

Implications de l'affaire *Achmea* en matière fiscale : limites de l'arbitrage, compétence exclusive de la Cour de justice européenne et conventions internationales de double imposition*

MARTA VILLAR EZCURRA** et JACQUES MALHERBE***

I. Introduction

Avec l'arrêt *Achmea*⁽¹⁾, la Cour de justice de l'Union européenne (C.J.U.E.) a occupé le devant de la scène juridique, en tant qu'acteur et promoteur de changements dans les débats sur l'arbitrage et ses limites⁽²⁾, la relation du droit de l'UE avec les conventions internationales et l'avenir des traités de protection des investissements et des procédures d'arbitrage pour la résolution des litiges intracommunautaires. *Achmea* marque également un tournant dans la conceptualisation du principe d'autonomie du droit communautaire et dans le dialogue judiciaire sur le rôle des juges nationaux dans son application⁽³⁾.

Bien que l'affaire *Achmea* ne porte pas sur des questions fiscales, il ne fait aucun doute que les principes et les arguments utilisés par la C.J.U.E. peuvent être extrapolés aux questions fiscales, car ils reflètent la position logique de protection des compétences de l'UE vis-à-vis des États membres⁽⁴⁾.

En vertu des principes énoncés par la C.J.U.E., certaines affaires fiscales pourraient se trouver dans des situations similaires à celles qui sont examinées dans l'affaire *Achmea*, car on peut en déduire que toute convention fiscale conclue par un État membre qui empêcherait, par des clauses d'arbitrage, l'accès à la C.J.U.E. pour résoudre des litiges concernant l'interprétation et l'application du droit de l'UE serait interdite par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

L'affaire *Achmea* est particulièrement pertinente pour l'Espagne, dans la mesure où certains des arbitrages survenus à la suite de changements réglementaires concernant les énergies renouvelables ont été résolus par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), avec des sentences condamnant l'Espagne à indemniser les investisseurs étrangers, sans que les affaires aient été soumises à la juridiction de l'Union européenne. C'est ce qui s'est passé, par exemple, dans

* La présente étude constitue la mise à jour, par les professeurs Marta Villar Ezcurra et Jacques Malherbe, dans le cadre de leur collaboration au sein de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de España, de l'étude publiée par Marta Villar Ezcurra dans *Quincena Fiscal*, 2019, p. 147.

** Professeur à l'Université CEU San Pablo. Membre de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de España.

*** Professeur émérite de l'UCLouvain. Avocat (Simont Braun, Bruxelles).

(1) Arrêt du 6 mars 2018, C.J.U.E. (GC), *Slovakische Republik c. Achmea BV*, C-284/16, EU:C:2018:158 ; *b-Arbitra / Belgian Review of Arbitration*, 2018, p. 107 ; *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2018, p. 616, obs. E. GAILLARD, « L'affaire *Achmea* ou les conflits de logiques (C.J.U.E., 6 mars 2018, aff. C-284/16) » ; V. KOROM, « Jurisprudence *Achmea* : la fin de l'arbitrage d'investissement au sein de l'Union européenne », *Rec. Dalloz*, 2018, p. 2007 ; V. KOROM, « Intra-EU BITs in Light of the *Achmea* Decision », *Central European Journal of Comparative Law*, vol. III, 2022, p. 117 ; P. PINSOLLE et I. MICHOU, « Arbitrage : l'arrêt *Achmea*, la fin des traités d'investissement intérieurs à l'UE ? », *Dalloz Actualités*, 22 mars 2023 ; S. ROBERT-CUENDET, « L'arrêt de la Grande Chambre de la C.J.U.E. du 6 mars 2018 dans l'affaire *Achmea* : la fin des TBI européens ? », *European papers*, http://www.europeanpapers.eu/en/system/files/pdf_version/EP_EF_2018_1_027 ; E. LANOTE, « Arrêt *Achmea* : une décision de principe ? », *J.D.E.*, 2018, p. 266 ; I. WILDEMEERSCH, « L'arrêt *Achmea* : la rigueur des principes au risque d'un certain isolationnisme juridictionnel ? », (C.J., arrêt du 6 mars 2018, *Achmea*, aff. C-284/16) », *Obs. Bruxelles*, 2018, p. 40 ; N. DE SADELEER, « Les Tribunaux d'investissement mis sur la sellette au nom de l'autonomie du droit de l'Union, C.J.U.E., gde ch., 6 mars 2018, *Achmea*, aff. C-284/16, R.A.E., 2018, p. 117 ; « Les accords de protection des investissements conclus entre États membres saisis par le droit de l'Union, *Achmea*, C-284/16 », *R.D.U.E.*, 2019, p. 225.

(2) *Cfr* entre autres, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Del arbitraje, de los árbitros y de la practica arbitral, Abogacía Internacional*, vol. 1 : *Arbitraje*, Madrid, Editorial Rasche, 2014.

(3) S. HINDELANG, « Conceptualization and Application of the Principle of Autonomy of EU Law – The CJEU's Judgement in *Achmea* put in Perspective », *E.L. Rev.*, 2019, vol. 44, accessible en ligne (Westlaw UK ou service Thomson Reuters DocDel).

(4) *Cfr* M. VILLAR EZCURRA, « Who is leading the control of EU jurisdiction ? The *Achmea BV* case and its impact on taxes and investments, e.g. in Spain », *Kluwer International Tax Blog*, 28 mars 2018, <http://kluwertaxblog.com/2018/03/28/leading-control-eu-jurisdiction-achmea-by-case-impact-taxes-investments-e-g-spain/> ; dans le même Blog, F. BOULOGNE, « Implications of the CJEU's *Achmea* decision (C-284/16) on tax treaty arbitration », 23 mars 2018, <http://kluwertaxblog.com/2018/03/26/implications-cjeus-achmea-decision-c-28416-tax-treaty-arbitration/> et D. THYM, « The CJEU ruling in *Achmea* : Death Sentence for Autonomous Investment Protection Tribunals », 9 mars 2018, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/03/the-cjeu-ruling-in-achmea-death.html>.

l'affaire *Eiser Infrastructure Limited et Solar Energy Luxembourg c. Espagne*⁽⁵⁾, où la condamnation s'est élevée à 128 millions d'euros. Dans cette sentence et dans d'autres, l'impact de l'impôt sur la valeur de la production d'électricité (Impuesto sobre el Valor de la Producción de Energía Eléctrica – IVPEE) a été invoqué et analysé par le tribunal arbitral avec des portées différentes.

L'importance de la doctrine *Achmea* va au-delà de la question soulevée sur la base d'un traité bilatéral de protection des investissements (TBI) intérieur à l'UE ou des impôts spécifiques en cause dans les affaires d'arbitrage où cette doctrine est invoquée. En effet, toute règle fiscale contenue dans un traité conclu par un État membre de l'UE pourrait également être soumise au contrôle de la C.J.U.E. si l'affaire relève de la compétence fiscale de l'UE, affecte le régime de contrôle des aides d'État⁽⁶⁾ ou les libertés fondamentales du TFUE⁽⁷⁾, telles que la liberté d'établissement⁽⁸⁾ ou la libre circulation des capitaux⁽⁹⁾, en bref, si la solution du litige implique l'application ou l'interprétation du droit de l'UE.

Lorsqu'il s'agit de l'application ou de l'interprétation des impôts ou des aides d'État, qui relèvent de la compétence des institutions de l'UE, il faut rappeler le principe de l'autonomie du droit communautaire. Ce principe s'applique notamment à la qualification de la nature juridique de certains avantages économiques en tant qu'impôts et, dans ce cas, en tant qu'impôts « directs » ou « indirects »⁽¹⁰⁾. Comme dans tant d'autres domaines du droit, il est nécessaire d'ignorer l'étiquette juridique ou la caractérisation des concepts juridiques par les États membres, qu'il s'agisse de législateurs nationaux, d'organes administratifs ou de juridictions qui se prononcent sur la question⁽¹¹⁾.

En résumé, la position adoptée par la C.J.U.E. sur le contrôle juridictionnel des pouvoirs d'application et d'interprétation du droit communautaire implique que toute question de cette nature relative

à la fiscalité ou aux incitants fiscaux sélectifs, qu'elle concerne ou non le respect des libertés fondamentales garanties par le TFUE, doit être considérée comme pouvant faire l'objet d'un contrôle par la C.J.U.E.

Il ne fait aucun doute que toute planification fiscale ou d'investissement devra prendre en compte les critères de la doctrine *Achmea* et analyser ses implications dans les différents scénarios qui se présenteront.

