, en étendant la compétence de l'Union aux investissements directs étrangers a matérialisé la rencontre entre le droit européen et le droit international de l'investissement, et avec, des conflits. L'extension de la compétence extérieure de l'Union dans des domaines jusqu'alors exclusivement gouvernés par le droit international a eu pour conséquence l'extension corollaire de la compétence de la CJUE. Autrement dit, et comme le constate Nikolaos Lavranos, « *the ECJ is increasingly called upon to adjudicate international law issues, which in turn results in an overlap with the jurisdiction of the other international courts and tribunals* »²². La question de la « *contestation de la compétence de la Cour de justice des Communautés au profit d'un organe extérieur à la construction européenne* » n'est pourtant pas nouvelle, elle est même « *classique* »²³. Pourtant, il aura fallu attendre 2013 pour qu'un tribunal d'investissement CIRDI conteste ouvertement et directement la compétence exclusive de la Cour de Justice²⁴. Cette dernière se fondait sur une lecture stricte de l'article 344 du TFUE. Selon cette disposition, les « *États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci* ».

²⁰ GUILLAUME Gilbert, *op. cit.*, p. 28 ; CHARNEY Jonathan, « The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals », *International Law and Politics*, volume 31, 1999, p. 699.

²¹ BENJAMIN Rémy, « Chronique des sentences arbitrales », *Journal du Droit international (Clunet)*, 2013, para. 3.

²² LAVRANOS Nikolaos, *On the Need to Regulate Competing Jurisdictions between International Courts and Tribunals*, European University Institute Working Paper, Max Weber Programme, 2009, p. 9.

²³ CAZALA Julien, « La contestation de la compétence exclusive de la Cour de justice des Communautés européennes. Étude des relations entre divers systèmes internationaux de règlement des différends », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2004, n° 3, p. 506.

²⁴ CIRDI, *Electrabel S.A c. Hongrie*, sentence du 30 novembre 2012, affaire n° ARB/07/19, para. 4. 147.

Dans plusieurs affaires, en particulier les arrêts *Mox* et *Kadi*, la Cour a précisé les contours et la portée de sa compétence en matière d'interprétation et d'application du droit européen.

A l'origine prévu comme un mécanisme permettant « *contrer les velléités des Etats de donner le dernier mot à leurs juridictions nationales en matière d'application du droit communautaire* », l'article 344 TFUE est devenu « *un obstacle à la possibilité pour les Etats de soumettre à une juridiction internationale (non communautaire) des litiges sur lesquels les juridictions communautaires pourraient exercer leur compétence* »²⁵. Ainsi que l'a considéré la Cour en 2006 dans l'arrêt de Grande chambre *Commission contre Irlande*, il est du devoir des Etats « *de respecter la nature exclusive de la compétence de la Cour pour connaître des différends relatifs à l'interprétation et à l'application des dispositions du droit communautaire* »²⁶. Elle précise en outre que la formulation par un Etat d'une demande en interprétation et en application du droit européen devant un tribunal arbitral « *comporte un risque manifeste d'atteinte à l'ordre des compétences fixé par les traités et, partant, à l'autonomie du système juridique communautaire* »²⁷. La Cour fait de sa compétence exclusive une condition *sine qua non* de l'autonomie de l'ordre juridique européen. Comme quoi la question de sa compétence mérite sa plus haute attention, la Cour réactualise son propos dans un nouvel arrêt de grande chambre en 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation*, où elle affirme « *qu'un accord international ne saurait porter atteinte à l'ordre des compétences fixé par les traités et, partant, à l'autonomie du système juridique communautaire dont la Cour assure le respect en vertu de la compétence exclusive dont elle est investie par l'article 220 CE* »²⁸. Plus récemment, le chevauchement de compétences entre cours a été rappelé à l'occasion de l'avis concernant l'accession de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, parmi les nombreux obstacles relevés par la CJUE figure l'atteinte à sa compétence exclusive en matière d'interprétation et d'application du droit européen²⁹. Elle réutilise *verbatim* la formulation employée dans l'affaire *Kadi*, répétant que « *[s]elon une jurisprudence constante de la Cour, un accord international ne saurait porter atteinte à l'ordre des compétences fixé par les traités et, partant, à l'autonomie du système juridique de l'Union dont la Cour assure le respect* »³⁰. Par ailleurs la Cour relève que :

« *L'obligation des États membres de recourir aux procédures relatives à la solution des différends instituées par le droit de l'Union – et, notamment, de respecter les compétences de la Cour, qui constituent un trait fondamental du système de l'Union – doit être comprise comme une manifestation spécifique de leur devoir plus général de loyauté qui découle de l'article 4, paragraphe 3* »³¹.

Il convient de s'intéresser à ce qu'il faut entendre par l'ordre des compétences fixé par les traités. Dès lors que l'ordre juridique européen se veut autonome il ne saurait souffrir d'une quelconque intervention extérieure dans son fonctionnement interne. Il faudrait reconnaître et admettre que toute question relative au fonctionnement endogène de l'organisation « *relève incontestablement de la Cour de justice* »³². Or, on ne peut que constater avec Julien Cazala que l'affirmation ne fait que fausser le problème³³. En réalité, « *[l]out organe peut se prononcer sur le partage des compétences entre la Communauté et les Etats membres, en revanche seules le partage des compétences « validé » par un organe communautaire aura force contraignante dans l'ordre juridique communautaire* »³⁴. En somme, le jeu de la compétence exclusive est limité à et par la sphère de l'organisation. On ne saurait en effet assimiler autonomie et primauté comme le fait la cour. Dès lors qu'elle est amenée à avoir des relations extérieures, l'Union ne peut se prévaloir de son autonomie pour justifier la compétence exclusive de la Cour de justice et *truster* les contentieux internationaux auxquels ses membres sont parties. Il faut bien admettre que le titre de compétence d'une juridiction internationale, quelle qu'elle soit, ne dépend pas de l'ordre des compétences fixé par les traités européens. C'est en ce sens que s'est prononcé le tribunal arbitral dans l'affaire *Electrabel* en 2013. La formulation est si catégorique qu'elle mérite d'être rapportée dans son intégralité :

²⁵ CAZALA Julien, *op. cit.*, p. 525.

²⁶ CJCE, *Commission contre Irlande*, *op. cit.*, para. 152.

²⁷ *Ibid.*, para. 154.

²⁸ CJCE, *Kadi et Al Barakaat International Foundation contre Conseil et Commission*, *op. cit.*, para. 282.

²⁹ POPOV Athanase, « L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH », *La Revue des droits de l'homme*, disponible sur : <http://revdh.revues.org/1065> (consulté, en dernier lieu, le 29 août 2015).

³⁰ CJUE, 18 décembre 2014, *Avis au titre de l'article 218, paragraphe 11, TFUE*, C-2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, para. 201.

³¹ *Ibid.*, para. 202.

³² MICHEL Valérie, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, thèse de doctorat, Paris I, 2000, p. 66.

³³ CAZALA Julien, *op. cit.*, p. 532.

³⁴ *Idem.*

« The argument that the ECJ has an 'interpretative monopoly' and that the Tribunal therefore cannot consider and apply EU law, is incorrect. The ECJ has no such monopoly. Courts and arbitration tribunals throughout the EU interpret and apply EU law daily. What the ECJ has is a monopoly on the final and authoritative interpretation of EU law: but that is quite different. Moreover, even final courts are not obliged to refer questions of the interpretation of EU law to the ECJ in all cases. The *acte clair* doctrine is well-established in EU law. »³⁵

Totalement inféodé à la doctrine de son homologue luxembourgeois, l'arbitre CIRDI contredit la jurisprudence constante développée sur le thème de la compétence exclusive de la CJUE. Il semble plutôt retenir une compétence que l'on qualifierait de privilégiée. Cela s'explique par le prisme au travers duquel est considéré l'ordre juridique européen. Pour la CJUE, c'est dans une perspective descendante qu'elle considère les rapports entre droit international et droit européen. Le CIRDI, en revanche, considère l'horizontalité des interactions entre les deux ordres juridiques. Le même raisonnement peut être appliquée à l'obligation de loyauté relevée par la Cour concernant le respect de sa compétence exclusive. Le manquement à ce devoir ne saurait effectivement affecter le titre de compétence d'un tribunal arbitral. Ce n'est que dans l'ordre juridique européen que celui-ci opère. Cependant, une telle lecture de sa compétence par la Cour peut emporter des conséquences importantes pour les Etats.

Elle incite en effet les Etats à violer expressément une garantie des investisseurs en refusant qu'ils puissent saisir une autre juridiction qu'elle. Or, il a été affirmé par la sentence relative à l'affaire *Maffezzini* que les mécanismes de règlement des différends sont indissociablement liés à la protection des investisseurs étrangers³⁶. Reconnaisant que l'« on peut estimer qu'un investisseur étranger protégé par un accord comportant une clause de règlement des différends de vaste portée est dans une meilleure position concurrentielle qu'un investisseur protégé par un accord plus restrictif »³⁷, les tribunaux arbitraux retiennent que l'offre d'arbitrage relève du traitement juste et équitable et l'on ne peut à ce titre la révoquer sans conditions. A l'inverse cependant, si la Cour considère qu'une offre d'arbitrage CIRDI contenue dans un TBI viole l'article 344 TFUE, les Etats peuvent faire l'objet d'une condamnation lors d'un recours en manquement. Ne doit-on alors pas croire que ces derniers seront, à terme, modifiés pour que ne soient plus compétents les tribunaux CIRDI mais la seule CJUE ?

