

Arrêt Achmea : quelles stratégies pour les entreprises européennes pour protéger leurs investissements dans l'UE ?

La Cour de justice de l'Union européenne a jugé que les clauses d'arbitrage investisseur-État contenues dans les TBI intra-UE sont incompatibles avec le droit de l'UE. Décryptage de cet arrêt lourde conséquences.

PAR HUGUES BOUTHINON-DUMAS ET VERONIKA KOROM

L'arrêt Achmea, rendu par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) le 6 mars 2018, affirme que le recours à l'arbitrage d'investissement fondé sur les traités bilatéraux de protection des investissements (TBI) est incompatible avec le droit de l'Union européenne dès lors que les traités sont conclus entre des pays membres de l'UE (TBI intra-UE). Cette décision majeure va obliger les entreprises européennes à élaborer de nouvelles stratégies pour protéger leurs investissements au sein du marché intérieur contre le risque d'une atteinte portée à ceux-ci par les États membres.

REMISE EN CAUSE DE L'ARBITRAGE DÉCOULANT DES TRAITÉS BILATÉRAUX DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS INTRA-UE PAR LA CJUE

Au cours des dernières années et jusqu'à l'arrêt Achmea, les investisseurs européens, notamment des entreprises françaises comme Veolia, Servier, Sodexo et Chèque Déjeuner, se sont largement appuyés sur les TBI intra-UE pour demander des indemnités devant les tribunaux arbitraux pour les pertes

subies en raison de l'ingérence des pouvoirs publics des États membres accueillant leurs investissements.

De nombreuses affaires ont concerné des investissements effectués par des entreprises d'Europe de l'Ouest dans des pays d'Europe centrale et orientale. Ces pays avaient en effet conclu des TBI entre le démantèlement des économies planifiées dans les années 1990 et leur adhésion à l'UE, pour attirer des investissements européens. Mais le nombre croissant de procédures d'arbitrage fondées sur des TBI intra-UE a suscité de plus en plus de critiques de la part des États membres de l'UE, de la société civile et des ONG. La Commission européenne a elle aussi vigoureusement critiqué ces traités et le recours à l'arbitrage entre États et entreprises à l'intérieur de l'UE rendu possible par ces traités. Jusqu'à présent, les tribunaux arbitraux avaient systématiquement rejeté les positions de la Commission sur l'invalidité et l'inapplicabilité des TBI intra-UE.

L'arrêt Achmea de la CJUE déstabilise le système juridique de protection des investissements étrangers à l'intérieur de l'Union européenne. Témoin de l'importance du sort de l'arbitrage

d'investissement intra-EU, la Cour siègeait en sa formation la plus solennelle et a entendu des interventions de la part de très nombreux États membres ainsi que de la Commission européenne. Prenant le contrepied des conclusions de l'avocat général Wathelet, la Cour a jugé que les clauses d'arbitrage investisseur-État contenues dans les TBI intra-UE sont incompatibles avec le droit de l'UE. Elle a considéré que ces clauses portent atteinte à l'autonomie du droit de l'UE en établissant un mécanisme alternatif de résolution des différends qui ne peut pas garantir que les litiges relatifs qui pourraient être relatifs à l'application ou à l'interprétation du droit de l'UE soient tranchés par un tribunal au sein du système juridique de l'UE.

LES CONSÉQUENCES DE L'ARRÊT ACHMEA POUR LES ENTREPRISES

L'impact précis de l'arrêt de la Cour est difficile à déterminer avec certitude, mais on peut d'ores et déjà tracer quelques perspectives.

■ Perte de l'intérêt des arbitrages d'investissement intra-UE
Les tribunaux arbitraux constitués sur la base de TBI intra-UE pour connaître

des litiges d'investissement ne sont pas directement liés par la jurisprudence de la CJUE. Certains tribunaux arbitraux pourraient être tentés de refuser de se déclarer incompétents, mais on peut s'attendre à ce que l'arrêt Achmea conduisent à terme les tribunaux à refuser d'examiner les demandes introduites par des investisseurs de l'UE contre des États membres de l'UE sur la base de tels traités.