L'objet de cette étude est d'analyser les implications de l'arrêt *Achmea* en matière fiscale et, pour ce faire, des considérations qui vont au-delà de la fiscalité et qui sont liées à des aspects constitutionnels, internationaux et de droit de l'UE seront nécessaires. Dans la section suivante (section II), nous résumerons les faits et les motifs de l'affaire, ainsi que l'interprétation par la Commission européenne des conséquences de la doctrine *Achmea*. Ensuite (section III), en nous référant à la Commission européenne pour contrôler les situations extracommunautaires, nous examinerons la jurisprudence de la C.J.U.E. sur les libertés communautaires pour mettre en évidence son application aux conventions de double imposition (CDI) et les critères permettant d'assurer leur conformité avec le droit de l'UE. Ensuite (section IV), nous appliquerons les effets de la doctrine *Achmea* à l'analyse des limites posées à l'inclusion de l'arbitrage dans les traités internationaux, qu'ils soient bilatéraux ou multilatéraux, en traitant notamment de la possibilité d'étendre ses effets aux situations extracommunautaires et au problème des aides d'État, ainsi qu'à l'arbitrage dans les conventions fiscales, en distinguant les situations de la Convention de l'UE sur les prix de transfert, des CDI et de la Convention multilatérale d'arbitrage. Ensuite (section V), nous évoquerons la portée de la compétence exclusive de la C.J.U.E. et les effets de l'extension de la doctrine *Achmea* à de nouveaux domaines et nous présenterons des considérations critiques et des conclusions (section VI).

(5) Aff. *CIRDI*, n° ARB/13/36 du 4 mai 2017.

(6) Articles 107 et s. du TFUE.

(7) Voy. le titre IV du TFUE « Libre circulation des personnes, des services et des capitaux ».

(8) Article 49 du TFUE.

(9) Articles 63-66 du TFUE.

(10) Cette catégorisation est particulièrement pertinente au regard de la nature de l'IVPEE.

(11) Un exemple de la portée théorique et pratique du sujet est celui des avantages fiscaux et parafiscaux du système de réseau électrique. Cf. M. VILLAR ÉZCURRA et E. FONSECA CAPDEVILA, « Parafiscal charges and contributions to general electricity networks : a legal analysis of its nature under the scope of Directive 2003/96 and the EU State aid regime », in S.E. WEISHAAR et al. (éd.), *The Green market transition. Carbon taxes, energy subsidies and smart instruments mixes*, CIET, Vol. XVI, Edward Elgar, 2017, pp. 143-156, DOI : 10.4337/9781788111171.

II. L'affaire *Achmea* et ses suites

L'arrêt rendu dans l'affaire *Achmea* résout trois questions sur l'interprétation des articles 18⁽¹²⁾, 267⁽¹³⁾ et 344⁽¹⁴⁾ du TFUE et déclare que « les articles 267 TFUE et 344 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition d'un traité international conclu entre des États membres, telle que l'article 8 du traité sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et la République fédérale tchèque et slovaque, en vertu duquel un investisseur de l'un de ces États membres peut, en cas de litige concernant des investissements effectués dans l'autre État membre, intenter une action contre ce dernier État membre devant un tribunal arbitral dont cet État membre s'est engagé à accepter la compétence »⁽¹⁵⁾.

Les faits et les motifs de l'arrêt sont résumés ci-dessous.

A. Les faits de l'affaire et les questions préjudicielles

Le 1^{er} janvier 1993, la République slovaque a été subrogée dans les droits et obligations de la République fédérale tchèque et slovaque⁽¹⁶⁾ découlant du TBI conclu avec les Pays-Bas⁽¹⁷⁾ et le 1^{er} mai 2004 elle est devenue un État membre de l'Union européenne. Dans le courant de l'année 2004, à l'occasion de la réforme de son système de soins de santé, la République slovaque a accordé l'accès à son marché aux sociétés nationales et étrangères proposant des services d'assurance maladie privée.

Dans ce contexte, *Achmea*, une société appartenant à un groupe d'assurance néo-zélandais a pu, après

avoir été admise en tant qu'opérateur d'assurance maladie, offrir ses services dans le domaine de l'assurance maladie.

En 2006, la République slovaque est revenue partiellement sur la libéralisation du marché de l'assurance maladie privée et, par une loi du 25 octobre 2007, a interdit la distribution des bénéfices provenant de ces activités. Par un arrêt du 26 janvier 2011, la Cour constitutionnelle de la République slovaque a déclaré cette interdiction contraire à la Constitution et, par conséquent, la distribution de ces bénéfices a été autorisée à nouveau par une loi entrée en vigueur le 1^{er} août 2011.

En octobre 2008, estimant que les mesures législatives de la République slovaque lui avaient causé un préjudice, *Achmea* a engagé contre la République slovaque une procédure d'arbitrage en vertu de l'article 8 du TBI⁽¹⁸⁾ applicable, le droit allemand étant applicable puisque Francfort-sur-le-Main avait été choisi comme lieu d'arbitrage.

Le 7 décembre 2012, la République slovaque a été condamnée par sentence arbitrale à verser des dommages et intérêts d'un montant de 22,1 millions d'euros. Le recours initial en annulation de la sentence a échoué et la République slovaque s'est pourvue en cassation devant la Cour suprême civile et pénale allemande, qui a décidé de saisir la C.J.U.E. d'une question préjudicielle. Il est important de noter qu'en droit allemand, une sentence arbitrale ne peut être annulée que si l'existence de motifs expressément prévus est établie, à savoir la nullité de la convention d'arbitrage au regard de la loi à laquelle les parties se sont soumises ou en cas de contrariété à l'ordre public de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence arbitrale⁽¹⁹⁾.

(12) Article 18 du TFUE : « Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent prendre toute réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations ».

(13) Article 267 du TFUE : « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer à titre préjudiciel a) sur l'interprétation des traités ; b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction de l'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question ».

(14) Article 344 du TFUE : « Les États membres s'engagent à ne pas soumettre les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci ».

(15) Dispositif de l'arrêt.

(16) En tant que successeur de la République fédérale tchèque et slovaque.

(17) Traité sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et la République fédérale tchèque et slovaque, conclu en 1991 et en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1992. Voy. les paragraphes 3 et 4 de l'arrêt *Achmea*.

(18) L'article 8 dudit traité prévoit ce qui suit : « (1) Tout différend entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante concernant un investissement de ce dernier doit, dans la mesure du possible, être réglé par voie d'accord amiable. (2) Chaque Partie contractante convient par le présent traité que les différends visés à l'alinéa 1 du présent article seront soumis à un tribunal arbitral s'ils ne sont pas réglés par accord amiable dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle l'une des parties au différend en a demandé le règlement à l'amiable ».

(19) Article 1059 du Code de procédure civile allemand.

Dans ces conditions, la C.J.U.E. fut saisie des trois questions préjudicielles suivantes : d'une part, l'article 344 TFUE s'oppose-t-il à l'application d'une règle contenue dans un TBI entre États membres de l'Union (dit « TBI intracommunautaire »), en vertu de laquelle un investisseur d'un État partie, en cas de litige concernant des investissements dans l'autre État partie peut introduire une procédure contre ce dernier devant un tribunal arbitral, lorsque le TBI a été conclu avant l'adhésion de l'un des États parties à l'Union mais que la procédure d'arbitrage est destinée à être introduite après cette adhésion, d'autre part, en cas de réponse négative à cette première question, l'article 267 TFUE s'oppose-t-il à l'application d'une telle règle et, enfin, en cas de réponse négative aux questions précédentes, l'article 18 TFUE s'oppose-t-il à l'application d'une telle règle dans les circonstances décrites à la première question⁽²⁰⁾.

B. Décision et raisonnement de la C.J.U.E.

La C.J.U.E., s'écartant des conclusions de l'avocat général Melchior Wathelet⁽²¹⁾, conclut que la clause d'arbitrage figurant à l'article 8 du TBI porte atteinte à l'autonomie du droit de l'UE⁽²²⁾ et n'est donc pas compatible avec le droit de l'UE dans la mesure où elle soustrait les litiges pouvant porter sur l'application ou l'interprétation du droit de l'UE au mécanisme de contrôle juridictionnel du droit de l'UE⁽²³⁾⁻⁽²⁴⁾, de sorte que la pleine efficacité du droit de l'UE n'est pas garantie⁽²⁵⁾ et dans la mesure où elle peut, en outre, mettre en péril le principe de la confiance mutuelle entre les États membres⁽²⁶⁾.

À cette fin, la C.J.U.E. examine conjointement les deux premières questions préjudicielles. Elle commence par rappeler la jurisprudence constante de la Cour de justice sur l'impossibilité qu'un accord international porte atteinte à l'ordre des compétences établi par les traités et à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne, dont le respect est garanti par la Cour de justice. Elle déduit notamment ce principe de l'article 344 du 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 »⁽²⁷⁾.

L'argumentation de la C.J.U.E. est développée en quatre étapes.

Tout d'abord, le principe de l'autonomie du droit communautaire est rappelé, ainsi que l'idée centrale sous-jacente de veiller à ce qu'il soit interprété de manière conforme et uniforme⁽²⁸⁾ et le rôle clé du dialogue de juge à juge entre la C.J.U.E. et les juridictions nationales⁽²⁹⁾.

