

DROIT SOCIAL EUROPÉEN

Traité bilatéral d'investissement – Disposition permettant à un investisseur d'un État contractant de saisir un tribunal arbitral en cas de litige avec l'autre État contractant – Réforme du système de santé slovaque contestée par un groupe d'assureurs néerlandais – Tribunal arbitral ne pouvant être considéré comme une juridiction d'un des États membres visée par le TFUE – Opposition du droit de l'Union à la disposition en cause.

CJUE (Grande Chambre) 6 mars 2018

République Slovaque c. Groupe Achmea BV, C-284/16

[...]

31. Par ses première et deuxième questions, qu'il convient de traiter ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, si les articles 267 et 344 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition contenue dans un accord international conclu entre les États membres, telle que l'article 8 du TBI, aux termes de laquelle un investisseur de l'un de ces États membres peut, en cas de litige concernant des investissements dans l'autre État membre, introduire une procédure contre ce dernier État membre devant un tribunal arbitral, dont cet État membre s'est obligé à accepter la compétence.

32. Afin de répondre à ces questions, il convient de rappeler que, selon 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. Ce principe est notamment inscrit dans l'article 344 TFUE, selon lequel 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 [avis 2/13 (Adhésion de l'Union à la CEDH), du 18 décembre 2014, EU :C :2014 :2454, point 201 et jurisprudence citée].

33. Selon une jurisprudence également constante de la Cour, l'autonomie du droit de l'Union, au regard tant du droit des États membres que du droit international, se justifie en raison des caractéristiques essentielles de l'Union et de son droit, relatives, notamment, à la structure constitutionnelle de l'Union ainsi qu'à la nature même dudit droit. Le droit de l'Union se caractérise en effet par la circonstance d'être issu d'une source autonome, constituée par les traités, par sa primauté par rapport aux droits des États membres ainsi que par l'effet direct de toute une série de dispositions applicables à leurs ressortissants et à eux-mêmes. De telles caractéristiques ont donné lieu à un réseau structuré de principes, de règles et de relations juridiques mutuellement interdépendantes liant, réciproquement, l'Union elle-même et ses États membres, ainsi que ceux-ci entre eux [voir, en ce

sens, avis 2/13 (Adhésion de l'Union à la CEDH), du 18 décembre 2014, EU :C :2014 :2454, points 165 à 167 ainsi que jurisprudence citée].

34. Le droit de l'Union repose ainsi sur la prémisses fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée, comme il est précisé à l'article 2 TUE. Cette prémisses implique et justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres dans la reconnaissance de ces valeurs et, donc, dans le respect du droit de l'Union qui les met en œuvre. C'est précisément dans ce contexte qu'il incombe aux États membres, notamment, en vertu du principe de coopération loyale, énoncé à l'article 4, paragraphe 3, premier alinéa, TUE, d'assurer, sur leurs territoires respectifs, l'application et le respect du droit de l'Union et de prendre, à ces fins, toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union [avis 2/13 (Adhésion de l'Union à la CEDH), du 18 décembre 2014, EU :C :2014 :2454, points 168 et 173 ainsi que jurisprudence citée].

35. Pour garantir la préservation des caractéristiques spécifiques et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, les traités ont institué un système juridictionnel destiné à assurer la cohérence et l'unité dans l'interprétation du droit de l'Union [avis 2/13 (Adhésion de l'Union à la CEDH), du 18 décembre 2014, EU :C :2014 :2454, point 174].

36. Dans ce cadre, conformément à l'article 19 TUE, il appartient aux juridictions nationales et à la Cour de garantir la pleine application du droit de l'Union dans l'ensemble des États membres ainsi que la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent dudit droit [voir, en ce sens, avis 1/09 (Accord sur la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets), du 8 mars 2011, EU :C :2011 :123, point 68, et 2/13 (Adhésion de l'Union à la CEDH), du 18 décembre 2014, EU :C :2014 :2454, point 175, ainsi que arrêt du 27 février 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, EU :C :2018 :117, point 33].