2. La contradiction entre les TBI et l'article 351 TFUE

A la lecture de l'article 351 TFUE, on découvre en effet que les Etats doivent corriger les incompatibilités entre le droit européen et les traités qui les lient auxquels l'Union est tierce, quitte à dénoncer le traité litigieux. En conséquence, la Cour de Justice semble considérer toute offre d'arbitrage CIRDI contraire à l'article 4§3 TUE, contraire à l'article 344 TFUE et contraire à l'article 351 TFUE. Il n'existe pas d'interaction entre la CJUE et le CIRDI concernant la validité des TBI au regard du droit de l'Union. Cependant, des tribunaux d'investissement constitués sous l'égide de la Cour permanente d'arbitrage et la Chambre de commerce de Stockholm ont été amenés à se prononcer directement sur la compatibilité des TBI avec le droit européen³⁸. A l'occasion de deux arrêts rendus le 3 mars 2009, la CJUE a entendu affirmer sa position. L'affaire *Eastern Sugar* en particulier a déjà été citée par le tribunal de l'affaire *Electrabel* pour contester la compétence exclusive de la CJUE³⁹. Il ne serait donc pas surprenant

³⁵ CIRDI, *Electrabel*, *op. cit.*, para 4. 147.

³⁶ CIRDI, *Emilio Augusto Maffezzini c. Espagne*, décision sur la compétence du 25 janvier 2000, affaire n° ARB/97/7, para 54.

³⁷ CNUCED, *Traitement de la nation la plus favorisée*, Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II, disponible sur http://unctad.org/fr/Docs/diaeia20101_fr.pdf (consulté, en dernier lieu, le 29 août 2015), p. 95.

³⁸ Chambre de Commerce de Stockholm, *Eastern Sugar c. République Tchèque*, sentence partielle du 27 mars 2007 : le tribunal a estimé que les TBI conclus par des Etats membres avant leur accession à l'Union européenne ne devenaient pas caduques de ce seul fait. Il justifie cette position en expliquant notamment que le TBI et le droit européen applicable ne sont pas identiques ; Voir aussi : Cour Permanente d'Arbitrage, *Eureko B.V. c. Slovaquie*, décision sur la compétence du 26 octobre 2010, para 268-273 : le tribunal arrive à la même conclusion selon laquelle le TBI et le droit européen applicables ne sont pas des traités identiques. Concernant l'argument tiré de l'article 30§3 de la Convention de Vienne, le tribunal estime qu'il ne peut pas être retenu concernant l'examen de sa compétence, mais pourrait être admis au cours de l'examen au fond.

³⁹ Cf. *Supra*, note 24.

que des arbitres CIRDI emploient le même raisonnement à l'avenir. Ces arrêts sont d'autant plus intéressantes qu'elles représentent la première décision de la Cour sur questions relatives à des TBI⁴⁰.

Sont en cause dans les deux cas des accords bilatéraux conclus par la Suède et l'Autriche avec des Etats d'Europe de l'Est avant leur accession à l'Union européenne. Ces accords garantissaient aux investisseurs le libre transfert de leurs capitaux d'investissements. Or, les anciens articles 57, 59 et 60 CE (actuels 64, 66 et 75 TFUE) permettaient au Conseil de prendre des mesures de restriction des capitaux. La Commission avait demandé aux Etats concernés de corriger ces incompatibilités, conformément à l'article 307 CE (actuel 351 TFUE). L'élément particulier du raisonnement de la Cour concerne le facteur hypothétique du différend. En effet, aucune réglementation particulière contradictoire avec les TBI n'avait été prise par les instances européennes au moment des faits en vertu des articles du 57, 59 et 60 CE. Dès lors, il n'y avait pas de justification concrète à recourir à la procédure de l'article 307 par les Etats. Aussi, la question était donc de savoir si l'obligation d'éliminer les contradictions entre obligations européennes et internationales pouvait s'étendre à des situations de conflits hypothétiques⁴¹.

Suivant les conclusions de l'Avocat général, la Cour s'est reposée sur l'obligation de loyauté pour étendre l'article 351 à des situations hypothétiques. Elle procède donc à une extension du champ d'application de l'obligation de normalisation des traités incompatibles. Cela n'est pas sans conséquences pour les Etats. Contrairement à sa jurisprudence en la matière, la Cour n'évoque pas dans ces deux arrêts l'obligation pour les Etats de dénoncer les accords⁴². L'Avocat général avait rapporté dans ses conclusions l'inquiétude de certains Etats concernant les implications négatives pour leurs investisseurs en cas de dénonciation des TBI. Sans doute la Cour avait elle cette remarque à l'esprit lorsqu'elle affirma que « *les incompatibilités avec le traité auxquelles conduisent les accords d'investissement avec des États tiers (...) ne se limitent pas à l'État membre défendeur dans la présente affaire* »⁴³.

Un autre élément développé par l'affaire *Commission contre Finlande*⁴⁴ concerne l'autonomie interprétative des TBI. A l'origine concernant des faits identiques aux deux arrêts précédents, cette affaire a permis à la Cour d'estimer, dans son appréciation d'une violation de l'article 307 CE, que les TBI doivent être interprétés selon les règles de droit international coutumier codifiées par la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, celles-ci n'étant pas influencées par les législations nationales. Cette position a été confirmée à l'occasion de l'affaire *Commission contre Slovaquie*, la Cour rappelant « *une jurisprudence constante* » selon laquelle « *l'article 307 CE a pour objet de préciser, conformément aux principes de droit international (...) que l'application du traité CE n'affecte pas l'engagement par l'État membre concerné de respecter les droits des pays tiers résultant d'une convention antérieure et d'observer ses obligations correspondantes* »⁴⁵. Dans l'affaire concernant la Finlande en particulier, on ne peut que relever la contradiction apparente dans la position de la Cour. En effet, tout en affirmant l'autonomie d'interprétation des TBI en vertu du droit international, le juge européen refuse de reconnaître que les standards de traitement contenus dans les TBI puissent être équivalents aux standards de traitement national des parties contractantes, alors que « *c'est ce que font communément, légitimement et efficacement tous les traités (y compris les TBI) qui adoptent en tant que critère de traitement juste et équitable le standard de traitement national* »⁴⁶. C'est finalement le devoir de loyauté des Etats qui sert de fondement pour justifier la correction du droit international contraire. La Cour a d'ailleurs précisé que « *ce devoir de coopération loyale est d'application générale et ne dépend [pas] du droit éventuel, pour les États membres, de contracter des obligations envers des États tiers* »⁴⁷. Ce devoir de loyauté implique « *que les États ont l'obligation de s'abstenir d'une action externe qui pourrait affecter l'application des règles de l'Union* »⁴⁸. Au travers du recours à des

⁴⁰ POTESTA Michèle, « Bilateral Investment Treaties and the European Union. Recent Developments in Arbitration and Before the ECJ », *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2009, p. 238.

⁴¹ POTESTA Michèle, *op. cit.*, p. 241.

⁴² *Ibid.*, p. 243.

⁴³ CJCE, 3 mars 2009, *Commission c. Autriche*, C-205/06, *Rec. p. I. 1301*, para. 43 ; CJCE, 3 mars 2009, *Commission c. Suède*, C-249/06, *Rec. p. I. 1335*, para. 43.

⁴⁴ CJCE, 19 novembre 2009, *Commission c. Finlande*, C-118/07, *Rec. p. I-10889*.

⁴⁵ CJUE, 15 septembre 2011, *Commission c. Slovaquie*, *Rec. p. I-08065*, para 41.

⁴⁶ GIARDINA Andrea, « La question du droit applicable : l'application directe du droit européen et son influence sur le droit et l'arbitrage des investissements », in KESSEDIAN Catherine, *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, Paris, éditions Panthéon-Assas, 2011, p. 158.

⁴⁷ CJCE, *Commission c. Suède*, *op. cit.*, para 71.

⁴⁸ NEFRAMI Eleftheria, « Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2012, p. 200.

règles générales du droit de l'Union, la Cour entend utiliser l'obligation de loyauté pour assurer la primauté de son droit au travers des Etats membres.

3. L'impossible exécution des sentences CIRDI dans l'ordre juridique européen ?

L'article 3§4 ne s'exprime que dans une relation verticale ascendante, des Etats à l'Organisation. Formulé comme le devoir d'accomplir les buts des traités, le devoir de loyauté emporte l'obligation de respecter l'Etat de droit, consacrée à l'article 2 du TUE. Or, la limite de l'Etat de droit semble avoir été rencontrée par la Commission européenne qui a ordonné à la Roumanie de ne pas exécuter une sentence arbitrale rendue sous les auspices du CIRDI⁴⁹. A cet égard, Klaus Reichert note avec ironie que l'attachement de l'Union à l'Etat de droit ne serait alors qu'une affirmation ayant pour but de donner bonne conscience à l'Union européen et ses Etats membres⁵⁰.

Le 2 septembre 2014, la Commission a déposé un recours contre la Roumanie devant la CJUE dans la continuité de l'affaire *Micula*⁵¹. Le CIRDI avait rendu une sentence le 11 décembre 2013 dans un différend opposant la Roumanie aux frères Micula, investisseurs suédois propriétaires de plusieurs entreprises agroalimentaires. Ces dernières bénéficiaient d'un programme d'incitations fiscales créé à la fin des années 1990 par la Roumanie pour développer certaines régions. La suppression de ce programme était une des conditions pour l'accession de la Roumanie à l'Union européenne. Aussi, à sa révocation en 2007, les frères Micula ont saisi le CIRDI, estimant qu'ils avaient été victime d'un préjudice résultant de la suppression du programme fiscal. Le tribunal a conclu à une violation du TBI Roumano-Suédois signé en 2003, retenant que la Roumanie n'avait pas garanti un traitement juste et équitable de l'investissement des frères Micula et l'a condamnée à verser une indemnité de 85 millions d'euros. L'exécutif européen considère que l'exécution de la sentence rendue par le CIRDI constituerait une aide d'Etat illégale au regard du droit de l'Union et interdit à la Roumanie de s'y conformer. Cet argument avait été formulé dans une observation de la Commission admise en qualité *d'amicus curiae* pendant l'affaire au CIRDI. En raison de la primauté du droit européen, elle avait enjoint le tribunal à ne pas se déclarer compétent, car la sentence ne pourrait pas être exécutée dans l'ordre juridique européen, et ce en dépit de l'article 54 de la Convention de Washington qui oblige les Etats à exécuter les sentences rendues sous les auspices du CIRDI. En conséquence, la Commission invite le tribunal à prendre en considération l'arrêt de la CJUE *Eco Swiss*, dans lequel la juridiction européenne avait été amenée à interpréter la Convention de New York concernant l'application des sentences arbitrales. Celle-ci avait affirmé que le droit européen de la concurrence faisait partie de l'ordre public que les juridictions nationales devaient prendre en considération pour apprécier la légalité d'une sentence arbitrale⁵². C'est d'un revers de main que le tribunal saisi de l'affaire *Micula* a balayé les demandes de la Commission⁵³. Il s'est contenté d'affirmer qu'il ne serait pas pertinent pour lui de rendre sa décision sur des considérations de droit européen qui pourraient être amenées à s'appliquer une fois la décision rendue⁵⁴.