La Cour poursuit en indiquant qu'un tribunal arbitral peut être obligé dans les TBI intérieurs à l'UE d'appliquer le droit de l'UE, c'est-à-dire que les litiges dont il est appelé à connaître « sont susceptibles d'être relatifs à l'interprétation ou à l'application du droit de l'Union »⁽³⁰⁾ et en particulier peuvent porter sur « les dispositions concernant les libertés fondamentales, dont la liberté d'établissement et la libre circulation des capitaux »⁽³¹⁾.

Troisièmement, il est avancé qu'un arbitre ne peut être considéré comme une juridiction au sens de l'article 267 du TFUE car il n'a pas les liens requis

(20) § 23 de l'arrêt *Achmea*.

(21) Voy. les conclusions de l'avocat général Melchior Wathelet du 19 septembre 2017, EU:C:2017:699.

(22) § 59 de l'arrêt *Achmea*.

(23) Elle empêche que les litiges soient tranchés de manière à assurer la garantie du droit de l'Union devant une juridiction appartenant au système juridictionnel de l'Union, car seule une telle juridiction peut garantir la pleine efficacité du droit de l'Union (points 37, 43 et 56 de l'arrêt *Achmea*).

(24) La position de la C.J.U.E. sur la possibilité que le litige à résoudre en vertu du TBI nécessite l'application du droit de l'UE est très claire lorsqu'au paragraphe 68 de l'arrêt *Achmea*, elle déclare : « (...) en l'espèce, outre le fait que les litiges relevant de la compétence du tribunal arbitral prévue à l'article 8 du TBI peuvent porter sur l'interprétation tant de ce traité que du droit de l'Union, la possibilité de soumettre de tels litiges à une instance qui ne constitue pas un élément du système juridictionnel de l'Union est établie par un traité qui n'a pas été conclu par l'Union, mais par certains États membres », ce dont certains auteurs déduisent que l'arbitrage d'investissement dans un contexte intérieur à l'UE fait partie du droit de l'UE. Cfr L. KIRCHMAIR, « Who has the final say ? The relationship between International, EU and national law », *European Journal of Legal Studies*, Special Issue, 2018, p. 94.

(25) § 56 de l'arrêt *Achmea*.

(26) § 34 et 58 de l'arrêt *Achmea*.

(27) Point 32, citant expressément l'avis 2/13 sur l'adhésion de l'Union à la CEDH du 19 décembre 2014, EU:C:2014:2454, point 2011 et la jurisprudence citée.

(28) Points 32 à 35 de l'arrêt *Achmea*, qui citent expressément les articles 267 et 344 du TFUE et 2 et 4.3 du TUE, ainsi qu'une jurisprudence constante.

(29) § 36 de l'arrêt *Achmea*.

(30) § 39 de l'arrêt *Achmea*.

(31) § 42 de l'arrêt *Achmea*.

avec les juridictions des États membres⁽³²⁾ et quatrième-ment, et enfin, il est considéré qu'une juridiction nationale ne peut effectuer un contrôle juridictionnel de la sentence que dans la mesure permise par le droit national⁽³³⁾ et il est souligné que les procédures d'arbitrage d'investissement, contrairement à l'arbitrage commercial, peuvent avoir pour objet l'interprétation du droit de l'Union européenne.

Ces considérations conduisent à déclarer l'incompatibilité de l'article 8 du TBI avec le principe de coopération loyale, l'arbitre n'étant pas un élément du système juridictionnel de l'Union établi dans le TFUE⁽³⁴⁾.

À la suite de l'arrêt *Achmea*, la Commission européenne a adopté une position résolue sur la difficile coexistence entre les obligations découlant des traités bilatéraux ou multilatéraux de protection des investissements et les compétences juridictionnelles de l'UE et s'est expressément prononcée sur les conséquences de cette affaire en rendant publique sa position dans une communication.

C. La position de la Commission européenne sur les conséquences de la doctrine *Achmea*

Dans sa communication de 2018 sur la protection des investissements intérieurs à l'UE⁽³⁵⁾, la Commission européenne part de l'incompatibilité radicale avec le droit de l'UE de la soumission des traités des États membres à des mécanismes d'arbitrage pour la solution de litiges impliquant le droit communautaire européen et de l'exclusion des tribunaux des États membres – en tant qu'organes juridictionnels de l'UE – et de la Cour de justice de l'UE pour se prononcer sur ces litiges⁽³⁶⁾. Telle est la position adoptée de longue date⁽³⁷⁾.

La Commission européenne affirme que le système juridique de l'UE protège suffisamment les investissements transfrontaliers dans le marché intérieur, en faisant valoir que, lorsque les investisseurs exercent l'une des libertés fondamentales, ils sont protégés par les règles du TFUE, la Charte des droits fondamentaux de l'UE, les principes généraux du droit

de l'UE et la législation sectorielle applicable. Il est vrai que l'UE et les États membres peuvent légitimement prendre d'autres mesures pour protéger les intérêts des investisseurs mais ils ne peuvent le faire que dans certaines circonstances et toujours dans le respect du droit de l'UE. Les investisseurs peuvent également agir dans l'État où l'investissement est effectué.

La communication rappelle qu'au cours des dernières décennies, les gouvernements ont encouragé les investissements transfrontaliers en concluant des TBI. Ces traités bilatéraux prévoient généralement le droit au traitement national, la clause de la nation la plus favorisée, le traitement juste et équitable et la protection contre l'expropriation, ainsi que le droit au libre transfert de fonds. Des dispositions similaires figurent dans le traité sur la Charte de l'énergie⁽³⁸⁾, un traité multilatéral d'investissement initié par l'UE pour promouvoir les investissements dans le secteur de l'énergie. La position de l'UE est de promouvoir des réformes profondes dans tous ces traités de protection des investissements pour ce qui est du contexte extracommunautaire.

Pour la Commission européenne, l'arrêt *Achmea* confirme la position qu'elle a adoptée, à savoir que les clauses d'arbitrage contenues dans les TBI intérieurs à l'UE sont contraires au droit communautaire, qu'elles sapent le système de protection juridique découlant des traités de l'UE, qu'elles menacent l'autonomie, l'efficacité, la primauté et l'effet direct du droit communautaire ainsi que le principe de la confiance légitime entre les États membres. En fait, à la suite de cette déclaration, la Commission a intensifié le dialogue avec tous les États membres, les invitant à prendre les mesures nécessaires pour assurer la protection des droits et des libertés des citoyens des États membres.

L'UE a également exprimé son intention d'engager des procédures d'infraction si nécessaire.

Pour la Commission européenne, la conséquence de la doctrine *Achmea* est que les juridictions nationales sont tenues d'annuler toute sentence arbitrale rendue sur la base des considérations susmentionnées

(32) § 48 de l'arrêt *Achmea*. Cfr J. ERAUW, « Reference for Arbitrators to the European Court of Justice for Preliminary Rulings », in R. BRINER, Y. DERAIS, J. ERAUW *et al.*, *Arbitration and European Law*, Reports of the International Colloquium of CEPANI, April 25, 1997, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 103.

(33) §§ 53-55 de l'arrêt *Achmea*.

(34) § 58 de l'arrêt *Achmea*.

(35) Commission européenne, Protection des investissements intérieurs à l'UE, COM 2018, 547/2.

(36) Voy. p. 2 de la communication.

(37) Voy. les demandes formelles correspondantes de la Commission, datées du 23 septembre 2016, à l'Autriche, aux Pays-Bas, à la Roumanie, à la Slovaquie et à la Suède de mettre fin à leurs TBI intérieurs à l'UE correspondants.

(38) Le traité multilatéral sur la Charte de l'énergie relatif aux investissements a été signé à Lisbonne le 19 décembre 1994 et a été ratifié par tous les États membres et l'UE ainsi que par un grand nombre d'États tiers.

et de refuser de l'exécuter. Il s'ensuit que les États membres qui sont parties à des affaires encore pendantes doivent également prendre en considération les conséquences de l'arrêt *Achmea* et agir en conséquence. En outre, la Commission insiste sur le fait qu'en vertu du principe de sécurité juridique, ils sont obligés de mettre fin formellement à leurs TBI intérieurs à l'UE.

La Commission prend également position sur l'extension des effets de la doctrine *Achmea* en ce qui concerne les mécanismes d'arbitrage prévus à l'article 26 du traité sur la Charte de l'énergie pour les relations intracommunautaires. La Commission considère que, si cette disposition est interprétée correctement, le traité ne prévoit pas de clause d'arbitrage entre investisseur et État applicable entre les investisseurs d'un État membre de l'UE et les investisseurs d'un autre État membre de l'UE. Par conséquent, compte tenu de la primauté du droit communautaire, une telle clause, si elle est interprétée comme s'appliquant aux relations intracommunautaires, est incompatible avec le droit communautaire et est donc inapplicable.