37. En particulier, la clef de voûte du système juridictionnel ainsi conçu est constituée par la procédure du renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE qui, en instaurant un dialogue de juge à juge, précisément entre la Cour et les juridictions des États membres, a pour but d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union, permettant ainsi d'assurer sa cohérence, son plein effet et son autonomie ainsi que, en dernière instance, le caractère propre du droit institué par les traités [avis 2/13 (Adhésion de l'Union à la CEDH), du 18 décembre 2014, EU :C :2014 :2454, point 176 et jurisprudence citée].

[...]

54. Certes, en ce qui concerne l'arbitrage commercial, la Cour a jugé que les exigences tenant à l'efficacité de la procédure arbitrale justifient que le contrôle des sentences arbitrales exercé par les juridictions des États membres revête un caractère limité, pourvu que les dispositions fondamentales du droit de l'Union puissent être examinées dans le cadre de ce contrôle et, le cas échéant, faire l'objet d'un renvoi préjudiciel devant la Cour (voir, en ce sens, arrêts du 1^{er} juin 1999, Eco Swiss, C-126/97, EU :C :1999 :269, points 35, 36 et 40, ainsi que du 26 octobre 2006, Mostaza Claro, C-168/05, EU :C :2006 :675, points 34 à 39).

55. Toutefois, une procédure d'arbitrage, telle que celle visée à l'article 8 du TBI, se distingue d'une procédure d'arbitrage commercial. En effet, alors que la seconde trouve son origine dans l'autonomie de la volonté des parties en cause, la première résulte d'un traité, par lequel des États membres consentent à soustraire à la compétence de leurs propres juridictions et, partant, au système de voies de recours juridictionnel que l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE leur impose d'établir dans les domaines couverts par le droit de l'Union (voir, en ce sens, arrêt du 27 février 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, EU :C :2018 :117, point 34), des litiges pouvant porter sur l'application ou l'interprétation de ce droit. Dans ces conditions, les considérations énoncées au point précédent, relatives à l'arbitrage commercial, ne sont pas transposables à une procédure d'arbitrage, telle que celle visée à l'article 8 du TBI.

56. Par conséquent, compte tenu de l'ensemble des caractéristiques du tribunal arbitral visées à l'article 8 du TBI et rappelées aux points 39 à 55 du présent arrêt, il y a lieu de considérer que, par la conclusion du TBI, les États membres parties à celui-ci ont instauré un mécanisme de résolution de litiges opposant un investisseur à un État membre susceptible d'exclure que ces litiges, alors même qu'ils pourraient concerner l'interprétation ou l'application du droit de l'Union, soient tranchés d'une manière garantissant la pleine efficacité de ce droit.

57. Certes, selon une jurisprudence constante de la Cour, un accord international, prévoyant la création d'une juridiction chargée de l'interprétation de ses dispositions et dont les décisions lient les institutions, y compris la Cour, n'est, en principe, pas incompatible avec le droit de l'Union. En effet, la compétence de l'Union en matière de relations internationales et sa capacité à conclure des accords internationaux comportent nécessairement la faculté de se soumettre aux décisions d'une juridiction créée ou désignée en vertu de tels accords, pour ce qui concerne l'interprétation et l'application de leurs dispositions, pourvu que l'autonomie de l'Union et de son ordre juridique soit respectée [voir, en ce sens, avis 1/91 (Accord EEE – I), du 14 décembre 1991, EU :C :1991 :490, points 40 et 70 ; 1/09 (Accord sur la création d'un système unifié de règlement

des litiges en matière de brevets), du 8 mars 2011, EU :C :2011 :123, points 74 et 76, ainsi que 2/13 (Adhésion de l'Union à la CEDH), du 18 décembre 2014, EU :C :2014 :2454, points 182 et 183].