Une solution juridique plus appropriée aurait pu être développée par le tribunal, en répondant à la position de la CJUE. Comme le note Gérard Anou, la proposition de la Commission « *se rapproche de la thèse classique proposant de régler les conflits de conventions en donnant la priorité à la convention consacrant des droits fondamentaux* ». Sauf à considérer que le droit européen de la concurrence relatif aux aides d'Etat consacre un certain nombre de droits fondamentaux, celui-ci ne peut pas être utilisé pour apprécier la légalité de la sentence rendue par le CIRDI. Il n'y aurait pas en conséquence de primauté du droit européen par le biais

⁴⁹ CJUE, affaire en cours, *Micula et autres contre Commission*, T-646/14 ; Commission européenne, *Lettre à la Roumanie*, 1^{er} octobre 2014, C(2014) 6848 final, para 50.

⁵⁰ REICHERT Klaus, « Enforcement of Arbitral Awards. New Dimensions & European Law », in KESSEDIAN Catherine, *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, Paris, éditions Panthéon-Assas, 2011, p. 185.

⁵¹ CIRDI, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food SA, S.C. Starmill SRL and A.C. Multipack SRL c. Roumanie*, sentence du 11 décembre 2013, Aff. n° ARB/05/20.

⁵² CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss c. Benetton*, C-126/97, *Rec. p. I. 3055*, para. 35-41.

⁵³ Les tribunaux ne sont pas tenus de justifier en profondeur leurs décisions. Si l'article 52 de la Convention de Washington fait de l'absence de motivation un motif d'annulation de la décision, le comité de l'affaire Vivendi a bien précisé que « *les motifs peuvent être exposés de façon brève ou approfondie, et différentes traditions juridiques s'opposent dans le mode d'expression de la motivation. Les tribunaux doivent se voir reconnaître une marge d'appréciation discrétionnaire dans l'expression de leur raisonnement* ». CIRDI, *Vivendi c. Argentine*, affaire n° ARB/97/3, sentence du 3 juillet 2002, para. 64.

⁵⁴ CIRDI, *Micula, op. cit.*, para. 340.

de l'ordre public. On ne peut que regretter le manque de verve du CIRDI sur ce point, d'autant plus que d'autres éléments auraient pu l'amener à nier le principe de primauté du droit de l'Union européenne. En dehors du CIRDI, d'autres tribunaux arbitraux n'ont pas hésité à clairement refuser de prendre en compte ce principe, le cantonnant à s'appliquer strictement à l'intérieur du cadre de l'Union⁵⁵. En effet, il n'est pas possible d'établir une hiérarchie entre traités à moins que les parties en aient décidé expressément. Les TBI des Etats membres de l'Union ne comprenant pas de disposition consacrant la primauté du droit européen, les deux sources sont équivalentes. Dès lors, la primauté de l'Union européenne doit être analysée comme un principe interne à l'organisation sans qu'il n'affecte l'ordre juridique international⁵⁶. D'ailleurs, que la Commission et la CJUE considèrent que la primauté du droit européen peut être justifiée par l'ordre public trahit que celui-ci ne se suffit pas à lui-même. L'affaire *Micula* est actuellement pendante au sein du prétoire européen. La perception eurocentriste du droit international du juge de Luxembourg l'amènera sans nul doute à suivre les conclusions de la Commission et à nier les effets de la décision rendue par son confrère de Washington, dont l'approche des rapports de systèmes est beaucoup moins pyramidale.

B. La divergence quant à la place du droit de l'Union européenne dans les sources du droit

Avant de déterminer que les arbitres sont compétents pour appliquer le droit européen dans leurs contentieux respectifs au titre de l'article 42 de la Convention de Washington, il convient de préciser à quelle articulation ces derniers procèdent entre le droit international et le droit interne (1). En effet, celle-ci n'est pas sans incidence dans le traitement du droit européen par les arbitres eut égard à sa nature particulière (2), sur laquelle les tribunaux d'investissement et la CJUE ne s'entendent pas (3).

1. La liberté d'élection du droit applicable par les tribunaux d'investissement

Le droit applicable pour les panels est déterminé par l'article 42 de la Convention de Washington. Il s'agit avant tout de celui déterminé par les parties. A défaut d'un tel accord, doivent être appliqués le droit interne de l'Etat partie et le droit international, « *au sens de l'article 38(1) du Statut de la Cour internationale de Justice* »⁵⁷. Cette disposition de la Convention de Washington a beaucoup fait parler d'elle en doctrine. Il n'est pas non plus possible de dégager une position commune des tribunaux sur l'articulation entre le droit interne et le droit international, certains considérant le premier comme un simple fait, d'autres remettant en cause la primauté du second⁵⁸. Tout le problème réside dans le sens à donner à la locution « ainsi que » dans la formulation « *le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend ainsi que les principes de droit international en la matière* ». L'article 42 pose-t-il une équivalence dans le choix du droit applicable ou une subordination du droit international au droit interne ? La théorie classique a été exprimée en 1984 par les arbitres de la sentence *Klöckner contre Cameroun*⁵⁹ et confirmée à maintes reprises par la suite⁶⁰. Longtemps, le droit international a été considéré comme devant seulement intervenir de manière supplétive, pour combler les lacunes du droit interne, ou alors pour corriger le droit interne qui ne serait pas conforme en tous points au droit international⁶¹. La locution « ainsi que » impliquerait donc une relation de subordination du droit international au droit interne.

⁵⁵ Cf. *supra*, note 38.

⁵⁶ ANOU Gérard, « Les conflits entre le droit de l'Union européenne et le droit international des investissements dans l'arbitrage CIRDI », *Journal du droit international (Clunet)*, 2015, n°2, para. 18.

⁵⁷ *Rapport des Administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, para. 40.

⁵⁸ Voir en ce sens LATTY Franck, « arbitrage transnational et droit international général (2008) », *Annuaire français de droit international*, volume 54, 2008, p. 477.

⁵⁹ CIRDI, *Klöckner Industrie-Angalen GmbH et autres c. République du Cameroun*, affaire n° ARB/81/2, sentence du 21 octobre 1983, para. 69.

⁶⁰ GAILLARD Emmanuel, BANIFAMETI Yas, « The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process », *ICSID Review*, volume 18, numéro 2, 2003, p. 381.

⁶¹ Cette dernière exception revient en réalité à une application classique de la règle selon laquelle le droit interne ne peut justifier une violation du droit international. Voir en ce sens l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 ; voir également CPJI, 31 juillet 1930, avis, "Communautés" gréco-bulgares, série B n° 17, p. 32 ; CIJ, *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1988, p. 12 ; CIJ,

Cependant, l'historique de la rédaction de la Convention de Washington infirme cette position⁶². En conséquence, bien qu'il lui ait fallu une vingtaine d'années, la jurisprudence arbitrale a évolué dans le sens d'une lecture de la Convention plus proche de ses travaux préparatoires. En 2005, le principe dégagé par la sentence *Wena c. Egypte* nous amène à considérer que les tribunaux disposent d'un choix pour appliquer à une même situation une règle de droit interne ou de droit international, l'article 42 ménageant la place pour que chaque système juridique puisse jouer un rôle⁶³. Ainsi, dans l'hypothèse où les arbitres se retrouvent en présence de deux normes concurrentes, l'une de droit interne et l'autre de droit international, ils peuvent élire l'une ou l'autre en fonction des circonstances de l'espèce, sans avoir à démontrer une lacune du droit interne, pas plus qu'une contradiction de celui-ci avec le droit international⁶⁴. Cette liberté d'élection du droit applicable par les arbitres semble s'éloigner de l'esprit de l'arbitrage d'investissement⁶⁵. Il en résulte notamment une incertitude juridique pour les parties. Ce phénomène est exacerbé lorsque se pose une question d'application du droit européen.

2. La nature ambivalente du droit de l'union européenne au regard de la législation des Etats membres et du droit international

Dès 1964, la Cour de Justice de l'Union européenne avait affirmé qu'« à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des États membres »⁶⁶. Dès lors, il y a une assimilation possible pour l'article 42 entre le droit de l'union européenne et le droit interne de l'Etat hôte. Ainsi que le considère Andrea Giardina, bien que distincts, le droit européen et les droits internes des Etats « représentent en substance un ensemble intégré », et l'auteur d'ajouter « dans cette perspective, le droit de l'Union européenne doit être pris en considération en tant que partie intégrante du système interne des Etats membres »⁶⁷. Une étape préalable à l'application du droit européen pour les tribunaux consisterait à le qualifier comme soit du droit international, soit du droit interne. Ceci ne repose, toujours selon Andrea Giardina, sur aucune base juridique ou technique, relevant au contraire de choix politiques et économiques en particulier⁶⁸.