En outre, le raisonnement de la C.J.U.E. dans l'affaire *Achmea* s'applique également aux autres clauses qui, comme celles qui sont incluses dans les TBI intérieurs à l'UE, prévoient la possibilité de soumettre les litiges à un organe qui ne fait pas partie du système juridictionnel de l'UE. Le fait que l'UE soit également partie au traité sur la Charte de l'énergie – selon la Commission européenne – n'empêche pas la même conclusion de s'appliquer : la Charte de l'énergie n'a créé de droits et des obligations qu'entre l'UE et des tiers et ne concerne pas les relations entre les États membres de l'UE.

Il n'échappe à personne que les questions soulevées par la communication sur la protection des investissements intracommunautaires sont d'une portée bien plus vaste que celle du champ d'application

limité des traités bilatéraux ou multilatéraux de promotion et de protection des investissements, puisque ce qui est réellement en cause derrière le cas spécifique dans lequel la question se pose, c'est la compétence des États membres de soumettre à l'arbitrage des questions qui impliquent des compétences de l'UE et qui sont donc soumises au contrôle et à la compétence juridictionnelle de la Cour de justice de Luxembourg.

III. Jurisprudence postérieure à *Achmea*

La jurisprudence ultérieure l'a confirmé⁽³⁹⁾.

La C.J.U.E., dans l'arrêt du 2 septembre 2021, rendu dans l'affaire C-741/19, *République de Moldavie c. Komstroy*⁽⁴⁰⁾, a abordé dans un *obiter dictum* la question de l'incompatibilité des dispositions du traité sur la Charte de l'énergie avec les situations couvertes par le droit de l'UE et applique la logique de l'affaire *Achmea*. La C.J.U.E. considère que le fait que la Charte de l'énergie constitue un traité mixte ratifié par l'UE et ses États membres ne modifie pas *prima facie* sa compétence⁽⁴¹⁾. Il convient de rappeler que, bien qu'en vertu de l'article 216, § 2, du TFUE, lorsque l'Union conclut des accords internationaux, « ... la primauté des accords internationaux conclus par la Communauté sur les textes de droit communautaire dérivé commande d'interpréter ces derniers, dans la mesure du possible, en conformité avec ces accords »⁽⁴²⁾. Il s'ensuit « que la validité d'un acte de l'Union peut être affectée par l'incompatibilité de cet acte avec de telles règles de droit international. Lorsque cette validité est invoquée devant une juridiction nationale, la Cour vérifie (...) si certaines conditions sont remplies dans le cadre de l'affaire dont elle est saisie afin de déterminer si, en application de l'article 267 TFUE, la validité de l'acte du droit de l'Union concerné au regard aux règles de droit international invoquées peut être

⁽³⁹⁾ C. CREPET DAIGREMONT, « Arbitrage d'investissement et droit de l'Union européenne », 16 juin 2022, *Les cahiers de l'Arbitrage*, The Paris Journal of International Arbitration, 2022, p. 1142 ; P. PASCHALIDIS, « From Achmea to PL Holdings, Republic of Moldova, and Opinion 1/20 : The End of Intra-EU Investment Treaty Arbitration », in D. SARMIENTO, H. RUIZ FABRI et B. HESS, *Yearbook on Procedural Law of the Court of Justice of the European Union*, 4^e éd., Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series, Special Issue, 2022, p. 45 ; J. JOURDAN-MARQUEZ, « Chronique d'arbitrage : après Komstroy, Londres rit et Paris pleure », *Dalloz Actualité*, 22 mars 2023.

⁽⁴⁰⁾ EU:C:2021:164.

⁽⁴¹⁾ B. BÖHME, « The future of the Energy Charter Treaty after Moldova v. Komstroy », *CMLR*, vol. 59, juin 2022, p. 853 ; S. MÉNÉTREY et M. HAPFOLD, « L'investissement et l'arbitrage au sens du Traité sur la Charte de l'énergie vu par la Cour de justice : la dimension stratégique de l'arrêt *Komstroy* à l'aune de l'avis 1/20 », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2022, p. 693 ; B. HARDY, « Arrêt *République de Moldavie c. Komstroy* : quelle protection pour les investissements dans le secteur de l'énergie en Europe ? », *J.D.É.*, 2022, p. 16.

⁽⁴²⁾ Arrêt du 10 septembre 1996, C-61/94, *Commission c. Allemagne*, § 52, ECLI:EU:C:1996:313 ; arrêt du 12 janvier 2006, C-311/04, *Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht*, ECLI:EU:C:2006:23, § 25 ; arrêt du 3 juin 2008, C-308/06, *Intertanko et autres*, ECLI:EU:C:2008:312, § 42 et arrêt du 3 septembre 2008, C-402/05-P et C-415/05-P, *Kadi et al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, ECLI:EU:C:2008:461, § 307.

appréciée »⁽⁴³⁾. Il convient de garder à l'esprit que l'autonomie du droit de l'UE est violée lorsqu'un traité empêche les litiges impliquant l'application du droit de l'UE d'être portés devant le système judiciaire de l'UE⁽⁴⁴⁾.

Dans un arrêt ultérieur⁽⁴⁵⁾, la Cour a statué sur l'action d'un investisseur qui, admettant que la clause arbitrale du TBI applicable était contraire au droit de l'Union, prétendait avoir conclu avec l'État défendeur, après la naissance du litige, un compromis d'arbitrage qui serait, lui, valable. La C.J.U.E. a conclu, dans cette hypothèse également, à la contrariété d'un tel accord avec le droit de l'Union : il s'agirait d'un contournement des obligations résultant du Traité par l'État membre concerné. Une telle convention produit les mêmes effets que ceux qui s'attacheraient à une clause arbitrale contenue dans un TBI. De plus, toute demande d'arbitrage fondée sur un TBI pourrait être interprétée comme l'offre de conclusion d'un nouvel arbitrage. Enfin, la volonté d'un État membre de se soumettre à une telle procédure coïncide avec sa volonté de l'accepter en vertu du TBI.

En 2022, un tribunal arbitral *ad hoc* constitué en vertu du règlement de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm s'est déclaré incompétent pour statuer sur une question de droit communautaire en appliquant le raisonnement des arrêts *Achmea* et *Komstroy*⁽⁴⁶⁾.

IV. L'accord européen sur l'extinction des traités d'investissement

Le 5 mai 2020, les États membres de l'UE conclurent un Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissements passés entre eux⁽⁴⁷⁾. Cet accord prévoyait, en ce qui concerne les clauses

d'arbitrage : « Les parties contractantes confirment que les clauses d'arbitrage sont contraires aux traités de l'Union et qu'elles sont donc inapplicables. En raison de cette incompatibilité entre les clauses d'arbitrage et les traités de l'Union, à compter de la date à laquelle la dernière des parties à un traité bilatéral d'investissement est devenue un État membre de l'Union européenne, la clause d'arbitrage figurant dans un tel traité bilatéral d'investissement ne peut servir de fondement juridique à une procédure d'arbitrage » (article 4.1) et que « Les clauses d'arbitrage ne peuvent servir de fondement juridique à des procédures d'arbitrage nouvelles » (article 5).

V. Libertés fondamentales et conventions internationales de double imposition

Étant donné que la Commission européenne affirme, dans sa communication, que, pour les investissements intérieurs à l'UE, les libertés fondamentales peuvent suffisamment protéger les investissements transfrontaliers dans le marché intérieur lorsque les investisseurs les exercent et que, par conséquent, ils sont suffisamment garantis par le système juridique de l'UE, sans toutefois se prononcer sur les effets extérieurs à l'UE de la doctrine *Achmea*, ni sur les investissements de l'UE dans des pays tiers, ni sur les investissements étrangers dans l'UE⁽⁴⁸⁾, nous pensons qu'il convient d'analyser la position de la C.J.U.E. sur cette question en l'appliquant aux conventions préventives de la double imposition (CDI), au sein desquelles la relation avec les libertés de l'UE est sans aucun doute une question particulièrement complexe⁽⁴⁹⁾.

En effet, lorsqu'il s'agit de l'application des traités, du droit communautaire et des règles unilatérales,

⁽⁴³⁾ C.J.U.E., 21 décembre 2011, C-366/10, *Air Transport Association of America*, EU:C:2011:864, point 51.

⁽⁴⁴⁾ C.J.U.E., dans l'aff. *Achmea*, points 57 et 58.

⁽⁴⁵⁾ Arrêt du 26 octobre 2021, C.J.U.E., C-109/20, *Republiken Polen c. PL Holdings Sàrl*, EU:C:2021:875 ; cf. J. CAZALA, « Chronique de jurisprudence internationale (investissement) », *Revue générale de droit international public*, 2018, n° 1, p. 4 ; F. PICOD, « Cour de justice (gde ch.), 26 octobre 2021, *PL Holdings*, aff. C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875, *Jurisprudence de la C.J.U.E. 2021*, Bruxelles, Bruylant, 2022, p. 693.

⁽⁴⁶⁾ A. WANG, « Investment Treaty News », <https://www.iisd.org/itm/fr/consulté le 8.04.2023> ; *Green Power K/S and SCE Solar Don Benito APS c. Royaume d'Espagne*, SCC Case n° V2016/165, *Investment Treaty News*, 7 octobre 2022.