58 Cependant, en l'occurrence, outre le fait que les litiges relevant de la compétence du tribunal arbitral visé à l'article 8 du TBI sont susceptibles d'être relatifs à l'interprétation tant de cet accord que du droit de l'Union, la possibilité de soumettre ces litiges à un organisme qui ne constitue pas un élément du système juridictionnel de l'Union est prévue par un accord qui a été conclu non pas par l'Union, mais par des États membres. Or, ledit article 8 est de nature à remettre en cause, outre le principe de confiance mutuelle entre les États membres, la préservation du caractère propre du droit institué par les traités, assurée par la procédure du renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE, et n'est dès lors pas compatible avec le principe de coopération loyale rappelé au point 34 du présent arrêt.

59. Dans ces conditions, l'article 8 du TBI porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union.

60. Par conséquent, il convient de répondre aux première et deuxième questions que les articles 267 et 344 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition contenue dans un accord international conclu entre les États membres, telle que l'article 8 du TBI, aux termes de laquelle un investisseur de l'un de ces États membres peut, en cas de litige concernant des investissements dans l'autre État membre, introduire une procédure contre ce dernier État membre devant un tribunal arbitral, dont cet État membre s'est obligé à accepter la compétence.

[...]

Note.

L'arrêt rendu le 6 mars 2018 par la Grande chambre de la CJUE, sur les conclusions contraires de l'avocat général Wathelet, et après les observations (variées) de quinze États membres et de la Commission, est un « grand arrêt », et marque peut-être une étape. Le sens de la décision est clair : le recours à l'arbitrage prévu pour régler les différends entre un investisseur et un État d'accueil dans les traités bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres est contraire au droit de l'Union européenne.

Après avoir rappelé les enjeux, bien illustrés par l'espèce ayant donné lieu à la question préjudicielle tranchée par la Cour, il faut s'interroger sur l'impact qu'aura cet arrêt.

Un auteur avisé résume bien les réactions contra-

dictoires qu'il suscite : « pour une partie des spécialistes du droit des investissements, cet arrêt remet en cause des dispositifs inhérents à la mondialisation de la circulation des capitaux et à la sécurisation des investissements dans les États membres de l'Union européenne, garanties par les mécanismes permettant d'assurer la protection des placements financiers contre les règles de contrôle progressivement instaurées au niveau national ou européen contre les abus du capitalisme financier, et, le cas échéant, ouvrant aux cabinets d'avocats internationaux et aux arbitres un secteur d'intervention leur permettant de se libérer des contraintes de droits étatiques ressentis comme des entraves à une *lex mercatoria* considérée comme un paradis juridique transnational libérant enfin le commerce international des enfers, ou des purgatoires, d'une souveraineté désuète. Pour d'autres, tout aussi spécialistes du droit des investissements, la solution particulièrement vigoureuse retenue par la Cour de justice, est de nature à limiter la tendance inquiétante à la privatisation de la justice, permettant aux opérateurs économiques de se soustraire à l'application du droit, qu'il soit national ou européen, au profit de solutions qui tendent parfois à confondre compromis et compromission... » (1).

1. Le droit de réguler des États, dans les domaines environnementaux, sociaux et de santé publique, contesté par les multinationales.

Les traités bilatéraux ou multilatéraux d'investissements, très nombreux (2), qui s'inscrivent souvent dans les traités de libre échange, garantissent une protection aux investisseurs dans l'État où ils interviennent. Ils prévoient toujours un dispositif juridique permettant à un investisseur étranger prétendant qu'un État partie au traité ne respecte pas celui-ci de saisir une instance internationale (composée en général d'arbitres privés) plutôt que les tribunaux de l'État partie concerné.

Des multinationales se sont emparées du mécanisme dans des affaires célèbres : Philip Morris a prétendu contester à l'Australie, au nom du respect de sa propriété intellectuelle, le droit de légiférer sur le « paquet neutre » de cigarettes, et le groupe suédois Vattenfall, exploitant deux centrales nucléaires en Allemagne, a réclamé plus de 4 milliards d'euros à ce pays, en contestant sa décision de sortir du nucléaire à l'horizon 2022, devant un tribunal arbitral de la Banque mondiale. Dans le premier cas, la multinationale a échoué pour des raisons de procédure et de fraude. La seconde affaire n'est pas terminée.