Dans cette perspective, un dialogue entre les juges de la CJUE et les arbitres du CIRDI s'avère particulièrement indispensable. Au nom de la sécurité juridique, il serait en effet bénéfique pour ces derniers d'appliquer le droit européen en accord avec ce qui se fait auprès de son juge de droit commun. Or, c'est selon ce qui arrange la Cour que le droit de l'UE est considéré comme du droit international ou du droit interne. Ainsi, lorsqu'elle cherche à s'affirmer comme régime autonome de droit international, la Cour fait valoir que le droit de l'Union européenne n'est pas du droit interne⁶⁹. Mais à l'inverse, dans ses rapports avec les Etats membres, celle-ci va considérer comme du droit national le droit issu des instances européennes⁷⁰. Difficile dans ces conditions pour les tribunaux de se référer à la jurisprudence de la CJUE pour déterminer la nature si spécifique du droit de l'Union européenne en matière d'investissements.

Il y a donc une ambivalence certaine pour les tribunaux dans l'application du droit européen qui doit être considéré à la fois comme faisant partie du droit interne, mais également comme faisant partie du droit international. L'on pourrait être tenté de supposer que la qualification opérée par les arbitres n'a *in*

Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 177 ; CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 14, § 121.

⁶² GAILLARD Emmanuel, BANIFAMETI Yas, *op. cit.*, p. 387.

⁶³ CIRDI, *Wena c. Egypte*, recours en annulation du 5 février 2005, affaire n° ARB/98/4, para. 40

⁶⁴ BANIFAMETI Yas, « The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration », in Katia YANNACA-SMALL, *Arbitration under International Investment Agreements : a Guide to the Key issues*, New-York, Oxford University Press, 2010, p. 203.

⁶⁵ Christophe SCHREUER, « The Relevance of Public International Law in International Commercial Arbitration: Investment Disputes », disponible sur http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/?page_id=8, (consulté, en dernier lieu, le 29 août 2015).

⁶⁶ CJCE, *Van Gend en Loos*, *op. cit.*, p. 23.

⁶⁷ GIARDINA Andrea, *op. cit.*, p. 152.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 153.

⁶⁹ DE BÚRCA Gráinne, « The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi », *Harvard International Law Journal*, volume 51, numéro 1, 2010, p. 3.

⁷⁰ EECKHOUT Piet, « Kadi and Al Barakaat: Luxembourg is not Texas – or Washington DC », *EJIL Talk !* disponible sur : <http://www.ejiltalk.org/kadi-and-al-barakaat-luxembourg-is-not-texas-or-washington-dc/> (consulté, en dernier lieu, le 29 août 2015).

fine qu'une portée théorique. Ce serait dire, les différentes perspectives offertes par la possibilité de considérer le droit européen comme relevant du droit interne ou du droit international conduisent au même résultat, ce n'est que la voie empruntée qui varie. Or, si le point de référence n'est pas le même, le régime juridique en son intégralité s'en trouve affecté. En effet, s'il s'agit de la perspective interniste, les arbitres seront amenés à mettre en pratique le droit de l'Union européenne en considérant sa primauté. Si le droit européen est appliqué comme du droit interne, les arbitres ne sont pas amenés à se prononcer sur son articulation avec le droit international, juste à contrôler sa conformité avec ce dernier. A l'inverse, la perspective internationaliste amènera à appliquer le droit de l'Union au même titre que toute autre source de droit international, et donc à procéder à un ordonnancement des différentes normes les unes par rapport aux autres.

Par ailleurs, cette ambivalence donne un poids non négligeable aux Etats en position de défendeurs dans les procédures. Les investisseurs ont pour tendance de préférer le régime juridique international de l'investissement à la législation nationale en raison de sa spécificité, certains diraient de sa tendance à les favoriser⁷¹. Or dans les deux perspectives évoquées, le droit européen est amené à s'appliquer : comme législation de l'Etat hôte si tel est le choix des arbitres, et si le droit international est élu comme droit applicable, celui issu des institutions européennes doit y être intégré. Une solution moins binaire n'est pourtant pas inenvisageable.

3. L'intégration du droit européen dans le droit international par le tribunal de l'affaire *Electrabel*

C'est ainsi qu'a opéré le tribunal arbitral constitué à l'occasion de l'affaire *Electrabel c. Hongrie* en 2012. Amené à déterminer le droit applicable à l'espèce, le panel a reconnu la nature spécifique du droit de l'Union européenne, estimant qu'il pouvait opérer à trois niveaux : en tant que droit international, en tant que droit national de l'Etat hongrois, et en tant qu'ordre juridique distinct à l'intérieur de l'Union européenne, séparé à la fois des législations nationales des Etats membres et du droit international⁷². Pour fonder son raisonnement, le tribunal explique qu'il est constitué en vertu de et gouverné « *exclusivement* » par le droit international⁷³. Par conséquent, la primauté du droit européen n'est pas pertinente en l'espèce, n'étant opérante que dans système européen du point de vue de l'ordre juridique de l'Union, alors que le tribunal applique le droit en dehors du cadre de l'UE⁷⁴. Se référant alors à la jurisprudence de la CJUE, plus précisément aux conclusions de l'Avocat général Maduro à propos de l'affaire *Kadi*⁷⁵, le tribunal retient que le droit européen dispose de plusieurs facettes, admettant toutefois que s'il fait partie du droit national hongrois, il doit avant tout être qualifié de droit international⁷⁶. Le tribunal estime en dernier lieu que le droit de l'Union ne présente aucune différence fondamentale avec le reste du droit international et qu'il n'y a en conséquence aucune justification à l'en traiter différemment dans le cadre d'une procédure arbitrale⁷⁷. Le droit européen ne serait donc hybride qu'en apparence, ce caractère ne constituant aucun obstacle à son application en tant que droit international.

Il est intéressant de noter ici la sélectivité des références pour les arbitres. D'une part, la mention des conclusions de l'avocat général est sortie de son contexte car celui-ci s'il reconnaît la dualité du droit européen, il considère cependant qu'en cas de hiérarchisation, c'est le droit européen qui doit primer sur le droit international⁷⁸. D'autre part, le tribunal ne mentionne pas l'arrêt en lui-même. En réalité, le juge de l'Union a déclaré, contrairement à ce que retient le tribunal, que le droit européen constitue « *système juridique autonome à laquelle un accord international ne saurait porter atteinte* »⁷⁹. Cette position conservatrice du

⁷¹ GAILLARD Emmanuel, BANIFAMETTI Yas, *op. cit.*, p. 381.

⁷² CIRDI, *Electrabel S.A c. Hongrie*, *op. cit.* para. 4.20.

⁷³ *Ibid.*, para. 4.112.

⁷⁴ *Idem.*

⁷⁵ MADURO Poiars, conclusions sous CJUE, affaire C-402/05, [2008], *Kadi et Al Barakaat International Foundation contre Conseil et Commission*, para. 21, 16 janvier 2008.

⁷⁶ CIRDI, *Electrabel S.A c. Hongrie*, *op. cit.*, para. 4.117.

⁷⁷ *Ibid.*, para. 4.126.

⁷⁸ MADURO Poiars, *op. cit.*, para. 24.

⁷⁹ CJCE, *Kadi et Al Barakaat International Foundation contre Conseil et Commission*, *op. cit.*, para. 316.

juge européen entre donc en contradiction avec la volonté du tribunal de traiter le droit européen comme toute autre norme de droit international.

Pas de dialogue des juges alors pour l'arbitre d'investissement, au contraire, une indifférence à la jurisprudence pertinente en la matière. Même s'il est vrai qu'il est difficile de se référer aux décisions de la CJUE pour parvenir à une qualification uniforme du droit européen, le tribunal contredit directement une conception du système européen comme un vase clos, dont le droit ne peut être qu'appliqué par les juges qui en font partie. La référence, qui plus est sortie de son contexte, des conclusions de l'Avocat général à une affaire qui infirme la position adoptée manifeste une volonté de se distancier des conceptions eurocentristes de la CJUE. Ce faisant, le tribunal arrive toutefois à un équilibre des normes en cause. Par cette attitude, Franck Latty considère en effet qu'au final, la sentence est équilibrée, puisqu'elle parvient à « ne pas faire disparaître totalement la protection dont bénéficient les investisseurs et le souci de ne pas faire obstacle à la construction européenne en mettant les États membres de l'Union face à des obligations européennes et internationales contradictoires »⁸⁰. La méthodologie interprétative des tribunaux confirme leur volonté d'éviter les conflits de normes frontaux.

II. Des méthodes distinctes de résolution des conflits entre apathie et autarcie

Les solutions proposées par les différents prétoires sont animées par des logiques distinctes, obéissant à la perspective dans laquelle elles se situent. Ainsi, l'arbitre CIRDI aborde les conflits dans une optique de coordination des ordres juridiques sans toutefois l'avouer (A) alors que le juge européen se place dans une situation de primauté affirmée de son droit (B).

A. Des tentatives de coordination à peine assumées par les tribunaux CIRDI

L'interprétation littérale des traités bilatéraux d'investissement permet aux arbitres d'exclure l'application normative du droit européen, tout en lui reconnaissant une portée contentieuse en tant que fait pour apprécier les obligations contenues dans les TBI, niant ainsi tout conflit (1). En cas de conflit plus substantiel, le recours à une interprétation harmonieuse permet de le contourner (2).

1. Le recours à une interprétation littérale pour nier le conflit de normes

Dans l'affaire *AES Summit*, le tribunal avait jugé que le droit de l'Union européenne devait être considéré comme un fait, ne permettant pas aux Etats de s'en prévaloir pour s'exonérer d'une obligation internationale par laquelle ils étaient liés⁸¹. Dans l'affaire *Micula*, le tribunal exclut l'applicabilité des normes européennes par un raisonnement chronologique, soulignant qu'au moment des faits, la Roumanie n'était pas membre de l'Union européenne, que le TBI ne mentionne pas l'accession à l'Union et réciproquement⁸². Dans l'affaire *Electrabel*, le tribunal a décidé que quand le droit de l'Union européenne ne relevait pas du Traité sur la Charte de l'Énergie (TCE), il devait être analysé comme un fait⁸³.

