

Position : tirer les conséquences de la décision Achmea de la CJUE tout en protégeant les intérêts légitimes des entreprises

A. Les accords de protection des investissements intra-UE ont fourni des outils indispensables de résolution des litiges survenus entre investisseurs et Etats d'accueil

- Si les accords bilatéraux d'investissement intra-UE représentent seulement 12,8 % du nombre total d'accords bilatéraux d'investissement conclus par les Etats membres (10 % dans le cas de la France), **75 % des affaires portées devant les mécanismes de règlement des différends investisseurs-Etat (MRDIE) prévus par ces accords a porté sur des litiges intra-communautaires** (entre investisseurs d'un Etat membre et un autre Etat membre) entre 1994 et 2014 (chiffres UNCTAD 2014). C'est dire si les **MRDIE intracommunautaires ont constitué au cours des vingt dernières des outils de résolution des litiges d'une importance primordiale pour les investisseurs de l'UE au sein du marché intérieur.**
- Au sein de ces litiges intra-communautaires, les **nouveaux Etats membres** avec lesquels la France a conclu la quasi-totalité de ses accords bilatéraux intra-UE représentent **l'immense majorité des Etats membres attirés à des procédures d'arbitrage par des investisseurs d'un autre Etat membre.** Une telle situation montre que les **MRDIE des accords bilatéraux ont accompagné les investissements dans ces Etats et se sont avérés des filets de sécurité indispensables** pour garantir sinon la pérennité des investissements, du moins **un traitement équitable et des décisions rapides en cas de changement réglementaire affectant ces investissements** dans ces Etats membres.

B. La remise en cause des clauses d'arbitrage des accords d'investissements intra-UE ne doit pas compromettre les intérêts légitimes des entreprises des Etats signataires et en particulier le règlement des litiges en cours devant des instances d'arbitrage

- Dans son arrêt du 6 mars 2018, la CJUE a estimé que les clauses des accords d'investissement entre Etats membres permettant de confier à un tribunal arbitral le règlement des litiges entre un Etat membre et les investisseurs d'un autre Etat membre étaient incompatibles avec le droit communautaire primaire, notamment parce que les instances arbitrales ne font pas partie du système juridictionnel de l'UE.
- Il est logique que les Etats membres **se mettent en conformité avec la jurisprudence de la CJUE** et soient amenés à examiner **si leurs accords bilatéraux d'investissements peuvent être maintenus** et, si non, quelles sont les **conditions les plus appropriées pour procéder à la dénonciation de ces clauses.** Il est important de souligner **qu'en aucun cas, l'arrêt de la CJUE ne concerne les dispositions substantielles des accords bilatéraux d'investissement** (définition des cas d'expropriation, droit à une indemnisation) qui ne **devraient pas être remises en cause à l'occasion d'une telle dénonciation.**
- Or, dans sa communication du 18 juillet 2018 sur la protection des investissements intra-UE, la Commission européenne préconise la **dénonciation avec effet immédiat de tous les accords d'investissement intra-communautaire** dans leur totalité et, plus encore, la **remise en cause des procédures d'arbitrage en cours** et la **non-reconnaissance des sentences arbitrales déjà prononcées par les juridictions de l'UE.**
- Une telle prise de position ignore le statut **d'accord international des traités bilatéraux d'investissement** et les **droits qui ont été conférés individuellement aux investisseurs à la fois en droit international public et en droit interne,** notamment du fait des régimes de responsabilité du fait des lois.
- La totalité des accords d'investissement conclus par la France avec des Etats membres prévoient ainsi des **clauses de protection supplémentaire des investissements pendant une période de 15 à 20 ans suivant la dénonciation du traité** qui garantissent l'accès au dispositif d'arbitrage pendant cette période. Les entreprises françaises ont réalisé leurs projets d'investissement depuis trente ans dans les nouveaux Etats membres avec l'attente légitime de pouvoir utiliser les mécanismes d'arbitrage tout au long du cycle de vie

de leurs investissements qui s'étend parfois une durée de cinquante ans. La circonstance que ces mécanismes d'arbitrage sont en contradiction avec le droit communautaire **n'exonère pas les Etats membres de leur responsabilité entre eux et à l'égard des entreprises en droit international public et ni du respect des autres principes généraux du droit communautaire, telle que la confiance légitime ou la sécurité juridique**. A cet égard, la dénonciation avec effet immédiat des accords d'investissement – donc sans le bénéfice des clauses de protection supplémentaire-, l'arrêt des procédures d'arbitrage en cours et la non-reconnaissance des sentences arbitrales **sont bien attentatoires à ces deux principes**.

- Les entreprises sont donc en droit d'attendre sinon le respect intégral de ces clauses de protection supplémentaire sur le fondement desquelles elles ont fondé leur projet d'investissement **du moins l'élaboration de mesures transitoires destinées à accompagner la dénonciation des clauses d'arbitrage accords d'investissement** et notamment à **gérer l'extinction des procédures d'arbitrage prévues par ces accords**. Il est donc indispensable de trouver une **solution commune à tous les accords d'investissement conclu par la France avec d'autres Etats membres**.
- Une solution optimale serait un **accord plurilatéral** par lesquels tous les Etats membres ayant conclu des accords d'investissements entre eux décideraient la dénonciation des clauses d'arbitrage de ces accords comme la France l'avait proposé en 2016 aux côtés de l'Allemagne ou de l'Autriche, **tout en maintenant les clauses de protection supplémentaires pendant une durée minimale de cinq ans ou, à défaut, la protection des situations en cours, comme les litiges pendant devant des instances d'arbitrage**.
- A défaut, La France devrait se concerter avec chacun des Etats-membres avec lesquels elle a conclu des accords bilatéraux pour **négoier des clauses de dénonciation avec le même objet (protection supplémentaire minimale de cinq ans et, à défaut, protection des litiges pendant devant des instances arbitrales)**.
- Une solution pour rendre ces mesures transitoires acceptables **au regard du droit communautaires** pourrait être, à l'occasion de cette renégociation, de prévoir que les **instances d'arbitrage** prévues par les accords d'investissement bilatéraux entre Etats membres et, en tout état de cause, de la France avec les Etats membres concernés, **soient tenues de saisir la CJUE de questions préjudicielles et soient liées par les avis de de celles-ci**.