⁽⁴⁷⁾ J.O.U.E., L 169, Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres de l'Union, 29 mai 2020 ; loi portant assentiment à l'Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres de l'Union européenne, fait à Bruxelles le 5 mai 2020.

⁽⁴⁸⁾ « La présente communication porte sur les investissements au sein de l'Union et, par conséquent, ne concerne pas les investissements effectués par des investisseurs de l'UE dans des pays tiers ou les investissements effectués par des investisseurs de pays tiers dans l'UE. Les règles du traité en matière de libre circulation s'appliquent à des situations présentant un élément transfrontière ou lorsque les mouvements transfrontières sont au moins possibles ».

⁽⁴⁹⁾ F. Clavijo Hernández affirme que la relation entre les CDI et le droit communautaire est l'une des plus complexes du droit financier et fiscal, cf. Préface de la monographie de P. M. HERRERA MOLINA, *Convenios de Doble Imposición y Derecho Comunitario*, Madrid, IEF, 2009, p. 15.

il n'est pas surprenant que l'autonomie et la supranationalité soient remises en question, en particulier par les institutions arbitrales et par la défense des investisseurs demandeurs dans les litiges où le traité sur la Charte de l'énergie est invoqué⁽⁵⁰⁾.

Parmi les quatre libertés communautaires, *Achmea* mentionne le droit d'établissement et la libre circulation des capitaux. Cette dernière est la plus intéressante et celle à laquelle nous accorderons le plus d'attention, pour deux motifs : en raison de son extension aux États tiers et de la possibilité de l'invoquer pour des citoyens non communautaires⁽⁵¹⁾, non seulement vu l'existence de l'espace Schengen⁽⁵²⁾ mais aussi en raison de l'effet des traités signés par les institutions communautaires elles-mêmes⁽⁵³⁾, comme répété à plusieurs reprises par la C.J.U.E.⁽⁵⁴⁾. À cette fin, il est nécessaire d'identifier ce qu'est un État tiers, en délimitant le contexte juridique spécifique à comparer afin de mesurer la justification possible des restrictions dans les relations avec ces États⁽⁵⁵⁾. La comparabilité doit être analysée au cas par cas.

Il existe déjà une position bien établie dans la jurisprudence communautaire sur les exigences de l'interdiction de la discrimination, des restrictions et des obstacles sur la base de la libre circulation des capitaux⁽⁵⁶⁾, bien que des justifications pour des raisons d'intérêt général⁽⁵⁷⁾, telles que la sauvegarde de la cohésion du système fiscal, la prévention de la fraude fiscale et la garantie de l'efficacité du contrôle fiscal⁽⁵⁸⁾, soient admises.

Il résulte des articles 63 à 66 du TFUE que l'interdiction des restrictions ne couvre pas seulement les relations internes du marché intérieur puisque l'article 63 du TFUE reconnaît expressément son application « entre les États membres et les États tiers ». L'objet de la protection de l'article 63 TFUE est la circulation des capitaux et des paiements en tant que telle et cette protection doit donc être garantie indépendamment des personnes – nationales ou non – qui sont affectées par la circulation des capitaux. Bien que la libre circulation des capitaux vis-à-vis des États tiers puisse poursuivre des objectifs autres que l'établissement du marché intérieur, la C.J.U.E.

⁽⁵⁰⁾ Cfr aff. CIRDI n° ARB/12/12, *Vattenfall AB et autres c. République fédérale d'Allemagne*, sentence du 31 août 2018. De même, cfr L. KIRCHMAIR, « Who has the final say? The relationship between International, EU and national law », *European Journal of Legal Studies*, Special Issue, 2018.

⁽⁵¹⁾ Sur ces questions dans la doctrine, cfr K. STÄHL, « Free movement of capital between Member States and third countries », *EC Tax Review*, vol. 13, n° 2, 2004, pp. 47-56 ; M. DAHLBERG, *Direct taxation in relation to the freedom of establishment and the free movement of capital*, vol. 9, Kluwer law international, 2005 ; M. O'BRIEN, « Taxation and the Third Country Dimension of Free Movement of Capital in EU Law : The ECJ's Rulings and Unresolved Issues », *British Tax Review*, 2008, pp. 628-666 ; P. PISTONE, « The impact of European Law on the Relations with Third Countries in the Field of Direct Taxation », *Intertax*, vol. 34, n° 5, 2006, pp. 234-244 ; A. CORDEWENER *et al.*, « Free Movement of Capital and Third Countries : Exploring the Outer Boundaries with Lasertec, A and B and Holbock », *European Taxation*, vol. 47, n° 8/9, 2007, pp. 371 et s. ; D. S. SMIT, « The Relationship between the European Union and Third Countries : The European Taxation System », *European Taxation*, vol. 47, n° 8/9, 2007, pp. 371 et s. ; SMIT, « The relationship between the free movement of capital and the other EC Treaty freedoms in third country relationships in the field of direct taxation : a question of exclusivity, parallelism or causality ? », *EC Tax Review*, vol. 16, n° 6, 2007, pp. 252-267 ; S. HINDELANG, *The free movement of capital and foreign direct investment : the scope of protection in EU law*, Oxford University Press, 2009.

⁽⁵²⁾ Certains pays (États tiers au sens strict), qui ne font pas formellement partie de l'Union européenne, partagent les mêmes principes et font partie du marché intérieur sur la base des accords de l'Espace économique européen (EEE), comme l'Islande, le Liechtenstein ou la Norvège.

⁽⁵³⁾ La catégorisation des pays tiers en ce qui concerne l'effet de la libre circulation des capitaux peut conduire à distinguer jusqu'à sept situations différentes, par exemple, les pays tiers candidats à l'adhésion à l'UE, ayant conclu des accords d'association avec l'UE, les paradis fiscaux ayant ou non des liens avec les États membres ou encore les pays en développement dont les relations avec les États membres reconnaissent parfois des mesures de soutien économique (clauses d'exonération fiscale). La Suisse, quant à elle, constitue une catégorie à part entière, tout comme les États-Unis, qui disposent de règles anti-abus spécifiques dans leurs CDI avec les États membres (clauses de limitation des avantages). Sur cette question, cfr P. PISTONE, « The impact of European Law on the Relations with Third Countries in the Field of Direct Taxation », *op. cit.*

⁽⁵⁴⁾ L'action de la Cour européenne de justice en tant que promoteur de l'élimination des obstacles fiscaux, en particulier en ce qui concerne la fiscalité directe, est significative. Le fait que les initiatives visant à harmoniser les assiettes fiscales consolidées dans l'impôt sur les sociétés aient été reprises au niveau de l'UE est lié aux actions BEPS mais peut également s'expliquer par la nécessité de promouvoir des actions positives en matière d'harmonisation fiscale.

⁽⁵⁵⁾ C.J.U.E., 19 juillet 2012, C-48/11, *A Oy*, §§ 36 et 37.

⁽⁵⁶⁾ Cfr J. MARTÍN LÓPEZ, « Planificación fiscal agresiva y normas antiabuso en el derecho de la Unión Europea : análisis de las últimas tendencias », *Quincena Fiscal*, 2015, n° 8.

⁽⁵⁷⁾ Cfr entre autres, *Sandoz*, C-439/97, EU:C:1999:499 ; *Verkooijen*, C-35/98, EU:C:2000:294 et *X et Y*, C-436/00, EU:C:2002:704. L'arrêt *Verkooijen* est l'un des premiers à examiner en profondeur la compatibilité des règles fiscales nationales avec la libre circulation des capitaux. En particulier, la Cour a déclaré illégale une règle néerlandaise selon laquelle seuls les dividendes reçus d'entités établies aux Pays-Bas, à l'exclusion des dividendes reçus de sociétés établies dans d'autres États membres, sont partiellement exonérés de l'impôt sur le revenu des résidents.

⁽⁵⁸⁾ Il est à noter que le juge communautaire a tendance à interpréter de manière restrictive les motifs invoqués par les États pour justifier la restriction des libertés communautaires.

a précisé que cette liberté doit être garantie dans les mêmes conditions que pour les mouvements de capitaux intérieurs au marché unique dans le contexte strictement communautaire⁽⁵⁹⁾. En second lieu, l'article 66 du TFUE prévoit une dérogation permettant au Conseil d'adopter les mesures de sauvegarde nécessaires en cas de difficultés graves pour le fonctionnement de l'Union économique et monétaire, ce qui rend nécessaire la prise en compte de cette circonstance dans l'analyse du cas d'espèce.

Il n'est donc pas surprenant que les contribuables aient invoqué cette liberté de mouvement pour éviter un traitement discriminatoire ou restrictif lorsqu'ils investissent « dans » des États tiers ou en provenance de ces États. De nombreuses affaires portées devant les juridictions nationales ou devant la C.J.U.E. traitent de la question de savoir quelles sont les frontières extérieures de l'UE, tandis que d'autres traitent de cette liberté tant dans les relations intracommunautaires que dans les relations avec les États tiers. Peu d'affaires approfondissent les questions de fiscalité directe, probablement parce que, la plupart du temps, la Cour ne constate pas l'existence d'un cas de libre circulation des capitaux et analyse la question sous l'angle d'autres libertés communautaires, en particulier du droit d'établissement qui, contrairement à la libre circulation des capitaux, ne s'étend pas aux situations impliquant des États tiers.