Les tribunaux ne considèrent pas le droit de l'Union européenne en tant que tel dans ces affaires. Pour employer les termes de la sentence *AES*, le différend ne concerne pas un conflit entre le droit européen et le droit international, mais plutôt la conformité du comportement de l'Etat au droit international. Dès lors, c'est le comportement en propre de l'Etat qui est examiné par les tribunaux, pas la validité du droit de l'Union⁸⁴. Ce dernier n'intervient que pour déterminer la rationalité ou la transparence des mesures prises par les Etats. En conséquence de quoi, les tribunaux retiennent que le droit de l'Union européenne doit être considéré comme un fait permettant d'évaluer le comportement de l'Etat⁸⁵. Pour

⁸⁰ LATTY Franck, « arbitrage transnational et droit international général (2012) », *Annuaire français de droit international*, 2012, p. 635.

⁸¹ CIRDI, *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft c. Hongrie*, sentence du 23 septembre 2010, affaire n° ARB/07/22, para. 7.6.6.

⁸² CIRDI, *Micula*, *op. cit.*, para. 319.

⁸³ CIRDI, *Electrabel*, *op. cit.*, para. 4. 127 – 4. 129.

⁸⁴ CIRDI, *AES*, para. 7.6.8-9.

⁸⁵ CIRDI, *Electrabel*, *op. cit.*, para. 4. 117-4.118. ; CIRDI, *AES*, 7.6.6. ; CIRDI, *Micula*, *op. cit.*, para. 327 – 329.

justifier cette lecture du droit, les tribunaux ont recours à la Convention de Vienne sur le droit des traités, en particulier à son article 31. Il s'agit d'un « *réflexe naturel des arbitres CIRDI* » lorsque des parties font valoir des prétentions contradictoires relatives à une norme internationale⁸⁶. Il s'agit également d'une référence pour la Cour de Justice de l'Union européenne qui considère la règle d'interprétation littérale comme un principe de l'ordre juridique communautaire⁸⁷. Cependant, elle avait affirmé dès 1960 qu'elle ne saurait se contenter de l'interprétation littérale. La *ratio legis* doit prendre le pas pour la CJUE, affirmant alors sa préférence pour une méthode interprétative dite « systémique ».

Partant, « [l']opposition entre l'interprétation « systémique » et évolutive défendue par la Roumanie et la Commission européenne et l'interprétation littérale et téléologique retenue par le tribunal arbitral révèle une conception sensiblement différente du rôle que ces institutions entendent jouer dans le système qui les a instituées »⁸⁸. L'interprétation systémique est sans doute moins appropriée pour les tribunaux CIRDI. Celle-ci implique en effet que l'opinion des arbitres soit prépondérante sur le texte et l'intention première des rédacteurs d'une convention, ainsi que des parties qui déterminent la compétence des panels. L'interprétation littérale est donc plus appropriée dans ce type de contentieux. Etant une juridiction permanente dont les membres sont élus et représentatifs, la Cour de justice préféra une méthodologie plus systémique, qui correspond beaucoup plus à ses prétentions de Cour constitutionnelle de l'ordre juridique européen. Une interprétation littérale, si elle n'empêche pas un recours à la jurisprudence d'autres instances (d'ailleurs, les tribunaux CIRDI font fréquemment référence à des sentences antérieures), limite les emprunts jurisprudentiels, qui constituent des interprétations en elles-mêmes d'un texte, s'éloignant donc du sens ordinaire du terme.

2. Le recours à une interprétation harmonieuse pour contourner les conflits de normes

Marti Koskeniemi estime que la technique d'interprétation harmonieuse est une méthode largement acceptée et utilisée par les juges internationaux⁸⁹. Celle-ci a le mérite de rechercher avant tout la coordination des normes plutôt que leur antagonisme. Cependant, elle est limitée dans le sens où, comme le note Christopher Borgen, « *it may resolve apparent conflicts; it cannot resolve genuine conflicts* »⁹⁰. En effet, l'interprétation harmonieuse présuppose « *une présomption de compatibilité (...) qui conduit à interpréter les deux normes à la lumière de leurs contextes respectifs* »⁹¹. L'idée selon laquelle le droit international des investissements et le droit européen devaient faire l'objet d'une interprétation harmonieuse a été abordée à l'occasion de l'affaire *Electrabel*.

La Commission européenne dans son mémoire d'*amici curiae* estime que l'interprétation harmonieuse est un axiome de la société internationale découlant de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁹². La société demanderesse dans son mémoire refuse le principe d'application générale d'une telle méthodologie, mais reconnaît son utilité au regard des circonstances de l'espèce⁹³. Le tribunal arbitral a suivi la soumission de la société, reconnaissant que le recours à l'interprétation harmonieuse n'était pas un principe général de droit international, mais que son utilisation dépendait de l'appréciation des arbitres⁹⁴. En l'espèce, les circonstances ont amené les juges à recourir à cette méthode d'interprétation. Cela ne relève d'aucune technique juridique, mais de considérations ayant trait à la genèse du TCE. Aussi, trois éléments amènent le tribunal à ne pas trouver de contradiction entre le droit européen et le droit international en l'espèce.

⁸⁶ LATTY Franck, « Les techniques interprétatives du CIRDI », numéro spécial sur « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, volume 115, numéro 2, 2011, p. 462.

⁸⁷ Voir par exemple : CJCE, 2 mars 1999, *Eddline El-Yassini*, C-416/96, *Rec.* p. I-1209, para. 47 ; CJUE, 25 février 2010, *Firma Brita GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, C-386/08, *Rec.* p. I-01289, para. 42.

⁸⁸ REMY Benjamin, *op. cit.*, para. 2.

⁸⁹ Conclusions fragmentation, A/CN.4/L.682, para. 38.

⁹⁰ BORGES Christopher, « Resolving Treaty Conflicts », *George Washington International Law Review*, volume 37, 2005, pp. 605-606.

⁹¹ ANOU Gérard, *op. cit.*, para. 6.

⁹² CIRDI, *Electrabel*, *op. cit.*, para. 4.59.

⁹³ *Ibid.*, para. 4.43.

⁹⁴ *Ibid.*, para. 4.130.

Le premier, il serait absurde pour l'Union européenne de signer le TCE s'il contenait des obligations contraires au droit européen. Il faudrait donc assumer de l'Union européenne qu'elle avait anticipé toutes les contradictions de normes en se reposant sur les instances internationales pour donner plein effet au principe d'interprétation harmonieuse. Il est vrai que la CIJ dans l'affaire du *droit de passage* avait reconnu « *qu'un texte émanant d'un Gouvernement doit, en principe, être interprété comme étant destiné à produire des effets conformes et non pas contraires au droit existant* »⁹⁵. Le tribunal semble donc, sans le dire, s'aligner sur la jurisprudence de la CIJ, alors qu'il a rejeté le principe général d'interprétation harmonieuse tel que formulé par les parties.

Le deuxième élément retenu par les arbitres pour nier le conflit de normes repose sur l'idée que la TCE et le droit de l'UE ont en commun l'objectif de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles. Cette concordance implique pour les investisseurs l'impossibilité de se prévaloir d'une exonération par le TCE des obligations de droit européen. Le tribunal souligne l'importance de cet objectif en se référant, là encore, aux conclusions de l'Avocat général à l'affaire *Commission contre Slovaquie*, qui écrivait que « [l']objectif de la politique énergétique de l'Union est de permettre l'ouverture des marchés et la création de conditions de concurrence équitables par la suppression du traitement préférentiel accordé aux anciens monopoles, de sorte à accroître la concurrence sur le marché »⁹⁶. Dans l'arrêt concerné, la Cour se réfère plusieurs fois aux conclusions de l'Avocat général, mais occulte le passage retenu par le tribunal. Elle contredit même cet extrait des conclusions, retenant qu'il est parfaitement possible pour des traitements préférentiels d'exister⁹⁷.

Le troisième et dernier élément, traité de manière beaucoup plus expéditive par le tribunal, est que le TCE reconnaît à ses signataires l'effet obligatoire des décisions des instances de l'UE sur ses membres. Dès lors, les investisseurs ne peuvent soutenir qu'une décision prise par l'UE sort du cadre juridique du TCE. Il est possible de voir dans cette dernière approche une référence à la théorie dégagée par la CJUE dans l'affaire *Kadi*. En effet, il n'est pas question pour le tribunal de régler le différend en ayant recours à une hiérarchisation des normes en cause et d'opposer des ordres juridiques. Au contraire, la solution retenue est bien plus similaire à l'approche désormais suivie par les juges européens pour faire coexister la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'Homme, illustrée par les affaires *Bosphorus* de la Cour européenne des droits de l'homme⁹⁸, ou la jurisprudence dite *So lange* de la Cour constitutionnelle allemande⁹⁹. Autrement dit, le tribunal semble considérer que l'ordre juridique européen offre une protection équivalente des investisseurs à celle prévue par le TCE. Au final, considérons avec Franck Latty, qu'« [à] défaut d'un principe général d'interprétation harmonieuse, la solution laisse imaginer qu'un tel principe existe lorsque l'interprétation concerne des conventions « en réseau » »¹⁰⁰. On peut en partie expliquer que les tribunaux refusent de s'insérer dans une démarche systémique par l'attitude de la CJUE à leur égard.

⁹⁵ CIJ, *Affaire du droit de passage en territoire indien (Portugal c. Inde), exceptions préliminaires*, arrêt du 26 novembre 1957, C. I. J. Recueil 1957, p. 125.

⁹⁶ JÄÄSKINEN Niilo, conclusions sous CJUE, *Commission c. Slovaquie*, Rec. p. I-08065, C-264/09, 15 mars 2009, para. 50.

⁹⁷ CJUE, 15 septembre 2011, *Commission c. Slovaquie*, C-264/09, Rec. p. I-08065, para. 51-52.

⁹⁸ CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus Airways*, para. 162-164.

