

Analyse

L'avis 1/17 de la Cour de justice : la validation du CETA, mais sous conditions ?

Henri Culot^(*)

- En réponse à une question posée par la Belgique, la Cour de justice déclare que le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États prévu par le CETA est compatible avec le droit primaire de l'Union européenne
- En particulier, ce mécanisme ne porte pas atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union si les tribunaux arbitraux n'appliquent pas le droit de l'Union européenne et n'influent pas sur le fonctionnement de ses institutions

L'avis 1/17 de la Cour de justice¹, rendu le 30 avril 2019, affirme la compatibilité, avec le droit primaire de l'Union, de la partie de l'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne, ses États membres et le Canada (mieux connu sous l'acronyme CETA)² qui organise un mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) en matière de protection de l'investissement international.

Dans la présente contribution, l'examen de l'avis sera limité au raisonnement de la Cour consacré à la préservation de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne. L'avis contient également des développements intéressants concernant le respect des principes d'égalité et d'effectivité, ainsi que du droit d'accès à un tribunal indépendant ; ils ne seront pas abordés ici, mais ils n'aboutissent pas à une conclusion différente quant à la conformité de l'Accord.

1 Contexte

A. Contexte politique

L'avis intervient dans un contexte politique et juridique chargé, ce qui n'est toutefois pas exceptionnel s'agissant de décisions de juridictions suprêmes.

La demande d'avis a été introduite par la Belgique, dans le cadre d'un compromis avec une de ses subdivisions (la Région wallonne), qui avait initialement refusé que la Belgique signe le CETA, alors que, selon le droit constitutionnel belge, un accord de la région est indispensable à cette fin. Après des débats houleux, il fut convenu que la Belgique signerait l'Accord mais interrogerait la Cour de justice sur la compatibilité de certaines de ses dispositions avec le droit de l'Union.

L'opposition de la Région wallonne se basait notamment sur une critique fréquemment dirigée contre les mécanismes de protection et d'indemnisation des investisseurs étrangers prévus dans certains accords commerciaux internationaux, en ce qu'ils empêcheraient les autorités publiques de prendre des mesures d'intérêt général (mesures environnementales, par exemple). La critique porte également sur le manque d'indépendance des arbitres chargés de trancher les litiges dans ce domaine, considérés comme un cercle fermé trop proche des investisseurs et généreusement rémunérés pour une activité qui, toujours selon ses détracteurs, revient à défendre des intérêts privés au détriment de l'intérêt général.

Si le gouvernement wallon était, à l'époque, opposé au CETA, tel n'était cependant pas le cas du gouvernement fédéral belge (qui posait la question à la Cour de justice), ni du Conseil de l'Union européenne et de la Commission européenne, ni de la plupart des États membres ayant déposé des observations. La pression politique était donc forte en faveur d'une validation.

B. Contexte juridique

Ce n'est pas la première fois que la Cour de justice examine des mécanismes de règlement des différends prévus dans des accords internationaux. Même si chaque affaire présente des particularités qu'il ne serait pas possible d'exposer ici, on se souvient notamment de l'affaire de l'*usine Mox*³, des avis sur le Traité de création de l'Espace économique européen⁴, sur l'adhésion à la CEDH⁵ et sur le système unifié de règlement des litiges en matière de brevets⁶, des décisions concernant le mécanisme de règlement des différends de l'OMC⁷ et, plus récemment, de l'arrêt *Achmea*⁸. En résumé, il résulte des décisions de la Cour dans ces affaires que la sujétion à des juridictions extérieures au système juridictionnel de l'Union et de ses États membres ne peut pas porter atteinte à l'« autonomie » de l'ordre juridique de l'Union. La Cour refuse que d'autres juridictions puissent « fournir l'interprétation définitive »⁹ du droit de l'Union. *A fortiori*, elle ne permet pas