Ce fut le cas, par exemple, dans l'affaire *Lasertec*⁽⁶⁰⁾, concernant la règle fiscale allemande anti-sous-capitalisation appliquée aux prêts d'une société suisse à sa filiale allemande, ou dans l'affaire *A et B*⁽⁶¹⁾, concernant les circonstances dans lesquelles un établissement stable russe d'une société suédoise doit accorder l'exonération fiscale des dividendes au niveau de l'actionnaire. Dans ces affaires, la C.J.U.E. a analysé les règles contestées sur la base des dispositions relatives à la liberté d'établissement, considérant les effets restrictifs sur la libre circulation des capitaux comme une simple conséquence

inévitabile d'une telle restriction et, par conséquent, n'a pas abordé les situations liées à des pays tiers sur la base des règles relatives à la libre circulation des capitaux, comme cela semblait résulter des questions préjudicielles.

Dans l'affaire *Lasertec*, appliquant une jurisprudence constante pour déterminer si la législation nationale relevait de l'une ou l'autre des libertés de circulation, compte tenu du fait que la participation conférait une influence déterminante sur les décisions et les activités de la société, la Cour a estimé que l'affaire « relève du champ d'application matériel des seules dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement »⁽⁶²⁾ et n'a donc pas procédé à l'examen des questions préjudicielles posées en regard des dispositions du traité relatives à la libre circulation des capitaux »⁽⁶³⁾. La même logique a été appliquée dans les affaires *A et B* pour résoudre la question préjudicielle selon laquelle la mesure nationale « affecte de manière prépondérante la liberté d'établissement au sens des articles 43 CE et suivants ». Ces derniers ne peuvent être invoqués dans une situation concernant l'établissement d'une société d'un État membre dans un pays tiers »⁽⁶⁴⁾, précisant que le texte régissant la liberté d'établissement ne contient aucune disposition étendant son champ d'application aux situations d'établissement dans un pays tiers d'un ressortissant d'un autre État membre ou d'une société constituée conformément à la législation d'un État membre⁽⁶⁵⁾.

En revanche, dans l'affaire *Holböck*⁽⁶⁶⁾, la C.J.U.E. a analysé la législation autrichienne sur les investissements directs conjointement du point de vue de la liberté d'établissement et de celui de la libre circulation des capitaux, bien qu'en fin de compte la protection effective de l'article 56 du traité CE de l'époque n'ait pas été appliquée, car la législation autrichienne visée constituait une ancienne restriction couverte par l'article 57, paragraphe 1, du traité CE⁽⁶⁷⁾. Dans les arrêts *Lenz* et *Test Claimants*, la Cour a réexaminé le concept d'investissement direct

⁽⁵⁹⁾ Aff. *A Oy*, citée note 47, § 31.

⁽⁶⁰⁾ Aff. C-492/04, *Lasertec Gesellschaft für Stanzformen mbH c. Finanzamt Emmendingen*, EU:C:2007:273. La question préjudicielle a été posée dans le cadre d'un litige né de la décision du Finanzamt de requalifier en distribution déguisée de bénéfices les intérêts versés par la requérante à son partenaire suisse, *Lasertec*, aux fins de la détermination de l'impôt dû par la société allemande.

⁽⁶¹⁾ Aff. C-102/05, *Skatteverket c. A et B*, EU:2007:275.

⁽⁶²⁾ § 24 de l'arrêt *Lasertec*, appliquant par analogie l'arrêt *Test Claimants in the Cap Group Litigation*, comme indiqué au § 23.

⁽⁶³⁾ § 26 de l'arrêt *Lasertec*.

⁽⁶⁴⁾ *Cfr* dispositif.

⁽⁶⁵⁾ *Cfr* § 29 de l'arrêt *A et B*.

⁽⁶⁶⁾ Arrêt du 24 mai 2007, C-157/05, EU:C:2007:297. Dans cette affaire, le litige a été porté par M. Holböck devant les autorités fiscales autrichiennes concernant l'imposition des dividendes reçus d'une société établie dans un pays tiers, en l'occurrence la Suisse.

⁽⁶⁷⁾ Voy. les §§ 42 et 43 de l'arrêt *Holböck*.

et a déclaré qu'« une restriction aux mouvements de capitaux, telle qu'un traitement fiscal moins avantageux des dividendes d'origine étrangère, relève de l'article 57, § 1, CE dans la mesure où il se rapporte à des participations prises en vue de créer ou de maintenir des liens économiques durables et directs entre l'actionnaire et la société concernée et permettant à ce dernier de participer effectivement à la gestion de cette société ou à son contrôle »⁽⁶⁸⁾.

Ce qui est certain, c'est que la jurisprudence extensive de la C.J.U.E. dans l'application des dispositions relatives à la libre circulation des capitaux affecte des aspects de la souveraineté, tels que la compétence requise pour signer des TBI ou pour négocier des clauses de limitation des avantages⁽⁶⁹⁾, dont les effets ne peuvent pas rester ignorés dans l'ère post-BEPS. L'application des articles 65 et suivants du TFUE dans des contextes affectant des États tiers n'a pas reçu beaucoup d'attention, les études académiques étant généralement limitées à des questions particulières ou à l'analyse de la compatibilité de certaines dispositions nationales avec la jurisprudence de la C.J.U.E.⁽⁷⁰⁾, alors que précisément l'une des questions les plus controversées est de savoir si la C.J.U.E. applique les mêmes normes à des situations intérieures et extérieures à l'espace communautaire⁽⁷¹⁾.

Partant de l'affirmation de la nécessité d'appliquer les mêmes normes à l'égard des pays tiers, ce qui est clair dans l'affaire *A OY* si l'on suit le critère de l'avocat général⁽⁷²⁾, dans ce domaine comme dans tant d'autres domaines du droit communautaire, c'est le principe de proportionnalité qui permet finalement à la C.J.U.E. d'évaluer si les mesures unilatérales ou bilatérales applicables aux pays tiers qui s'écartent des politiques conventionnelles sont admissibles au titre du principe de légalité du droit communautaire. Le test relatif au marché unique repose sur la délimitation préalable du cadre de la légalité de l'UE, qui mesure s'il existe un autre moyen, moins restrictif, d'atteindre l'objectif poursuivi par la règle

restreignant la libre circulation des capitaux de la part de l'État prétendument contrevenant à la libre circulation des capitaux. Ainsi, par exemple, si la fraude fiscale pouvait être efficacement contrôlée par les mesures d'échange d'informations prévues par les CDI ou les directives d'assistance mutuelle, une règle anti-évasion fiscale restrictive de la libre circulation des capitaux ou discriminatoire ne serait pas admissible⁽⁷³⁾. Le champ d'application de l'article 63 du TFUE ne peut être contesté mais l'évaluation des justifications possibles et la vérification du test de proportionnalité par rapport aux pays tiers peuvent être discutées⁽⁷⁴⁾.

Des affaires telles que *Open Skies*⁽⁷⁵⁾ démontrent également que le droit communautaire est pertinent même lorsqu'un État tiers l'enfreint. Cette affaire concernait la poursuite d'une éventuelle discrimination aux États-Unis. La C.J.U.E. a estimé que le Royaume-Uni avait manqué à ses obligations en concluant et en mettant en œuvre un accord sur les services aériens, signé le 23 juillet 1977 avec les États-Unis, qui permettait la révocation, la suspension ou la limitation des droits de trafic par les États-Unis lorsque les transporteurs désignés par le Royaume-Uni n'étaient pas détenus par le Royaume-Uni ou par des ressortissants britanniques⁽⁷⁶⁾.

En appliquant les critères de cette affaire aux CDI, on peut affirmer qu'une fois qu'un État membre a conclu une CDI, il doit veiller à ce que les résidents d'autres États membres aient accès aux mêmes avantages que ses résidents dans le cadre de la CDI. Les clauses américaines de limitation des avantages (*US LOB clauses*) en sont un bon exemple⁽⁷⁷⁾.

Ainsi, la position de la C.J.U.E. est favorable à l'application des libertés de l'UE pour protéger les situations d'investissement transfrontalier à l'intérieur ou à l'extérieur de l'UE qui ne sont pas suffisamment couvertes par les mesures contenues dans les CDI et qui peuvent être contraires au droit de l'UE.

⁽⁶⁸⁾ Voy. le § 37 de l'arrêt *Holböck*.

⁽⁶⁹⁾ Voy., entre autres, les arrêts du 14 décembre 1995, *Sanz de Lara*, C-163/94, C-165/94 et C-250/94, EU:C:1995:451 ; du 18 décembre 2007, *Skatterverket c. A.*, C-101/05, EU:C:2007:804 ; du 19 juillet 2012, *A Oy*, C-48/11, EU:C:2012:485.