⁹⁹ Allemagne, Cour constitutionnelle, 29 mai 1974, *So lange 1* ; Allemagne, Cour constitutionnelle, 22 octobre 1986, *So lange 2* ; Allemagne, Cour constitutionnelle, 12 mai 1989, *So lange 3* ; Allemagne, Cour constitutionnelle, 30 mai 2009, *So lange 4*.

¹⁰⁰ LATTY Franck, « arbitrage transnational et droit international général (2012) », *Annuaire français de droit international*, 2012, p. 611.

B. La résolution des conflits au travers d'une logique hiérarchique avec primauté du droit européen par la CJUE

Le juge européen utilise la doctrine de l'effet utile pour assurer de manière détournée la primauté de son droit sur les obligations contenues dans les TBI (1). En outre, le refus de reconnaître la possibilité pour les tribunaux de lui poser une question préjudicielle s'inscrit dans une logique d'exclusion de tout dialogue entre juges (2).

1. L'effet utile, contrefeu pour la primauté du droit européen

Dans les affaires relatives aux traités bilatéraux intra européens déjà évoquées, la Cour se repose sur l'effet utile des dispositions du TFUE pour considérer qu'il existe une incompatibilité entre ce dernier et les accords d'investissements de la Suède, de la Finlande et de l'Autriche, « lorsque, d'une part, [ceux ci ne prévoient] pas de disposition permettant à l'État membre concerné d'exercer ses droits et de remplir ses obligations en tant que membre de la Communauté et que, d'autre part, aucun mécanisme de droit international ne le permet non plus »¹⁰¹. En cause sont des mesures de restrictions des capitaux que le Conseil peut prendre à effet immédiat en vertu des articles 57, 59 et 60 CE. Dès lors que les TBI ne prévoient pas de suspension des clauses de liberté totale des capitaux, il ressort effectivement une incompatibilité entre eux et le droit européen. Cependant, en analysant le rapport entre ces normes sous l'angle de l'effet utile des traités européens adopte une logique larvée de primauté du droit de l'Union. A propos de cette utilisation de l'effet utile, la sentence *Eureko* amène un éclairage particulier.

Les arbitres font une référence directe à cette jurisprudence de la CJUE. Ils s'en servent pour exclure le raisonnement des juges à l'espèce qui leur est soumise. Une des questions soulevées concerne la liberté de transfert de capitaux pour déterminer s'il y a une équivalence entre le TBI et le TFUE sur cette matière. Si la CJUE considère qu'il n'y a pas de moyen de concilier les différentes obligations en présence, le tribunal considère en revanche qu'il n'y a aucune incompatibilité sur ce point¹⁰². Au stade de la décision sur la compétence, le tribunal a estimé que le droit européen pouvait avoir un impact sur la détermination des droits et des devoirs des parties dans l'application du TBI, mais que cela relevait d'une question de fond, et en l'espèce, cela ne posait aucun obstacle à sa compétence pour connaître du litige.

Malheureusement, l'analyse de l'affaire au fond ne permet pas d'avoir d'éléments supplémentaires. En effet, lors de l'examen au fond, le tribunal ne s'est pas prononcé sur une compatibilité du droit européen avec le TBI, retenant que c'est l'accord bilatéral qui gouverne le contentieux et qu'aucune question de droit européen n'est soulevée. Il affirme en conséquence que « [n]othing in this Award amounts to, or implies, a decision that Respondent or Claimant has acted in conformity with EU law or contrary to EU law in any respect »¹⁰³. Pour l'arbitre d'investissement, il n'est pas question d'avoir recours à l'effet utile en l'espèce. Ce dernier considère qu'il n'y a pas d'articulation à opérer entre le droit européen et le TBI, dans la mesure où c'est ce dernier qui détermine exclusivement la portée des obligations à supporter par les parties au différend.

En établissant que l'application d'autres dispositions amènerait à vider les dispositions du TFUE de leur substance, il s'agit pour la Cour de leur donner « un rang de priorité »¹⁰⁴ par rapport aux clauses des accords bilatéraux. Si cette logique peut être admissible dans les relations entre l'organisation et ses membres, dans la mesure où la Cour fait de l'effet utile un des composants de la primauté du droit

¹⁰¹ CJUE, *Kadi et Al Barakaat International Foundation contre Conseil et Commission*, *op. cit.*, para. 45 ; CJUE, *Commission c. Suède*, *op. cit.*, para. 45 ; CJCE, 19 novembre 2009, *Commission c. Finlande*, *op. cit.*, para. 50.

¹⁰² CPA, *Eureko*, décision sur la compétence, *op. cit.*, para. 249.

¹⁰³ CPA, *Eureko*, sentence du 7 décembre 2012, para. 276.

¹⁰⁴ LUIS DA CRUZ VILAÇA José, « Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour », in CJUE (dir.) *La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, Springer, 2013, p. 287.

européen¹⁰⁵, elle est en revanche largement inopportune dans les relations extérieures de l'Union. En effet, le recours à la technique de l'effet utile permet de mettre en balance les intérêts des ordres juridiques, afin que les tribunaux puissent utiliser le maximum de chacune des normes qu'ils contiennent¹⁰⁶. Il ne s'agit en aucun cas de donner plein effet aux dispositions comme semble le prétendre la Cour de justice de l'Union. Si aucun tribunal CIRDI ne s'est prononcé sur la portée de ces arrêts de la CJUE, il est probable que, le cas échéant, soit adoptée la lecture de la sentence *Eureka*. En effet, le CIRDI reconnaît que le principe de l'effet utile joue un rôle important dans le droit des traités en tant qu'il permet de donner à des dispositions un sens plutôt que de leur en priver¹⁰⁷. Cependant, l'effet utile tel que l'entend la Cour de Justice est exclu. Autrement dit, si une norme extérieure prive l'effet utile d'une norme européenne, celle-ci doit être écartée. Or, cela se fait bien au détriment de l'effet utile de la norme extérieure. Pour donner sa pleine mesure à l'effet utile, il faudrait rechercher à sacrifier une partie de l'effet maximal de plusieurs normes en présence afin de donner à chacune un sens¹⁰⁸. Cette démarche serait pertinente dans le cas d'un dialogue institutionnalisé, mais la CJUE refuse toute question préjudicielle de la part des tribunaux.

2. Le refus d'étendre la possibilité de saisine de la CJUE d'une question préjudicielle par les tribunaux d'investissement

À l'occasion de l'affaire *Danfoss*, le juge européen a mis au point une méthodologie pour apprécier la notion de juridiction au sens de l'article 267 TFUE¹⁰⁹. Tenant fermement à garder la main mise sur son ordre juridique, le juge européen précise par la suite qu'il s'agit d'une « question qui relève uniquement du droit de l'Union »¹¹⁰. Son analyse est donc autonome et *in concreto*. À cette fin, elle détermine la qualité de juridiction compétente pour soumettre une question préjudicielle en tenant compte de « l'origine légale de l'organisme, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application, par l'organisme des règles de droit ainsi que son indépendance »¹¹¹. La Cour a entendu récemment rappeler sa jurisprudence constante en la matière¹¹². Il en ressort qu'un tribunal constitué en vertu du droit international n'est pas une juridiction au sens de l'article 267 TFUE dès lors que rien n'oblige les parties à « confier leurs différends à l'arbitrage et que les autorités publiques de l'État membre concerné ne sont ni impliquées dans le choix de la voie de l'arbitrage ni appelées à intervenir d'office dans le déroulement de la procédure devant l'arbitre »¹¹³. L'affaire *Nordsee* en particulier constitue le point de départ de la réflexion. Le juge européen concède un aspect juridictionnel à l'arbitrage en ce qu'il est « organisé dans le cadre de la loi, que l'arbitre est appelé à décider conformément au droit et que sa sentence aura, entre parties, autorité de chose jugée et pourra constituer titre exécutoire si elle est revêtue de l'exequatur »¹¹⁴. Toutefois, la Cour analyse la clause de règlement des différends comme un élément de nature à exclure la qualité de juridiction au tribunal, dans la mesure où il n'y avait aucune obligation de sélectionner l'arbitrage comme mode de règlement des différends. Elle s'appuie également sur l'absence de caractère permanent des tribunaux. Partant, elle refuse de reconnaître la faculté pour les tribunaux de lui soumettre des questions préjudicielles¹¹⁵.

Ici, on observe que la Cour ne fait que matérialiser dans son contentieux les positions de la Commission européenne. Cette dernière estime que l'arbitrage d'investissement souffre d'un vice majeur,

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 281.

¹⁰⁶ DUMBROVSKY Tomas, « Effet Utile as a Unifying Doctrine in a Constitutionally Pluralist Europe », In TICHY Lubos, POTACS Michael, DUMBROVSKY Tomas (dir.) *Effet Utile*, Charles University, Prague 2014, p. 112.

¹⁰⁷ CIRDI, *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., and Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, sentence du 9 octobre 2014, affaire n° ARB/07/27, para. 116. Notons à titre surabondant que ce paragraphe fait une référence explicite à la sentence *Eureka*.

¹⁰⁸ Tomas DUMBROVSKY, *op. cit.*, p. 112.

¹⁰⁹ CJCE, 17 octobre 1989, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark contre Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss*, 109/88, para. 7 – 8.

¹¹⁰ CJUE, 31 février 2013, *Belov*, C-394/11, ECLI:EU:C:2013:48, para. 38.

¹¹¹ CJCE, 17 septembre 1997, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft v Bundesbaugesellschaft Berlin*, C-54/96, *Rec. p.* I-04961, para. 23 ; CJUE, *Belov*, *op. cit.*, para. 38.

¹¹² CJUE, 13 février 2014, *Merck Canada*, C-555/13, ECLI:EU:C:2014:92, para. 17.

¹¹³ CJCE, 23 mars 1982, *Nordsee*, C-102/81, *Rec. p.* 1095, para. 10 -12 ; CJCE, 27 janvier 2004, *Denuit et Cordonnier*, C-125/04, *Rec. p.* I-00923, par 13.