(1) D.Simon. L'arbitrage en matière d'investissement remis en cause par la Cour de Justice ? Europe, n° 5, Mai 2018, étude 3.

(2) Peut-être 2000 au plan international ? Ils sont recensés sur le site de la Banque mondiale.

Dans l'espèce en cause, les aspects financiers, réels, n'étaient pas aussi colossaux, mais se rencontraient les mêmes principes. Un traité d'investissement avait été conclu en 1991 entre les Pays-Bas et la République fédérale tchèque et slovaque et était toujours applicable à la République slovaque, en 2004, quand elle mit en œuvre une réforme de son système de santé, ouvrant le marché slovaque aux opérateurs privés, puis quand elle revint partiellement, en 2006, sur cette libéralisation de l'assurance maladie, interdisant ensuite la distribution des bénéfices produits par les activités d'assurance maladie privée. Cette dernière mesure fut jugée inconstitutionnelle et les bénéfices purent de nouveau être distribués. Mais le groupe d'assureurs Achmea entama une procédure arbitrale, en vertu du TBI, estimant que les mesures législatives lui avaient causé un préjudice. Le lieu de l'arbitrage étant Francfort-sur-le-Main, le droit allemand était applicable. La République slovaque soutint l'incompétence du tribunal arbitral, sans succès, et fut condamnée, en 2012, à payer plus de 22 millions de dommages-intérêts à Achmea. Elle introduisit alors en Allemagne un recours en annulation contre la sentence arbitrale, rejeté au niveau régional, d'où un recours devant la Cour fédérale de justice d'Allemagne. La thèse de la République slovaque se fondait sur son adhésion à l'Union européenne et sur l'incompatibilité du mécanisme d'arbitrage prévu par le TBI avec le droit de l'Union. Ce qui conduisit la Cour fédérale allemande à la question préjudicielle posée à la Cour de justice, visant précisément les articles 18, 267 et 344 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

2. Le mécanisme arbitral ne remplit pas les critères permettant de parler de « juridiction » au sens du droit de l'Union européenne.

On relève d'abord la distinction que fait la CJUE entre la procédure d'arbitrage du TBI et l'arbitrage commercial : « *alors que la seconde trouve son origine dans l'autonomie de la volonté des parties en cause, la première résulte d'un traité, par lequel des États membres consentent à soustraire à la compétence de leurs propres juridictions et, partant, au système de voies de recours juridictionnel* » (visé par le traité) des litiges susceptibles de recouper le droit de l'Union.

La CJUE fait ensuite la différence avec ce que serait la clause d'un accord international prévoyant la création d'une juridiction chargée d'en interpréter les dispositions et dont les décisions pourraient lier y compris la Cour, si l'Union était partie à l'accord, et pourvu que l'ordre juridique de l'Union soit respecté, comme elle l'a affirmé, par exemple, dans son avis sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'Homme (avis 2/13 du 18 décembre 2014). Et

une fois de plus, elle se fonde sur l'autonomie du droit de l'Union et sur sa compétence, mais en donnant une particulière vigueur à son analyse du système juridictionnel.

Le système prévu par les traités sur l'Union européenne, celui du renvoi préjudiciel, qualifié par l'arrêt du 8 mars 2018 de « clé de voûte » repose, avec le droit de l'Union, sur « *la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée, comme il est précisé à l'article 2 TUE.* » À cette prémisse est rattachée la « confiance mutuelle » entre les États et le principe de la coopération loyale et, dans ce cadre, il appartient aux juridictions nationales et à la Cour de « *garantir la pleine application du droit de l'Union dans l'ensemble des États membres, ainsi que la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent dudit droit* » Or, les litiges dont peut être amené à connaître le tribunal arbitral créé par le TBI sont appelés à être tranchés en considération du droit en vigueur dans les États parties, droit en vigueur dont le droit de l'Union fait partie. Cela signifie que le tribunal arbitral peut être amené à interpréter, voire à appliquer le droit de l'Union. Cela n'est possible, affirme la CJUE, que si ce tribunal constitue un élément du système juridictionnel d'un État membre, ici les Pays-Bas et la Slovaquie, ce qui n'est pas le cas. Quant à un éventuel contrôle de la sentence arbitrale par la juridiction d'un État membre qui pourrait être l'occasion d'un renvoi préjudiciel, la CJUE relève que le TBI a donné un caractère définitif aux décisions du tribunal arbitral et lui permet de fixer ses propres règles de procédure, y compris pour le contrôle de la sentence arbitrale. D'autre part, le contrôle de la sentence doit encore être permis par le droit national applicable et, en l'occurrence, le droit allemand ne prévoit qu'un contrôle limité à la validité de la convention d'arbitrage et au respect de l'ordre public.

