

**LE POUVOIR DES ETATS MEMBRES DE L'UNION EUROPEENNE
DE CONCLURE DES TRAITES BILATERAUX D'INVESTISSEMENT**

Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE

Professeur à l'Université de Paris 2 Panthéon-Assas

Des développements récents du droit européen, notamment certaines dispositions introduites dans le traité de Lisbonne conduisent à s'interroger sur l'étendue de la compétence communautaire en matière d'investissements directs étrangers et sur les limites éventuelles que le droit communautaire pourrait apporter à la compétence des Etats membres en la matière, compétence *a priori* postulée¹.

La question des investissements directs étrangers, en dépit de son importance économique primordiale, ne fait pas l'objet d'un encadrement juridique multilatéral de droit économique. La question des investissements est abordée de diverses façons dans plusieurs accords OMC, mais il n'y a pas d'accord spécifique global sur la question des investissements directs étrangers, peut-être parce qu'il s'agit d'une matière éminemment transversale. Dans un passé relativement récent, la tentative d'accord multilatéral sur les investissements, négocié entre 1995 et 1998 dans le cadre de l'OCDE, a échoué et depuis lors il n'est plus question de projet de ce type.

Pourtant la protection des investissements a une longue histoire en droit international. Le droit international coutumier prévoit un certain nombre de garanties minimum du respect de la propriété des investisseurs, y compris l'obligation de compensation en cas d'expropriation. Par ailleurs tant les pays importateurs, qui souvent ont adopté des codes des investissements, que les pays exportateurs de capitaux ont été amenés à protéger leurs intérêts en matière d'investissement par la conclusion d'un réseau serré et passablement imbriqué d'accords régionaux ou bilatéraux portant sur la protection et la promotion des investissements. Le nombre de traités bilatéraux d'investissement (« TBI ») a crû de façon spectaculaire au cours des vingt dernières années ; on dénombrait quelque 2 500 TBI et 175 accords régionaux de commerce comportant des dispositions sur les investissements².

¹ En hommage à Philippe Manin dont la prose limpide et les analyses subtiles nous ont si souvent éclairés sur la relation entre droit international et droit communautaire. Cette contribution a pour origine une présentation faite à une journée d'étude organisée par le Collège européen de Paris le 27 avril 2009 et portant sur le droit européen et l'investissement. Les travaux de cette journée d'étude seront publiés.

² Ces chiffres sont empruntés à T. Eilsmanberger, « Bilateral Investment Treaties and EU Law », *CMLR* 2009, pp. 383-429, sp. note 9.

Typiquement un TBI contient des dispositions sur le droit d'entrée et d'établissement du capital étranger, sous forme de standard de traitement garanti aux investisseurs étrangers et aux investissements une fois établis dans le pays hôte. Les standards sont par exemple : la clause de la nation la plus favorisée, le traitement national, un traitement juste et équitable et un engagement à ne pas exproprier sauf à accorder une indemnisation complète, effective et rapide. Il y a ensuite toutes sortes de variations et exceptions selon les accords. Beaucoup de TBI contiennent des clauses de règlement des différends prévoyant un arbitrage, l'investisseur étranger étant généralement autorisé à présenter sa réclamation directement à l'Etat hôte en invoquant la violation du traité. On trouve également des dispositions sur le rapatriement des capitaux et les paiements, sur la propriété intellectuelle.

Ce paysage juridique complexe pour les activités d'investissement engendre des problèmes de cohérence entre accords internationaux rassemblant des cercles différents d'Etats : les obligations souscrites en matière de garantie ou de protection peuvent n'être pas compatibles ; en outre se pose la question de la cohabitation entre divers modes de règlement des différends dans les relations Etat à Etat ou investisseur à Etat. Plus précisément on est amené à s'interroger sur l'articulation entre un régime juridique de nature régionale particulièrement important en Europe, le régime communautaire, et les TBI conclus par les Etats membres.