¹¹⁴ CJUE, *Nordsee*, *op. cit.*, para. 10.

¹¹⁵ BROBERG Morten, FENGE Niels, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Larcier, 2013, p. 111.

son caractère éphémère. Cela a pour conséquence un manque de cohérence, de transparence, générant dès lors de l'insécurité juridique¹¹⁶. Or, de tous les critères retenus pour qualifier une instance de juridiction, la permanence est sans doute le moins pertinent. Comme le notent Sébastien Mancieux et Eric Loquin, la volonté de réformer l'arbitrage par la Commission « révèle une grande méconnaissance de la réalité de l'arbitrage »¹¹⁷. Force est de constater que les arbitres amenés à officier sont régulièrement les mêmes, de telle sorte qu'il existe une forme de permanence, tout à fait assimilable à une forme de judiciarisation de l'office CIRDI. D'autres indices tendent également en ce sens.

Pour Carlo Santulli, une juridiction se définit selon trois éléments « classiques », de sorte qu'il s'agit de toute instance dont la fonction est de mettre « fin à un différend par une décision obligatoire rendue en application du droit »¹¹⁸. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, un « tribunal » (comprendre ici une juridiction) se détermine selon deux éléments : sa fonction « trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence », et son organisation : être établi par la loi, impartial et indépendant¹¹⁹. La Cour de Justice de l'Union considère elle aussi les critères d'impartialité et d'indépendance comme opératoires dans la définition d'une juridiction¹²⁰. A l'inverse, Carlo Santulli estime qu'il ne s'agit pas d'éléments d'identification de la juridiction mais de règles qui s'imposent à elle. Ces éléments seraient, selon l'auteur, « bien inutiles » car « seuls les organes respectant déjà les exigences du tiers impartial et du procès équitable seraient des juridictions soumises à ces mêmes règles »¹²¹. En outre, l'absence de caractère permanent ne constitue pas un obstacle à la qualification de juridiction¹²². Par ailleurs, la lecture de la Convention de Washington nous révèle que la fonction comme l'organisation des tribunaux en font des juridictions *ad hoc*. Son article 25 donne compétence aux tribunaux pour régler les différends concernant un investissement entre un Etat et une personne privée¹²³. L'article 42 quant à lui définit le droit applicable : en premier lieu, celui déterminé par les parties au préalable, et en l'absence d'un tel accord, le droit international ou le droit interne de l'Etat contractant¹²⁴. L'article 53 consacre l'autorité des sentences rendues par les panels. Enfin, la constitution du tribunal est encadrée par une procédure prévue aux articles 37 à 40 de la Convention.

Tous ces éléments tendent à prouver que les tribunaux CIRDI remplissent les conditions de juridiction posées tant par la doctrine que les différentes jurisprudences internationales. Et si le critère d'indépendance des arbitres peut sembler faire défaut, dans la mesure où les arbitres sont nommés par un accord des parties, il n'est pas opératoire dans l'analyse d'un dialogue des juges. Ce n'est pas tant sur la forme mais sur le fond qu'il faut comprendre l'expression dialogue des juges. En effet, qu'un individu porte ne porte pas le nom de juge ou ne soit pas appelé à exercer son office au sein d'une juridiction n'empêche pas de dialogue sur l'application et l'interprétation des normes. Dès lors qu'un arbitre, investi par les parties au litige de l'autorité pour prononcer une décision obligatoire en application d'une règle de droit préétablie, interprète et met en œuvre une ou plusieurs normes, il occupe matériellement la fonction de juge. Si l'habit ne fait pas le moine, la robe ne fait pas plus le juge. Le dialogue doit alors se comprendre comme celui qui peut s'établir entre les autorités investies du pouvoir de régler les différends, pas comme le dialogue entre individus qui siègent dans des juridictions. Même si le droit applicable fait l'objet d'une sélection par les parties et même si les panels sont constitués par elles, cela ne préjuge en rien du rôle substantiel de l'arbitre dans la détermination des règles de droit.

¹¹⁶ Commission européenne, *Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux*, Communication de la commission au conseil, au parlement européen, au comité économique et social européen et au comité des régions, 7 juillet 2010, p. 11.

¹¹⁷ MANCIAUX Sébastien, LOQUIN Eric, « Les propositions de l'Union européenne pour l'arbitrage d'investissement », in MAYER Pierre (dir.), *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 167.

¹¹⁸ SANTULLI Carlo, *Introduction au droit international*, Paris, Pedone, 2013, p. 149 ; SANTULLI Carlo, « Qu'est ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'ORD », *Annuaire français de droit international*, volume 46, 2000, p. 62.

¹¹⁹ CEDH, *Sramek c. Autriche*, arrêt du 22 octobre 1984, série A n°84, para. 36.

¹²⁰ CJCE, 30 mars 1993, *Pierre Corbiau contre Administration des contributions*, C-24/92, para. 16-17.

¹²¹ SANTULLI Carlo, *Introduction au droit international*, *op. cit.*, p. 149.

¹²² PELLET Alain, « La jurisprudence de la Cour internationale de Justice dans les sentences CIRDI – Lalive Lecture, 5 juin 2013 », *Journal du Droit international (Clunet)*, 2014, pp. 11-15 ; SANTULLI Carlo, *Introduction au droit international*, *op. cit.*, p. 151.

¹²³ *Convention de Washington*, article 25.

¹²⁴ *Ibid.*, article 42.

Il est alors regrettable que la Cour nie expressément toute interaction institutionnelle entre elle et les tribunaux d'investissement¹²⁵. Ceci s'explique à nouveau par le rôle que la Cour entend jouer et a affirmé dans l'arrêt Kadi. Elle est la cour constitutionnelle d'un ordre juridique autonome. Du point de vue du juge européen, la relation que le droit européen et le droit international entretiennent est gouvernée par l'ordre juridique européen. Le droit international ne peut donc y exister qu'à condition de respecter les principes constitutionnels de l'Union¹²⁶. Qu'à cela ne tienne. Mettons-en garde le juge européen toutefois, car une telle démarche fragilise bien plus l'ordre juridique international qu'elle ne l'unifie : entre autonomie et isolation, il n'y a qu'un pas. Une autre démarche est possible, et semble encore embryonnaire au sein du CIRDI, qui fait émerger une circulation des normes entre les systèmes juridiques au travers d'une « *forme de pluralisme qui se doit d'être, non pas organisé, mais coordonné* »¹²⁷.

¹²⁵ Voir en ce sens Konstanz VON PAPP, « Clash of “autonomous legal orders”: Can EU Member State courts bridge the jurisdictional divide between investment tribunals and the ECJ? – A plea for direct referral from investment tribunals to the ECJ », *Common Market Law Review*, volume 50, 2013, pp. 1039-1081.

¹²⁶ MADURO Poiares, *op. cit.*, para. 24

¹²⁷ Sebastien TOUZE, *op. cit.*, p. 69.

Bibliographie

Manuels et Encyclopédies

CARREAU Dominique, JUILLIARD Patrick, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 5^{ème} édition, 2013, 816 p.

COMBACAU Jean, SUR Serge, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 10^{ème} édition, 2012, 820 p.

DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8^{ème} édition, 2009, 1709 p.

MUCHLINSKI Peter, ORTINO Federico, SCHREUER Christoph, *The Oxford handbook of international investment law*, Oxford University Press, 2008, 1282 p.

SANTULLI Carlo, *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005, 584 p.

SANTULLI Carlo, *Introduction au droit international*, Paris, Pedone, 2013, 310 p.

Ouvrages

ROBERT Sabrina, *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement : Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 545 pages.

SCHREUER Christoph, *The ICSID Convention : a Commentary*, Cambridge University Press, 2009, 1596 pages.

LAVRANOS Nikolaos, « On the Need to Regulate Competing Jurisdictions between International Courts and Tribunals », *European University Institute Working Paper, Max Weber Programme*, 2009, 65 p.

BROBERG Morten, FENGE Niels, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Larcier, 2013, 668 p.

KESSEDJIAN Catherine, *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, Paris, éditions Panthéon-Assas, 2011, 232 p.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, DOUBOUT Edouard, MAITROT DE LA MOTTE Alexandre, TOUZE Sebastien (dir.), *les interactions normatives, droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, Pedone, 2012, 380 p.

Chapitres d'ouvrages

GIARDINA Andrea, « La question du droit applicable : l'application directe du droit européen et son influence sur le droit et l'arbitrage des investissements », in KESSEDJIAN Catherine, *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, Paris, éditions Panthéon-Assas, 2011, pp. 149-164.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'intention de Bruno Genevois », *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, pp. 95-130.

CREPET DAIGREMONT Claire, « Les interactions normatives dans le domaine des investissements : la remise en cause du droit international par le droit de l'Union européenne », in BURGORGUE-LARSEN Laurence, DOUBOUT Edouard, MAITROT DE LA MOTTE Alexandre, TOUZE Sebastien (dir.), *les interactions normatives, droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, Pedone, 2012, pp. 167-179.

LUIS DA CRUZ VILÇA José, « Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour », in CJUE (dir.) *La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, Springer, 2013, pp. 279-306.

MANCIAUX Sébastien, LOQUIN Eric, « Les propositions de l'Union européenne pour l'arbitrage d'investissement », in MAYER Pierre (dir.), *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 2012, pp. 153-174.

REINISCH August, « The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: The Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System? Some Reflections From the Perspective of Investment Arbitration », in BUFFARD Isabelle, CRAWFORD James, PELLET Alain, WITTICH Stephan, *International Law between Universalism and Fragmentation*, Brill, 2008, pp. 107-125.

TOUZE Sébastien, « la prise en compte du droit de l'Union européenne dans l'élaboration des normes du droit international – esquisse d'une lecture générale orientée », in BURGORGUE-LARSEN Laurence, DOUBOUT Edouard, MAITROT DE LA MOTTE Alexandre, TOUZE Sébastien (dir.), *les interactions normatives, droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, Pedone, 2012, pp. 53-69.