(*) L'auteur est professeur à l'Université catholique de Louvain, professeur invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles et avocat au barreau de Bruxelles (Belgique). Il peut être contacté à l'adresse : henri.culot@uclouvain.be. (1) Avis du 30 avril 2019, *Accord économique et commercial global UE-Canada*, 1/17, EU:C:2019:341. Sur cet avis, voy. aussi C. Riffel, « The CETA Opinion of the European Court of Justice and its Implications - Not that Selfish After All », *Journal of International Economic Law*, 2019 et P. Paschalidis, « CETA : une nouvelle ère pour la protection des investissements », *J.D.E.*, 2019, p. 241. (2) Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, J.O. L 11 du 14 janvier 2017, p. 23. (3) Arrêt du 30 mai 2006, *Commission c. Irlande*, aff. C-459/03, EU:C:2006:345. (4) Avis du 14 décembre 1991, 1/91, EU:C:1991:490. (5) Avis du 28 mars 1996, 2/94, EU:C:1996:140 et avis du 18 décembre 2014, 2/13, EU:C:2014:2454. (6) Avis du 8 mars 2011, 1/09, EU:C:2011:123. (7) Arrêt du 9 septembre 2008, *FIAMM e.a. c. Conseil et Commission*, aff. C-120/06 et C-121/06, EU:C:2008:476, points 115 et s., et la jurisprudence antérieure citée par la Cour. (8) Arrêt du 6 mars 2018, *Slowakische Republik c. Achmea*, aff. C-284/16, EU:C:2018:158. (9) Avis 1/17, point 111.

que ces juridictions prennent des décisions perturbant le fonctionnement constitutionnel de l'Union européenne, en particulier la répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres et la définition ou l'exercice des pouvoirs des institutions (dont, en premier lieu, ceux de la Cour elle-même).

C. Particularités du RDIE dans le CETA

Tenant compte à la fois des critiques visant la forme traditionnelle du RDIE et des préoccupations de la Cour de justice, en termes d'autonomie, les parties au CETA ont prévu des modalités différentes de celles qu'on rencontre habituellement dans les traités d'investissement. Ainsi, le CETA prévoit notamment que :

— les membres du tribunal arbitral ne sont pas choisis sur une base *ad hoc*, mais au sein d'un groupe de quinze personnes, nommées pour cinq ans de commun accord, dont cinq sont des ressortissants de l'Union, cinq sont canadiens, et cinq sont des ressortissants d'États tiers (article 8.27, § 2) ; ils sont indépendants des États, tenus par des règles relatives aux conflits d'intérêts et ne peuvent agir en tant que conseil, témoin ou expert dans des litiges d'investissement (article 8.30) ;

— le tribunal « n'a pas compétence pour statuer sur la légalité d'une mesure dont il est allégué qu'elle constitue une violation du [CETA] en se fondant sur le droit interne d'une partie. Il est entendu qu'en statuant sur la conformité d'une mesure au [CETA], le Tribunal peut tenir compte, s'il y a lieu, du droit interne d'une partie en tant que question de fait. Dans un tel cas, le Tribunal suit l'interprétation dominante donnée au droit interne par les juridictions ou les autorités de cette partie, et le sens donné au droit interne par le Tribunal ne lie pas les juridictions et les autorités de cette partie » (article 8.31, § 2) ;

— les décisions du tribunal arbitral peuvent être contestées devant un tribunal d'appel (article 8.28) ;

— ce système est appelé à évoluer vers un tribunal multilatéral des investissements, plus institutionnalisé (article 8.29).

2 Le RDIE du CETA et l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union

A. Introduction

La Cour de justice s'emploie à démontrer dans son avis que le RDIE du CETA ne porte pas atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne, conçu comme « un réseau structuré de principes, de règles et de relations juridiques »¹⁰, constitutif d'un « cadre constitutionnel » propre à l'Union¹¹. Elle le fait toutefois au prix d'approximations ou d'infléchissements de sa jurisprudence antérieure¹². On a même parfois l'impression d'une fausse naïveté quant aux réalités des juridictions économiques internationales. Les considérants de la Cour résonnent toutefois comme autant d'avertissements quant aux lignes rouges à ne pas franchir,

qu'on pourrait interpréter comme des conditions posées pour que le RDIE *ne se développe pas* de manière contraire à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne.