Au moment de la négociation du traité de Rome établissant la Communauté économique européenne en 1957, il n'avait pas été envisagé de conférer à celle-ci une compétence en matière d'investissement direct étranger. Puisque tant le régime de la propriété que la définition des critères de nationalité des personnes physiques ou morales et d'accès au territoire demeuraient de la compétence de chaque Etat membre, il paraissait normal que ces derniers continuent à conclure leurs propres TBI. Ainsi les plus grands Etats membres de l'Union européenne sont parties à un nombre important de TBI avec des pays en voie de développement ou des pays émergents : l'Allemagne 130, la France et le Royaume-Uni presque autant³. Dans les dernières années deux types d'évolution ont modifié la donne. D'une part, la réalisation complète des libres circulations et la mise en œuvre des politiques communes ont multiplié les occasions d'interférence avec le contenu des TBI, qu'il s'agisse de libre circulation des capitaux ou de paiements, mais aussi de liberté d'établissement, de propriété intellectuelle, voire de politique commerciale. D'autre part, les douze Etats membres qui ont rejoint l'Union européenne en 2004 avaient tous précédemment conclu des TBI avec les Etats membres ; il s'est alors posé un problème de cohérence avec le droit communautaire. Un certain nombre de sentences récemment publiées concernant des TBI intra-UE montrent que des tribunaux arbitraux ont dû se prononcer sur des arguments fondés sur le droit communautaire, l'une ou l'autre partie arguant que le droit communautaire devait

³ Ces informations sont empruntées à A. de Mestral, « The Lisbon Treaty and the expansion of EU competence over foreign direct investment », à paraître. Nous nous sommes beaucoup inspirés de cette étude, avec l'autorisation de l'auteur que nous remercions bien vivement.

être pris en compte dans l'interprétation ou l'application de certaines dispositions des TBI⁴.

Il est progressivement apparu que la question de la compétence de la Communauté à l'égard de la question des investissements étrangers devait être clarifiée. Une analogie avec le transport aérien est ici frappante ; on y observe de façon similaire un besoin d'élargissement des compétences communautaires extérieures en raison de la complexité et de la diversité des domaines et des politiques affectés et de l'importance pour la Communauté d'affirmer son poids économique sur la scène internationale, mais en même temps la réticence des Etats membres à abandonner certaines compétences nationales essentielles concernant la nationalité et la propriété.

Après le traité établissant une constitution pour l'Europe, le Traité de Lisbonne qui amende le TUE et le TCE – qui deviendrait TFUE – prévoit une compétence expresse de l'Union concernant les investissements étrangers dans le cadre de la politique commerciale commune. Les formules utilisées sont cependant telles que l'on peut se demander quel type de compétence elles confèrent à l'Union – qui se substituera à la Communauté – et si les Etats membres seront privés de toute possibilité d'action (I). Par ailleurs, il convient de s'interroger sur la question de l'étendue de la compétence communautaire sous l'empire des traités antérieurement au traité de Lisbonne et d'évoquer également le nombre important de BIT conclus par les Etats membres et dont le sort va se trouver affecté, immédiatement ou à terme ainsi qu'en atteste une jurisprudence récente (II).

I - Les implications du Traité de Lisbonne

Le traité de Lisbonne crée au titre de la politique commerciale commune une nouvelle compétence de l'Union en matière d'investissements étrangers directs (A). Cette compétence a de fortes chances en pratique de s'exercer dans le cadre de la mixité (B).

A – Une nouvelle compétence de l'Union européenne en matière d'investissements étrangers directs

Cette nouvelle compétence vise, comme l'a souhaité de longue date la Commission, à renforcer la capacité de négociation de l'Union et à prévenir les politiques disparates des Etats membres qui menacent l'unité du marché intérieur.

1- Dispositions nouvelles des articles 206 et 207 TFUE

L'article 206 qui ouvre le chapitre sur la politique commerciale commune indique que par la réalisation de l'union douanière l'Union contribue notamment « à la suppression progressive des restrictions (...) aux investissements étrangers directs ». L'article 207 paragraphe 1 précise ensuite que la politique commerciale commune « est fondée sur des principes uniformes en ce qui concerne (...) les investissements étrangers directs ». L'adjonction de cette rubrique à la liste traditionnelle des objets de la politique commerciale commune est un élément tout à fait nouveau du traité

⁴ V. la liste des sentences citées par C. Söderlund, « Intra-EU BIT Investment Protection and the EC Treaty », *J. Int. Arbit.* 2007, p. 466.