Il découle aussi de l'arrêt Achmea que les sentences arbitrales rendues sur la base de TBI intra-UE doivent être considérées comme incompatibles avec le droit de l'UE. À ce titre, les tribunaux des États membres de l'UE, qui eux sont liés par le droit de l'UE et donc par l'arrêt Achmea, doivent annuler la sentence fondée sur un TBI intra-UE lorsqu'ils sont saisis d'un recours contre une telle sentence. La Pologne et la Hongrie ont déjà engagé des procédures d'annulation contre des sentences rendues à leur encontre sur la base des TBI intra-UE en se référant à l'arrêt Achmea. Pour les mêmes raisons, les tribunaux des États-membres doivent également refuser de reconnaître et d'exécuter ces sentences arbitrales intra-UE.

Dans ces conditions, les investisseurs de l'UE n'ont plus intérêt à engager des procédures d'arbitrage longues et coûteuses dans l'espoir d'être indemnisés pour les pertes subies en raison de l'ingérence des pouvoirs publics dans leurs investissements. Cela explique par exemple qu'Airbus ait d'ores et déjà décidé de retirer une demande contre la Pologne fondée sur le TBI France-Pologne au sujet de l'annulation d'un contrat portant sur des hélicoptères.

■ **Désavantage compétitif vis-à-vis des investisseurs non communautaires**
Néanmoins, si le recours à l'arbitrage entre investisseurs et États dans le cadre des TBI intra-UE n'est plus possible, les investisseurs de pays tiers bénéficiaires des TBI conclus avec les États membres de l'UE peuvent continuer à compter sur ces traités pour la protection de leurs investissements dans l'UE. En d'autres termes, si les investissements des entreprises hors UE continueront d'être protégés dans l'UE par le biais des TBI, ceux des investisseurs de l'UE ne le seront pas. Achmea entraîne donc un

certain désavantage concurrentiel pour les investisseurs de l'UE et leurs investissements. Mais cette asymétrie pourrait aussi constituer une opportunité pour limiter les effets négatifs de la jurisprudence Achmea sur les entreprises européennes.

QUELLES PROTECTIONS DES INVESTISSEMENTS INTRA-UE APRÈS ACHMEA ?

Au lendemain d'Achmea, les investisseurs de l'UE qui continuent à investir dans le marché intérieur et qui souhaitent continuer à bénéficier d'une protection juridique efficace pour leurs investissements contre d'éventuelles actions gouvernementales défavorables peuvent envisager d'autres solutions en attendant un éventuel rééquilibrage par les autorités européennes. Par exemple, il serait judicieux de structurer ou de restructurer des investissements intra-UE de manière à inclure dans la structure de l'entreprise au moins une entité basée en dehors de l'UE dans un pays qui a signé un TBI avec l'État membre concerné de l'UE. En entreprenant cette restructuration

avant qu'un différend en matière d'investissement ne survienne, les investisseurs de l'UE pourraient continuer à être protégés par les TBI pour leurs investissements devant un tribunal arbitral le cas échéant. Une autre solution pourrait consister pour les investisseurs de l'UE à rechercher des garanties contractuelles directes auprès des États hôtes membres de l'UE pour la protection de leurs investissements. Ces garanties contractuelles directes sont plus difficiles à obtenir et les investisseurs peuvent avoir du mal à les faire respecter à moins qu'elles ne contiennent une clause d'arbitrage adéquate.

En attendant un éventuel nouveau régime paneuropéen de protection des investissements qui garantisse un niveau approprié de protection matérielle et procédurale pour les investisseurs de l'UE dans le marché intérieur de l'UE (comme suggéré dans le "Non-Paper" de mai 2016), les entreprises vont devoir faire preuve d'une habileté juridique redoublée dans un environnement juridique bouleversé par l'arrêt Achmea. ■

à propos de

HUGUES BOUTHINON-DUMAS ET VERONIKA KOROM

Hugues Bouthinon-Dumas est professeur associé du département Droit et Environnement de l'entreprise au sein de l'ESSEC Business School.

Veronika Korom, avocate, est professeur assistant au sein du département Droit et Environnement de l'entreprise à l'ESSEC Business School où elle enseigne le droit international économique, le droit européen ainsi que l'arbitrage international.