Le raisonnement part de l'idée qu'un traité liant l'Union européenne peut comprendre un mécanisme de règlement des différends¹³, qui « se situe en dehors du système juridictionnel de l'Union »¹⁴. En d'autres termes, le tribunal arbitral n'est pas habilité à poser des questions préjudicielles à la Cour et n'est en principe pas tenu de suivre l'interprétation que les juridictions européennes — c'est-à-dire celles d'une des parties au traité, et non de l'autre — donnent de ses dispositions¹⁵. Dans ce contexte, la sauvegarde de l'autonomie suppose que (i) le tribunal du CETA ne puisse pas interpréter le droit de l'Union européenne (sauf le CETA, qui en fera partie) et (ii) même s'il ne le fait pas, les décisions qu'il prend n'empêchent pas le fonctionnement de l'Union conformément à ses règles constitutionnelles¹⁶.

B. Non-application du droit de l'Union européenne

Plusieurs clauses du CETA sont destinées à rassurer la Cour sur ce plan. Ainsi, il revient à l'Union européenne — et non à l'investisseur plaignant — de décider qui, d'elle-même ou d'un État membre, doit agir comme défendeur, en fonction de la mesure critiquée par l'investisseur (article 8.21). Ainsi, seuls les organes de l'Union européenne appliqueront les règles de répartition des compétences entre l'Union et ses États membres¹⁷.

Le CETA précise en outre que le tribunal arbitral n'applique que le CETA et, comme indiqué *supra*, qu'il ne considère le droit interne que comme une question de fait, en se référant à « l'interprétation dominante » donnée par les juridictions de la partie dont émane ce droit. La Cour semble trouver cela rassurant¹⁸, mais on peut douter que la division des tâches sera si claire dans la pratique. Pour déterminer si le comportement de l'Union ou d'un État membre est conforme au CETA, le tribunal arbitral devra examiner les règles internes — leur « portée »¹⁹ — et, inévitablement, les interpréter. Que le Traité qualifie les règles internes d'éléments « de fait » n'empêche pas qu'il s'agit alors de faits très... juridiques. De toute manière, les faits s'interprètent aussi, et choisir une interprétation parmi celles qui sont possibles, même s'il faut opter pour celle qui est « dominante », est précisément une opération d'interprétation. Il est peu probable qu'elle soit tout à fait indépendante de la conviction des arbitres quant à l'interprétation correcte (à leur propre estime) de la mesure examinée.

Pour le reste, s'agissant d'une juridiction extérieure au système juridictionnel de l'Union, il est, selon la Cour, « cohérent » qu'elle ne soit pas habilitée à lui poser des questions préjudicielles et que ses décisions ne soient pas susceptibles d'un réexamen par les juridictions des États membres ou de l'Union. On est donc ici dans l'acceptation des principes classiques en matière d'arbitrage d'investissement. Mais ceci n'est conciliable avec la jurisprudence antérieure de la Cour qu'à la condition de considérer le droit (national et européen) comme du fait²⁰.

(10) Avis 1/17, point 109. (11) Avis 1/17, point 110. (12) Notamment par rapport à l'arrêt *Achmea* : voy. J. Wildemeersch, « L'arrêt *Achmea*, la rigueur des principes au risque d'un certain isolationnisme juridictionnel ? », *L'observateur de Bruxelles*, n° 113, 2018, p. 43 et M. Gatti, « Opinion 1/17 in Light of *Achmea* : Chronicle of an Opinion Foretold ? », *European Papers*, 2019/1, pp. 114 et s., en remarquant la prudence et les nuances de ces auteurs. (13) Avis 1/17, point 106. (14) Avis 1/17, points 113-114. (15) Avis 1/17, point 117. (16) Avis 1/17, point 119. (17) Avis 1/17, point 132. C'est une question particulièrement sensible pour la Cour, identifiée notamment dans le second avis sur l'adhésion à la CEDH (avis 2/13, points 224-225). Voy. aussi arrêt du 11 septembre 2007, *Merck Genéricos*, aff. C-431/05, EU:C:2007:496, point 37. (18) Avis 1/17, point 131. (19) Avis 1/17, point 131. (20) Voy. F. de Abreu Duarte, « Autonomy and Opinion 1/17 – a matter of coherence ? », <https://europeanlawblog.eu/2019/05/31/autonomy-and-opinion-1-17-a-matter-of-coherence/>, consulté le 8 août 2019.