⁽⁷⁰⁾ Nous sommes d'accord avec S. Hindelang lorsqu'il affirme que ceux qui s'engagent dans des investissements directs dans des États tiers bénéficient fondamentalement des mêmes garanties en vertu des dispositions relatives à la libre circulation des capitaux que ceux qui s'engagent dans des investissements directs dans un contexte intérieur à l'UE (*The free movement of capital and foreign direct investment : the scope of protection in EU law*, Oxford University Press, 2009, p. vii).

⁽⁷¹⁾ S. HINDELANG, *The free movement of capital and foreign direct investment : the scope of protection in EU law*, Oxford University Press, 2009.

⁽⁷²⁾ Voy. le point 31 de l'arrêt *A Oy*, *op. cit.*, et les points 74 à 77 des conclusions de l'avocat général.

⁽⁷³⁾ Voy. les aff. *A OY* et *A*, citées ci-dessus, note 70.

⁽⁷⁴⁾ *Ibid.*

⁽⁷⁵⁾ C-466/98, arrêt du 5 novembre 2002, EU:C:2002:624.

⁽⁷⁶⁾ *Cfr* § 61.

⁽⁷⁷⁾ *Cfr* M. LANG, « Double taxation and EC Law », in AVI-YONAH *et al.*, *Comparative Fiscal Federalism. Comparing the European Court of Justice and the US Supreme Court's Tax Jurisprudence*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, p. 60.

VI. Limites de l'arbitrage : typologies et extension des effets de la doctrine *Achmea* à la question épineuse des aides d'État

Il a été dit que l'affaire *Achmea* a révolutionné la pratique de l'arbitrage dans les traités d'investissement⁽⁷⁸⁾ et c'est le cas. Cependant, malgré les critiques abondantes⁽⁷⁹⁾, émises par les détracteurs de l'arbitrage, avançant des reproches de « justice parallèle, secrète et non transparente »⁽⁸⁰⁾, la vérité est que ni l'UE⁽⁸¹⁾ ni l'arrêt *Achmea* ne s'opposent à l'arbitrage en tant que mode de résolution des litiges. Au contraire, l'UE adopte une position neutre et ne conditionne l'admissibilité de l'arbitrage qu'au respect de l'autonomie de l'Union et de son système juridique⁽⁸²⁾.

La position des États membres impliqués dans l'affaire *Achmea* les divise en deux groupes : le premier groupe comprend les pays d'origine des investisseurs (Allemagne, France, Pays-Bas, Autriche, Finlande), qui ont rarement été défenseurs dans des procédures d'arbitrage engagées par des investisseurs⁽⁸³⁾. Le second groupe comprend la République tchèque, l'Estonie, la Grèce, l'Espagne, l'Italie, Chypre, la Lettonie, la Hongrie, la Pologne, la Roumanie et la République slovaque, qui ont tous été cités comme défenseurs dans des procédures d'arbitrage intracommunautaires⁽⁸⁴⁾. À l'exception de l'Italie⁽⁸⁵⁾, les pays de ce deuxième groupe qui maintiennent

l'incompatibilité des TBI intérieurs à l'UE avec les traités UE et FUE ont hésité à mettre fin aux TBI qu'ils avaient signés, malgré la demande insistante de la Commission européenne en ce sens.

En effet, comme le souligne Virgós, « le mécanisme juridique le plus puissant dont disposent aujourd'hui les entreprises européennes pour protéger leurs investissements contre les actions préjudiciables des États d'accueil de leurs investissements est les traités de protection des investissements », qu'ils soient bilatéraux ou multilatéraux, l'exemple le plus important, étant le traité sur la Charte de l'énergie⁽⁸⁶⁾.

A. L'application de la doctrine *Achmea* change-t-elle en fonction du type de traité ?

Il est important d'examiner les différentes typologies de traités, le statut d'État membre ou d'État tiers, le champ d'application des traités et la manière dont ils envisagent la clause d'arbitrage, non seulement en ce qui concerne les traités de protection des investissements⁽⁸⁷⁾, qui ont fait l'objet de nombreux débats, mais aussi en ce qui concerne tout autre traité international, bilatéral ou multilatéral qui contient des clauses d'arbitrage et implique la nécessité d'appliquer ou d'interpréter le droit communautaire dans les questions litigieuses.

B. Traité sur la Charte de l'énergie

Nous avons déjà mentionné que le Traité multilatéral sur la Charte de l'énergie, signé à Lisbonne

(78) D. SIMON, « L'arbitrage en matière d'investissement remis en cause par la Cour de justice ? À propos de l'arrêt du 6 mars 2018, *Achmea* », *Europe*, n° 5, mai 2018, p. 5.

(79) Le Kluwer Arbitration Blog a été particulièrement actif dans la critique. Entre autres, N. LAVRANOS, « Black Tuesday : the end of intra-EU BITs », 7 mars 2018, Thomson Reuters' Practical Law Arbitration Blog, <https://tinyurl.com/yd33z2by> ; J. P. GAFFNEY, « *Slovak Republic v. Achmea* : A Disproportionate Judgment ? », Kluwer Arbitration Blog, 14 septembre 2018, <https://tinyurl.com/yb48r84t>.

(80) P. PINSOLLE, I. MICHOU, « Arbitrage : l'arrêt *Achmea*, la fin du Traités d'investissement intérieur à l'UE ? », *Dalloz Actualité*, 6 avril 2018. Voy. également l'étude de S. MORENO GONZÁLEZ publié dans la *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, n° 8.

(81) À la suite à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} janvier 2009, l'UE a créé un bon réseau de TBI avec des États tiers. Ainsi, l'UE est devenue partie à des TBI autorisant l'arbitrage d'investissement. L'UE et Singapour ont négocié un accord de libre-échange dont un chapitre entier est consacré à la réglementation de la protection des investissements, y compris l'arbitrage investisseur-État. D'autre part, l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, mérite d'être mentionné.

(82) Cela découle de la jurisprudence constante de la C.J.U.E., mentionnée au paragraphe 57 de l'arrêt *Achmea*. F. SCHUBERT, « L'UE et l'arbitrage d'investissement – une nouvelle relation à la lumière de l'arrêt *Achmea*, C-284/16 de la C.J.U.E. du 6 mars 2018 », *Revue générale du droit*, 2018, n° 12, p. 4.

(83) Des détails sur les données pays par pays peuvent être trouvés dans les conclusions de l'avocat général Melchior Wathelet du 19 septembre 2017, EU:C:2017:699, § 34.

(84) Conclusions de l'avocat général, *op. cit.*, § 35.

(85) L'Italie a mis fin aux TBI conclus par l'Italie, à l'exception du TBI Italie/Malte. Voy. les conclusions de l'avocat général, *op. cit.*, § 37.

(86) M. VIRGÓS, « La eficacia de la protección internacional de las inversiones extranjeras », *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. VII, n° 3, 2014, p. 663 (traduction libre).

(87) N. DE SADELEER, « The end of the game : The autonomy of the EU Legal order opposes arbitral tribunals under bilateral investment treaties concluded between two member states », *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 9, 2018, pp. 355-371.

le 19 décembre 1994 et ratifié par tous les États membres et l'UE, a un statut unique non seulement en raison de sa nature multilatérale mais surtout en raison du fait que l'UE elle-même est partie au traité. Cette circonstance n'a pas empêché l'extrapolation de la doctrine *Achmea* par la Commission européenne, qui a catégoriquement affirmé l'inapplicabilité de l'article 26 relatif au règlement des différends entre un investisseur et une partie contractante comme étant contraire au droit communautaire.

Cette position n'est toutefois pas partagée par tous et a été explicitement rejetée par l'organisme arbitral du CIRDI, notamment dans l'affaire *Masdar*⁽⁸⁸⁾ et, plus récemment, dans l'affaire *Vattenfall*⁽⁸⁹⁾, dans laquelle l'Allemagne a été condamnée à verser une compensation d'un montant total de 4,7 milliards d'euros au groupe suédois *Vattenfall*. Sans préjuger de la doctrine d'*Achmea*, le tribunal arbitral affirme dans cette dernière affaire qu'elle n'est pas applicable à la Charte de l'énergie et à la clause d'arbitrage de l'article 26, principalement sur la base de deux arguments. Premièrement, le tribunal considère que le traité sur la Charte de l'énergie ne peut pas exclure les litiges intérieurs à l'UE du champ d'application de l'article 26⁽⁹⁰⁾ et que le droit de l'UE ne peut pas prévaloir sur d'autres traités internationaux, de sorte qu'il n'est pas possible d'interpréter le traité sur la Charte de l'énergie à la lumière du droit de l'UE, car cela empêcherait l'application uniforme du traité par toutes les parties, y compris les États non-membres de l'UE. Le deuxième argument repose sur la relation entre l'article 26 et l'article 16 du traité, d'où il découle⁽⁹¹⁾ que les

droits plus favorables garantis aux investisseurs dans la Charte de l'énergie ne peuvent être entravés par l'objection de la doctrine *Achmea*⁽⁹²⁾.