L'Afep demande que les autorités françaises procèdent à une renégociation /résiliation « ordonnée » des clauses d'arbitrage des accords bilatéraux d'investissement liant la France aux autres Etats membres en cherchant à protéger au maximum les intérêts des investisseurs français. Elle soutient l'initiative du gouvernement français de promouvoir un accord plurilatéral régulant la renégociation/ dénonciation des clauses d'arbitrage des accords bilatéraux. A défaut, l'Afep demande que la France négocie individuellement avec les Etats membres concernés des clauses de dénonciation adaptées au besoin des entreprises.

En tout état de cause, l'Afep demande que les stipulations de l'accord plurilatéral ou des clauses de dénonciation négociées bilatéralement garantissent que :

- les mécanismes de protection et de règlement des litiges prévus par ces accords demeurent en place pour une période supplémentaire minimale de 5 ans après la dénonciation (contre 15 à 20 ans dans les clauses des accords existants)
- à défaut, les procédures d'arbitrage en cours à la date de dénonciation des clauses des accords puissent aller jusqu'à leur terme et que les sentences rendues par les organes d'arbitrage sur ces affaires conservent un caractère exécutoire dans le système juridique des Etats membres concernés.
- au besoin, les mécanismes d'arbitrage concernés soient amendés pour prévoir une procédure de questions préjudicielles devant la CJUE.

C. Au-delà des mesures transitoires, les entreprises ont besoin d'un mécanisme permanent de résolution des litiges au niveau européen pour assurer un traitement rapide et équitable des contentieux avec les Etats d'accueil dans le respect du droit communautaire

- Pour des raisons de coût et rapidité, les entreprises **auront toujours besoin d'instruments de règlement des litiges relatifs à leur investissements dans des Etats membres tiers plus souples que les recours devant les juridictions nationales**. C'est particulièrement le cas pour les investissements réalisés dans certains nouveaux Etats membres **dont le système judiciaire interne n'est pas toujours au niveau d'efficacité et d'impartialité** souhaité pour régler des différends de cette ampleur dans des délais compatibles avec le cycle de vie des affaires.
- L'absence de tels mécanismes alternatifs aux recours devant les juridictions des Etats membres pourrait avoir **des effets négatifs pour l'attractivité des Etats membres de l'UE** pour recevoir les investissements des entreprises qui pourraient être tentées de **localiser leurs sites de production dans des Etats tiers garantissant la possibilité de l'arbitrage pour trancher les litiges investisseurs/ Etats**.
- Dans ce contexte, il est indispensable qu'une concertation soit lancée entre les Etats membres et la Commission européenne pour **explorer les conditions de faisabilité juridique de la création d'un organe intra-européen de résolution des différends transfrontaliers investisseurs/ Etat** qui réponde aux critères de compatibilité avec le droit communautaire primaire, notamment s'agissant de l'unité du système juridictionnel européen, de confiance mutuelle entre juridictions et de loyauté des Etats membres.
- Du fait de leur expérience positive de l'arbitrage international pour le RDIE, les entreprises préféreraient soit **l'institution d'une cour européenne d'arbitrage sui generis**, soit l'adoption d'un **protocole entre Etats-membres dans le cadre du statut de la cour permanente d'arbitrage de la Haye (CPA)** qui mandaterait spécifiquement la CPA pour conduire de telles procédures d'arbitrage. La CPA a une pratique bien établie des arbitrages investisseurs/ Etat, soit comme organe d'arbitrage soit à travers les règles de procédures proposées par la CPA. Dans les deux cas, il **s'agirait notamment de permettre à l'organe d'arbitrage (cour ad-hoc ou CPA) de saisir la CJUE de questions préjudicielles et de l'obliger à respecter les arrêts de la cour**.
- A défaut, la Commission européenne et les Etats membres pourraient envisager la création d'une **nouvelle juridiction communautaire spécialisée dans les litiges investisseurs/ Etats**, qui serait établie sur le modèle de la juridiction unifiée des brevets et qui serait intégrée de plein droit dans le système juridictionnel de l'UE. Pour ne pas perdre entièrement le bénéfice de l'arbitrage classique, le législateur européen devrait prévoir des procédures accélérées devant cette juridiction ad-hoc.
- Compte tenu des précédentes initiatives françaises en la matière (cf. proposition de 2016 sur une dénonciation coordonnée des accords d'investissement et la mise en place d'un système européen de règlement des litiges investisseurs/ Etat), **le gouvernement français est particulièrement bien placé pour défendre ces positions auprès des autres Etats membres et de la Commission européenne**.

L'Afep demande que les autorités françaises promeuvent auprès des Etats membres et de la Commission européenne une **initiative relative à l'instauration d'un mécanisme intra-communautaire de règlement des litiges investisseurs/ Etat**, prioritairement **sous la forme d'un dispositif d'arbitrage** applicable à tous les litiges investisseurs / Etats et, à défaut, **par l'institution d'une juridiction européenne spécialisée**. En tout état de cause, l'Afep recommande que ce nouveau mécanisme valable pour tout le marché intérieur conserve **les caractéristiques positives de l'arbitrage international, l'impartialité et la rapidité procédurale**.