Analyse

C. Absence d'effet sur le fonctionnement des institutions

Le tribunal arbitral doit examiner des mesures prises par l'Union ou par ses États membres et, si elles impliquent qu'un investisseur canadien est traité d'une manière contraire aux règles du CETA, lui accorder une indemnisation que l'Union ou l'État membre concerné est tenu de payer (article 8.39, § 1)⁽²¹⁾. Le tribunal ne peut toutefois pas examiner la conformité des mesures au droit interne des parties (contrôle par rapport aux normes supérieures du même système juridique) (article 8.31, § 2), à l'exception du CETA, ni annuler celles-ci⁽²²⁾.

Dans son arrêt *FIAMM*, la Cour refusait d'accorder des dommages-intérêts à des entreprises ayant subi un dommage du fait de la violation par l'Union des règles de l'OMC car « la perspective d'actions en dommages-intérêts est susceptible d'entraver l'exercice du pouvoir législatif chaque fois qu'il est dans le cas de prendre, dans l'intérêt général, des mesures normatives susceptibles de porter atteinte aux intérêts des particuliers »⁽²³⁾.

Or, tel est précisément l'objet du RDIE. Mais la Cour raffine, si l'on peut dire, sa jurisprudence. Désormais, la perspective de devoir payer un dédommagement n'est plus un problème, dès lors que les tribunaux arbitraux ne pourront pas décider du niveau de protection des intérêts publics que chaque partie au traité a décidé d'adopter. Le CETA souligne en effet qu'il n'a pas pour objet d'ôter aux parties leur droit de réglementer l'activité économique dans un but d'intérêt public (article 8.9, §§ 1 et 2 ; annexe 8-A, § 3), mais seulement de protéger les investisseurs contre les mesures discriminatoires, arbitraires ou injustifiables. La Cour rapproche et interprète plusieurs dispositions pour arriver à la conclusion que « les parties ont pris le soin d'exclure toute compétence, pour ces tribunaux, de remettre en cause les choix démocratiquement opérés au sein d'une Partie »⁽²⁴⁾ pour protéger l'intérêt général. Elle a certes dû concéder dans le raisonnement que le tribunal arbitral et le tribunal d'appel ont un « pouvoir d'appréciation »⁽²⁵⁾, mais insuffisant pour remettre en cause le degré de protection des intérêts publics choisis individuellement par chaque partie.

Ce raisonnement est-il à ce point formaliste qu'il est naïf ou exprime-t-il plutôt une condition de maintien de la compatibilité du RDIE avec l'ordre juridique de l'Union ?

La première interprétation vient de ce que la Cour semble prendre pour argent comptant les clauses de sauvegarde reprises dans le Traité, dont on ne sait comment elles seront appliquées par les tribunaux arbitraux. Elle est pourtant mieux placée que quiconque pour savoir que l'examen du caractère discriminatoire ou arbitraire de mesures étatiques conduit rapidement à se demander ce qui

est justifié et proportionné au regard de l'intérêt général défendu, et donc si le « niveau de protection » recherché n'est pas trop élevé quand on met en balance les bénéfices attendus et les inconvénients de la mesure pour ceux à qui elle nuit, même si la mesure est indistinctement applicable. Une clause du Traité peut certes rappeler au juge de se limiter à une appréciation marginale, mais l'expérience montre, d'une part, qu'il arrive toujours un moment où il se demande si la violation est suffisamment caractérisée pour qu'il puisse faire usage de son pouvoir d'appréciation et, d'autre part, que le juge a tendance à être d'autant plus intrusif qu'il est (ou souhaite devenir) une juridiction institutionnalisée.