D'où la première conclusion de la Cour : un tribunal arbitral, tel que celui visé par le TBI liant les Pays-Bas et la République slovaque, ne saurait être considéré comme étant une « *juridiction d'un État membre* » au sens du traité sur le fonctionnement de l'Union (article 267). D'où, ensuite, la réponse à la question préjudicielle : le droit de l'Union (les articles 267 et 344 du TFUE) s'oppose à une disposition contenue dans un accord international conclu entre les États membres aux termes de laquelle un investisseur de l'un de ces États membres peut, en cas de litige concernant des investissements dans l'autre État membre, introduire une procédure contre ce dernier État membre devant un tribunal arbitral, dont cet État membre s'est obligé à accepter la compétence.

3. Quel sera l'impact de la décision de la Cour ?

Il convient de ne pas exagérer la portée de l'arrêt du 6 mars 2018, qui conduit à beaucoup de questions. Il n'est pas certain qu'il mette un terme à l'arbitrage dans les traités d'investissement : l'arrêt ne vise que les traités conclus entre les États membres, ce qui ne concerne ni les traités conclus avec des pays tiers, ni ceux auxquels l'Union européenne elle-même est partie. Cette dernière hypothèse renvoie particulièrement au traité CETA (Comprehensive Economic and Trade agreement, accord économique et commercial global) conclu entre l'Union européenne et le Canada, déjà ratifié par le Parlement européen (15 février 2017), mais non par tous les États membres. Dans le CETA, une première version du règlement des différends a été remplacée, à la suite d'une grande campagne de protestations, par un tribunal « permanent » des investissements (avec une liste restreinte d'arbitres) doté d'un mécanisme d'appel. Mais, comme l'a relevé la Commission nationale consultative des Droits de l'Homme (CNCDH) dans un avis (3) très motivé, une réflexion s'impose sur un changement radical, l'instauration d'un recours exclusif aux juridictions nationales.

La CJUE fonde exclusivement sa motivation sur l'autonomie et le particularisme du droit de l'Union

Européenne. Issu des traités européens, caractérisé par sa primauté sur les droits nationaux, par l'effet direct, dans de nombreux cas, de ses dispositions invocables par les justiciables des États membres, l'ordre juridique de l'Union européenne va de pair avec un système juridictionnel qui fait coopérer les juridictions nationales et la Cour de Justice, habilitée à trancher les questions d'interprétation.

Il reste que l'on trouve dans l'arrêt (§ 34) une référence à « *une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée* », et le visa de l'article 2 du Traité UE renvoie clairement aux valeurs de démocratie, d'État de droit et d'une certaine idée de la justice, qui n'est pas la justice privée et le choix par les puissances financières des règles de procédure et davantage.

C'est pourquoi l'on s'abstiendra, en terminant ces lignes, de céder à l'usage de nombreux commentaires d'arrêt de la Cour de Justice consistant à lui attribuer les palmes du libéralisme et de la rationalité économique. L'arrêt du 6 mars 2018 invite à prendre en compte les contradictions qui s'expriment jusque dans cette institution, et à saisir toutes les occasions de mobiliser les principes fondamentaux.

Michèle Bonnechère

(3) Avis sur les accords internationaux de commerce et d'investissement : ne sacrifions pas les droits de l'Homme aux intérêts commerciaux – L'exemple de l'accord économique et

commercial global entre l'Union européenne et le Canada. JO du 7 mars 2017. texte 65.