CETA : Compatibilité au droit de l'Union Européenne du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et Etats

Alors que le TAFTA (« *Traité de Libre Echange Transatlantique* » ou « TTIP » en anglais) a été abandonné, par un avis du 30 avril 2019, la Cour de Justice de l'Union Européenne (« CJUE ») s'est prononcée sur la compatibilité au droit de l'Union du mécanisme de règlement des différends prévu par l'Accord Economique et Commercial Global (« AECG ») - plus connu sous l'acronyme CETA (« *Comprehensive Economic and Trade Agreement* ») - conclu entre le Canada et l'Union Européenne.

Le 6 mars 2018, la CJUE ayant considéré dans sa décision Achmea que le droit de l'Union était incompatible à la disposition d'un traité bilatéral d'investissement (« TBI ») conclu entre Etats Membres de l'Union Européenne permettant à un investisseur de l'Union d'initier une procédure arbitrale contre l'un des Etats membres[1], fort était à parier qu'une telle décision serait transposée au mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et Etats prévu par le CETA.

Pourtant, le 30 avril 2019, à la lumière de la décision Achmea et des décisions antérieures, la CJUE a rendu, sur demande du Royaume de Belgique, un avis au raisonnement ambitieux mais contestable par lequel elle énonce la compatibilité de ce mécanisme au droit de l'Union.

- **Sur la compatibilité de ce mécanisme à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union Européenne**

De manière générale et conformément à la position adoptée dans la décision Achmea, la CJUE rappelle que l'interprétation définitive du droit de l'Union ne doit pas relever d'une juridiction concurrente.

Elle précise ainsi que « *pour garantir la préservation des caractéristiques spécifiques et de l'autonomie de l'ordre juridique ainsi créé, les traités ont institué un système juridictionnel destiné à assurer la cohérence et*

l'unité dans l'interprétation du droit de l'Union », se référant expressément au renvoi préjudiciel prévu par le Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne.

S'agissant en particulier des dispositions du CETA, la CJUE précise qu'un tribunal, un tribunal d'appel et un tribunal multilatéral d'investissements peuvent être établis et *«interpréter et appliquer les dispositions»*, elle relève cependant que *« ces tribunaux étant extérieurs au système juridictionnel de l'Union, ils ne sauraient être habilités à interpréter ou à appliquer des dispositions du droit de l'Union autres que celles de l'AECG ou à rendre des sentences qui puissent avoir pour effet d'empêcher les institutions de l'Union de fonctionner conformément au cadre constitutionnel de celle-ci »*.

La CJUE écarte toute incompatibilité au principe d'autonomie en soulignant que le CETA contient des clauses prévoyant expressément une incompétence de tels tribunaux pour remettre en cause les choix *« démocratiquement opérés au sein d'une Partie à cet accord en matière, notamment, de niveau de protection de l'ordre public, de la sécurité publique, [...] de préservation de l'innocuité alimentaire, [...] de la sécurité des produits [...] ou encore des droits fondamentaux »*.

- **Sur la compatibilité du mécanisme de règlement des différends au principe général d'égalité de traitement et d'exigence d'efficacité**

D'une part, s'agissant du principe d'égalité de traitement, la CJUE est interrogée sur le fait que *« l'AECG prévoit pour les investisseurs canadiens une voie juridictionnelle privilégiée. En effet, les entreprises canadiennes investissant dans l'Union pourront porter un différend soit devant une juridiction interne de l'Union soit devant le Tribunal de l'AECG, tandis que les entreprises de l'Union investissant dans l'Union n'auront pas ce choix »*.

A ce sujet, la CJUE précise que puisque tant les investisseurs de l'Union dans leurs relations avec le Canada, que les investisseurs canadiens dans leurs relations avec un Etat membre, pourront porter leur différend devant le Tribunal du CETA il n'y a pas lieu de considérer que le fait qu'un investisseur de l'Union investissant dans un Etat membre ne puisse pas saisir cette juridiction constituerait une discrimination. La CJUE considère en effet que cette différence de traitement se justifie par une différence objective de situation.

D'autre part, sur l'exigence d'efficacité, la CJUE retient qu'il ne peut être considéré que le CETA porterait atteinte à l'effectivité du droit de l'Union au seul motif que dans des circonstances exceptionnelles, une sentence adoptée par le Tribunal du CETA pourrait neutraliser une amende pour infraction au droit de la concurrence infligée par la Commission européenne ou l'autorité de concurrence de l'un des Etats membres. Le droit de l'Union permettant l'annulation de l'amende lorsque celle-ci est entachée d'un vice correspondant à celui que le tribunal du CETA pourrait constater.

- **Sur la compatibilité au droit d'accès à un tribunal indépendant**

La CJUE souligne que si l'accord vise à rendre le Tribunal du CETA accessible à toute entreprise et personne physique canadienne investissant dans l'Union européenne ainsi qu'à toute personne de l'Union européenne investissant au Canada, elle relève qu'en l'absence d'un régime garantissant l'accessibilité financière du

Tribunal aux personnes physiques et aux PME, le mécanisme pourrait *in fine* être seulement accessible aux investisseurs disposant de ressources financières significatives.

Ceci étant, en raison et sous réserve de la mise en œuvre des engagements pris par la Commission européenne et le Conseil de l'Europe, la CJUE considère que le CETA est compatible avec l'exigence d'accessibilité et d'accès à un tribunal indépendant.

*

Si l'analyse contenue dans cet avis est décevante - un fossé semble en effet se creuser entre les principes auxquels la CJUE se réfère et la portée qu'elle leur confère dans ses avis et décisions - il constitue tout de même une première étape vers la création d'un droit de l'investissement privé étranger respectant les aspirations des Etats et des investisseurs.

Telle était d'ailleurs l'ambition présentée par l'Avocat Général Yves BOT selon lequel « *l'Union se trouve à l'avant-garde d'un mouvement dont l'avenir dira s'il est juridiquement amené à être perpétué* ».

Dans cette perspective, si depuis le 30 avril 2019, le CETA peut pleinement entrer en vigueur, sous réserve de la ratification par les Etats membres de l'Union européenne, l'impact de la validation de ce mécanisme par la CJUE sur la volonté de la Commission européenne de généraliser un mécanisme spécifique de règlement des différends entre investisseurs et États (« RDIE ») en lieu et place de l'arbitrage prévu par les TBI existants devra être scruté de près.

[1] Cf. article intitulé [L'incompatibilité au droit de l'Union européenne d'une clause d'arbitrage incluse dans un Traité Bilatéral d'Investissements conclu entre deux Etats membres](#) publié en mars 2018

Soulier Avocats est un cabinet d'avocats pluridisciplinaire proposant aux différents acteurs du monde industriel, économique et financier une offre de services juridiques complète et intégrée.

Nous assistons nos clients français et étrangers sur l'ensemble des questions juridiques et fiscales susceptibles de se poser à eux tant dans le cadre de leurs activités quotidiennes qu'à l'occasion d'opérations exceptionnelles et de décisions stratégiques.

Chacun de nos clients bénéficie d'un service personnalisé adapté à ses besoins, quels que soient sa taille, sa nationalité et son secteur d'activité.

Pour plus d'informations, nous vous invitons à consulter notre site internet : www.soulier-avocats.com.

Le présent document est fourni exclusivement à titre informatif et ne saurait constituer ou être interprété comme un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'utilisation qui pourrait être faite des informations qu'il contient.