Si, raisonnablement, cette première interprétation n'est pas la bonne, c'est alors que la Cour a voulu fixer les conditions auxquelles le RDIE restera compatible avec l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne⁽²⁶⁾. Une condition est qu'il ne s'immisce pas (ou, plus exactement, pas trop) dans le pouvoir d'appréciation des États et de l'Union quant à l'opportunité des mesures de protection de l'intérêt public. Quelle serait la conséquence si la réserve ainsi imposée n'est pas respectée ? Cela demeure mystérieux, à ce stade.

Conclusion

D'une manière générale, l'avis de la Cour est réaliste : des précautions raisonnables avaient été prises pour respecter, autant que possible, les exigences résultant de ses décisions antérieures, et il semblait que, si le RDIE n'était pas admis cette fois-ci, il aurait fallu en déduire une interdiction plus ou moins générale pour l'Union de se soumettre à une juridiction internationale⁽²⁷⁾. Cela aurait gêné la négociation de traités de protection des investissements, au moins dans la forme qu'ils prennent habituellement, alors que l'article 207 TFUE confère désormais cette compétence à l'Union. L'avocat général l'avait clairement identifié lorsqu'il écrivait que « ce qui est en jeu est la définition d'un modèle qui soit conforme aux principes structurant l'ordre juridique de l'Union et qui, dans le même temps, puisse être appliqué dans tous les accords commerciaux entre l'Union et des États tiers »⁽²⁸⁾.

Pour arriver à sa conclusion, la Cour a dû tempérer sa jurisprudence, nier les dangers inhérents à ce type de juridiction et feindre de croire à l'efficacité des garde-fous insérés dans le Traité. Elle a choisi d'acter un certain progrès dans la conciliation des droits des investisseurs et du pouvoir des États de réglementer dans l'intérêt général, tout en faisant comprendre qu'elle prenait au sérieux les limites fixées au pouvoir d'appréciation des arbitres et qu'elle en attendait le respect en pratique.

(21) Voy. aussi les points 144-145 de l'avis 1/17. L'avis n'examine pas dans quelle mesure cette compétence conférée au tribunal arbitral serait contraire à l'article 268 TFUE, qui prévoit la compétence de la Cour pour régler les litiges relatifs à la réparation des dommages causés par les institutions et agents de l'Union. De la même manière, lorsqu'elle constate que la décision du tribunal arbitral pourrait, « dans des circonstances exceptionnelles », avoir en pratique un effet similaire à l'annulation d'un acte d'une institution (points 186-188 de l'avis 1/17), la Cour ne se demande pas si cela contrevient à l'article 263 TFUE. (22) Avis 1/17, point 144. (23) Arrêt du 9 septembre 2008, *FIAMM e.a. c. Conseil et Commission*, aff. C-120/06 P et C-121/06 P, EU:C:2008:476, point 121. (24) Avis 1/17, point 160. (25) Avis 1/17, point 156. (26) En ce sens, P. Paschalidis, « CETA : une nouvelle ère pour la protection des investissements », *J.D.E.*, 2019, p. 241. (27) Dans un sens similaire, F. de Abreu Duarte, *op. cit.* Le président Lenaerts a indiqué quelques jours après l'avis : « il faut qu'il en soit ainsi, parce que c'est la condition pour qu'un tel accord soit compatible avec le droit de l'Union » (P. Regnier, « Koen Lenaerts au "Soir" : "Personne n'a gagné, personne n'a perdu" avec le verdict de la Cour de justice sur le CETA », *Le Soir*, 7 mai 2019. (28) Conclusions de l'avocat général Y. Bot précédant l'avis 1/17, point 86.