BANIFAMETI Yas, « The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration », in Katia YANNACA-SMALL, *Arbitration under International Investment Agreements : a Guide to the Key issues*, New-York, Oxford University Press, 2010, pp. 191-210.

Articles de revues

ANOU Gérard, « Les conflits entre le droit de l'Union européenne et le droit international des investissements dans l'arbitrage CIRDI », *Journal du droit international (Clunet)*, 2015, n°2, pp. 505-523.

BENJAMIN Rémy, « Chronique des sentences arbitrales », *Journal du Droit international (Clunet)*, 2013, n°1, pp. 231-246.

BORGEN Christopher, « Resolving Treaty Conflicts », *George Washington International Law Review*, volume 37, 2005, pp. 573-650.

CAZALA Julien, « La contestation de la compétence exclusive de la Cour de justice des Communautés européennes. Étude des relations entre divers systèmes internationaux de règlement des différends », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2004, n° 3, pp. 505-532.

CHARNEY Jonathan, « The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals », *New-York University Journal of International Law and Politics*, volume 31, 1999, pp. 697-708.

DE BÚRCA Gráinne, « The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi », *Harvard International law journal*, volume 51, numéro 1, 2010, p. 1-52.

DUMBROVSKY Tomas, « Effet Utile as a Unifying Doctrine in a Constitutionally Pluralist Europe », In TICHY Lubos, POTACS Michael, DUMBROVSKY Tomas (dir.) *Effet Utile*, Charles University, Prague 2014, pp. 93-113.

DUPUY Pierre-Marie, « The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice », *New-York University Journal of International Law and Politics*, volume 31, 1999, pp. 791-807.

FOURET Julien, KHAYAT Dany, « Centre international pour le règlement des différends relatif aux investissements », *Revue québécoise de droit international*, volume 19, numéro 1, 2006, pp. 271-347.

GAILLARD Emmanuel, BANIFAMETI Yas, « The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process », *ICSID Review*, volume 18, numéro 2, 2003, pp. 375-411.

GUILLAUME Gilbert, « L'unité du droit international est elle aujourd'hui en danger ? », *Revue internationale de droit comparé*, volume 55, numéro 1, 2003, pp. 23-30.

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

LATTY Franck, « arbitrage transnational et droit international général (2008) », *Annuaire français de droit international*, volume 54, 2008, pp. 467-512.

LATTY Franck, « Les techniques interprétatives du CIRDI », numéro spécial sur « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, volume 115, numéro 2, 2011, pp. 459-480.

LATTY Franck, JACOB Patrick « arbitrage transnational et droit international général (2012) », *Annuaire français de droit international*, 2012, pp. 605-652.

NEFRAMI Eleftheria, « Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2012, pp. 197-203.

PELLET Alain, « La jurisprudence de la Cour internationale de Justice dans les sentences CIRDI – Lalive Lecture, 5 juin 2013 », *Journal du Droit international (Clunet)*, 2014, pp. 5-32.

POTESTA Michèle, « Bilateral Investment Treaties and the European Union. Recent Developments in Arbitration and Before the ECJ », *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2009, pp. 225-245.

ROUSSEAU Charles, « De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international », *RGDIP*, volume 39, 1932, pp. 133-192.

SANTULLI Carlo, « Qu'est ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'ORD », *Annuaire français de droit international*, volume 46, 2000, pp. 58-81.

VON PAPP Konstanzt, « Clash of “autonomous legal orders”: Can EU Member State courts bridge the jurisdictional divide between investment tribunals and the ECJ? – A plea for direct referral from investment tribunals to the ECJ », *Common Market Law Review*, volume 50, 2013, pp. 1039-1081.

Articles tirés d'internet

EECKHOUT Piet, « Kadi and Al Barakaat: Luxembourg is not Texas – or Washington DC », *EJIL Talk !* disponible sur <http://www.ejiltalk.org/kadi-and-al-barakaat-luxembourg-is-not-texas-or-washington-dc/> (consulté, en dernier lieu, le 29 août 2015).

POPOV Athanase, « L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH », *La Revue des droits de l'homme* disponible sur <http://revdh.revues.org/1065> (consulté, en dernier lieu, le 29 août 2015)

Autres documents

Commission européenne, *Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)*, rapport du 13 janvier 2015.

Commission européenne, *Lettre à la Roumanie*, 1^{er} octobre 2014, document C(2014) 6848 final.

Commission européenne, *Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux*, Communication de la commission au conseil, au parlement européen, au comité économique et social européen et au comité des régions, 7 juillet 2010.

LANGÉ Bernd (rapporteur), *Négociations du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement, proposition d'amendement numéro 117, paragraphe 1, point d, sous-point xv*, document A8-0175/2015, 7 juillet 2015.

CNUCED, *Traitement de la nation la plus favorisée*, Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II, disponible sur http://unctad.org/fr/Docs/diaeia20101_fr.pdf (consulté, en dernier lieu, le 29 août 2015).

Jurisprudences

- Cour de Justice de l'Union européenne

CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26-62, *Rec. p. I-0003*.

CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel* 6/64, *Rec. p. I-01141*.

CJCE, 23 mars 1982, *Nordsee*, C-102/81, *Rec. p. 1095*.

CJCE, 17 octobre 1989, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark contre Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss*, 109/88.

CJCE, 30 mars 1993, *Pierre Corbiau contre Administration des contributions*, C-24/92.

CJCE, 17 septembre 1997, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft v Bundesbaugesellschaft Berlin*, C-54/96, *Rec. p. I-04961*.

CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss c. Benetton*, C-126/97, *Rec. p. I. 3055*.

CJCE, 27 janvier 2004, *Denuit et Cordonnier*, C-125/04, *Rec. p. I-00923*.

CJCE, 30 mai 2006, *Commission contre Irlande*, C-459/03, *Rec. p. I-04635*.

CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation contre Conseil et Commission*, C-402/05, *Rec. p. I-06351*.

- MADURO Poiaras, conclusions sous CJCE, *Kadi et Al Barakaat International Foundation contre Conseil et Commission*, C-402/05, 16 janvier 2008, para. 21.

CJCE, 3 mars 2009, *Commission c. Autriche*, C-205/06, *Rec. p. I. 1301*.

CJCE, 3 mars 2009, *Commission c. Suède*, C-249/06, *Rec. p. I. 1335*.

CJCE, 19 novembre 2009, *Commission c. Finlande*, C-118/07, *Rec. p. I-10889*.

CJUE, 15 septembre 2011, *Commission c. Slovaquie*, C-264/09, *Rec. p. I-08065*.

- JÄÄSKINEN Niilo, conclusions sous CJUE, *Commission c. Slovaquie*, *Rec. p. I-08065*, C-264/09, 15 mars 2009.

CJUE, 31 février 2013, *Belov*, C-394/11, ECLI:EU:C:2013:48.

CJUE, 13 février 2014, *Merck Canada*, C-555/13, ECLI:EU:C:2014:92.

CJUE, affaire en cours, *Micula et autres contre Commission*, T-646/14.

CJUE, 18 décembre 2014, *Avis au titre de l'article 218, paragraphe 11, TFUE*, C-2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

- Sentences arbitrales

CIRDI, *Electrabel S.A c. Hongrie*, sentence du 30 novembre 2012, Affaire n° ARB/07/19.

CIRDI, *Burlington Resources Inc. e.a. c. Équateur et PetroEcuador*, décision sur la compétence du 2 juin 2010, Affaire n° ARB/08/5.

CIRDI, *Emilio Augusto Mafezzini c. Espagne*, décision sur la compétence du 25 janvier 2000, Affaire n° ARB/97/7.

CIRDI, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food SA, S.C. Starmill SRL and A.C. Multipack SRL c. Roumanie*, sentence du 11 décembre 2013, Aff. n° ARB/05/20

CIRDI, *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft c. Hongrie*, sentence du 23 septembre 2010, affaire n° ARB/07/22.

CPA, *Eureko B.V. c. Slovaquie* :

- Sentence du 7 décembre 2012.

- Décision sur la compétence du 26 octobre 2010.
CCS, *Eastern Sugar c. République Tchèque*, sentence partielle du 27 mars 2007.

Table des Matières

Sommaire	1
Sigles et abréviations	2
Introduction	3
I. L’absence de dialogue quant à l’articulation des ordres juridiques	5
A. Une analyse eurocentrée classique et obsolète des rapports avec le droit international des investissements	5
1. La contestation de la compétence exclusive de la Cour de Justice par les tribunaux d’investissement.....	5
2. La contradiction entre les TBI et l’article 351 TFUE.....	7
3. L’impossible exécution des sentences CIRDI dans l’ordre juridique européen ?.....	9
B. La divergence quant à la place du droit de l’Union européenne dans les sources du droit 10	
1. La liberté d’élection du droit applicable par les tribunaux d’investissement.....	10
2. La nature ambivalente du droit de l’union européenne au regard de la législation des Etats membres et du droit international	11
3. L’intégration du droit européen dans le droit international par le tribunal de l’affaire <i>Electrabel</i>	12
II. Des méthodes distinctes de résolution des conflits entre apathie et autarcie	13
A. Des tentatives de coordination à peine assumées par les tribunaux CIRDI	13
1. Le recours à une interprétation littérale pour nier le conflit de normes.....	13
2. Le recours à une interprétation harmonieuse pour contourner les conflits de normes.....	14
B. La résolution des conflits au travers d’une logique hiérarchique avec primauté du droit européen par la CJUE	16
1. L’effet utile, contrefeu pour la primauté du droit européen.....	16
2. Le refus d’étendre la possibilité de saisine de la CJUE d’une question préjudicielle par les tribunaux d’investissement.....	17
Bibliographie	20
Table des Matières	25