C. LE CETA et la Belgique

La Belgique est intervenue dans ce débat à deux reprises au moins. Le président de l'exécutif de la Région wallonne, le socialiste Paul Magnette⁽⁹³⁾, a fait obstacle à la ratification du Traité de libre-échange entre le Canada et l'UE signé le 30 octobre 2016 (*Comprehensive and Economic Trade Agreement – CETA*) (Accord économique et commercial global – AECG) en raison de sa clause relative à l'arbitrage. Il obtint que les arbitres européens soient désignés par les États membres et non « issus des milieux d'affaires ». Le Traité prévoit que les membres sont nommés par le Comité mixte de l'AECG⁽⁹⁴⁾.

En réponse à une demande d'avis de la Belgique, la Cour de justice de l'Union européenne avait confirmé la compatibilité du mécanisme arbitral initial avec le droit européen⁽⁹⁵⁾. En 2020, la Belgique demanda à la C.J.U.E. un avis sur la conformité avec le droit européen du mécanisme de règlement des différends prévus par le projet de Traité sur la Charte de l'énergie modernisée. Cette demande fut jugée irrecevable à défaut de texte définitif du Traité⁽⁹⁶⁾. Ces exemples reflètent bien le bras de fer institutionnel existant pour savoir qui a le monopole du niveau le plus élevé de protection juridique des investisseurs⁽⁹⁷⁾.

Dans l'affaire *Achmea*, la C.J.U.E. se limite à faire une distinction claire entre les tribunaux arbitraux institués par les traités bilatéraux d'investissement (TBI) et ceux qui sont institués par les traités

⁽⁸⁸⁾ Aff. CIRDI n° ARB/14/1, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Espagne*, sentence du 16 mai 2018, Espagne. Le montant de la sentence s'élève à 64,5 millions d'euros.

⁽⁸⁹⁾ Aff. CIRDI n° ARB/12/12, *Vattenfall AB et autres c. République fédérale d'Allemagne*, sentence du 31 août 2018.

⁽⁹⁰⁾ Le § 187 de la sentence est libellé comme suit : « *It would have been a simple matter to draft the ECT so that Art. 25 does not apply to dispute between an investor of one EU Member State and another EU Member State as respondent. That was not done and the Tribunal has been shown no indication in the language of the ECT that any such exclusion was intended. The Tribunal's responsibility is to interpret and apply the ECT which defines the Tribunal's jurisdiction.* ».

⁽⁹¹⁾ Le § 196 de la sentence stipule : « *While the ordinary meaning of Article 25 was already clear, Article 16 confirms beyond doubt that Respondent's proposed reading of the provisions of the ECT is untenable. In light of this provision it is not possible to "read into" Article 26 an interpretation whereby certain investors would be deprived of their right to dispute resolution, whether against an EU Member State or otherwise.* ».

⁽⁹²⁾ J. RISSE et N. GREMMINGER, « *Vattenfall-Decision Mitigates Achmea Effect* », *Global Compliance News UG*, 12 septembre 2018, <https://globalarbitrationnews.com/vattenfall-tribunal-mitigates-the-achmea-effect-20180913/>.

⁽⁹³⁾ P. MAGNETTE, *CETA, Quand l'Europe déraille*, Waterloo, Luc Pire, 2017.

⁽⁹⁴⁾ Art. 8.27 et 26.1.

⁽⁹⁵⁾ Avis 1/17 de la Cour, assemblée plénière, 30 avril 2019, ECLI:EU:C:2019:341 ; P. PICOD, *Cour de justice, ass. plén., 30 avril 2019, Jurisprudence de la C.J.U.E.*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 862 ; « Avis 1/17 de la Cour de justice : la validation du CETA mais sous conditions ? », *J.D.E.*, 2019, p. 318.

⁽⁹⁶⁾ Avis 1/20 de la Cour, 4^e chambre, du 16 juin 2022.

⁽⁹⁷⁾ P. JACOB, F. LATTY, A. DE NAUTEUIL, « Arbitrage d'investissement et droit international général », *Annuaire français de droit international*, CNRS Éditions, 2017, hal-01996133 ; B. HANOTIAU, « Legitimacy Concerns in International Arbitration », *R.D.C.*, 2022, p. 1093 et réf. citées ; R. EL ISSA, *La place contestée de l'arbitrage international en droit de l'investissement*, Thèse de doctorat de l'Université Paris-Saclay, février 2023.

commerciaux⁽⁹⁸⁾, afin de souligner la nécessité de ne pas extrapoler les arguments relatifs à ces derniers aux TBI.

Bien que l'arbitrage d'investissement mérite des considérations différentes de l'arbitrage commercial en vertu du droit communautaire⁽⁹⁹⁾, l'existence même des procédures d'arbitrage est invoquée par certains États pour éviter l'exécution de décisions d'indemnisation ou même d'arrêts de la C.J.U.E. ordonnant le remboursement d'aides d'État.

Il existe également des arbitrages commerciaux dans lesquels la doctrine *Achmea* est invoquée. Cela a été le cas, par exemple, pour la Grèce, comme on peut le voir dans l'affaire C-93/17, *Commission contre République hellénique*, qui résultait de l'inexécution d'une sentence du 28 juin 2012⁽¹⁰⁰⁾ qui avait ordonné le remboursement d'aides d'État incompatibles avec le marché intérieur dans le cadre d'aides navales et d'aides à la construction et à la modernisation de sous-marins. Dans les conclusions de l'avocat général Melchior Wathelet, présentées le 16 mai 2018⁽¹⁰¹⁾, il est soutenu que la procédure d'arbitrage engagée dans cette affaire démontre que les tribunaux arbitraux commerciaux sont contraints de traiter des questions de droit de l'UE, y compris celles qui sont relatives aux aides d'État.

L'impossibilité de principe de saisir la Cour de justice à titre préjudiciel constitue un problème d'uniformité pour l'application et l'interprétation du droit communautaire, en particulier dans les domaines les plus sensibles tels que le droit de la concurrence et les aides d'État, écrit l'avocat général, invoquant l'arrêt *Achmea*⁽¹⁰²⁾. Dans cette affaire, la société en question et ses actionnaires avaient entamé une procédure d'arbitrage devant la Chambre de commerce internationale (CCI), qui s'était terminée

par des sentences défavorables à la Grèce, dans la mesure où celle-ci avait été jugée défaillante, bien que des dommages-intérêts n'eussent pas été accordés. D'autre part, une procédure d'arbitrage avait également été engagée devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) sur la base du TBI Grèce/Liban. Dans ce contexte, la Commission avait demandé à la Cour de justice de préciser dans son arrêt que, compte tenu du caractère fondamental des articles 107 TFUE et 108 TFUE pour l'ordre juridique de l'UE, la Grèce était tenue de ne pas se conformer à une sentence arbitrale rendue par le tribunal arbitral du CIRDI dans la mesure où elle condamnait la Grèce à verser des dommages-intérêts pour la récupération éventuelle de l'aide ou les mesures prises à cette fin, telles que la liquidation de l'entreprise en question⁽¹⁰³⁾.

Une partie de la doctrine, en accord avec le critère de la Commission européenne, insiste sur l'inutilité des traités d'investissement intérieurs à l'UE sur la base de l'application du système juridique de protection de l'UE dans le cas de l'application du droit de l'UE. Son argument est basé sur le fait que, malgré les différences entre les TBI, il existe des éléments communs à tous, tels que le principe du traitement juste et équitable⁽¹⁰⁴⁾, l'engagement de l'État d'accueil de ne pas entraver la gestion, le maintien, l'utilisation, l'exploitation ou la liquidation des investissements par des mesures injustes ou discriminatoires, la garantie du libre transfert de l'investissement et la garantie du libre transfert des paiements relatifs aux investissements, de sorte que, pour tous ces éléments, on peut dire que le niveau de protection du système juridique de l'UE est plus élevé sur la base de l'interdiction de la discrimination fondée sur la nationalité (article 18 du TFUE)

(98) Cependant, cet argument ne convainc pas tout le monde. Ainsi, pour Iñigo Iruretagoiena, « compte tenu de l'importance accordée par la C.J.U.E. au principe d'autonomie du droit de l'UE, comme en témoigne la décision *Achmea* elle-même, mais aussi précédemment, de manière particulièrement douloureuse en raison de ses conséquences, dans l'avis 2/13, ce principe d'autonomie cède-t-il devant les intérêts liés à l'efficacité des sentences commerciales ? En outre, comment traiter les arbitrages commerciaux lorsque l'une des parties est une entité publique étatique, et comment traiter les arbitrages investisseur-État d'origine contractuelle ? », *op. cit.* (traduction libre).

(99) Nous avons eu l'occasion de le souligner en relation avec les considérations de l'arrêt *Achmea*, où il est admis que l'arbitrage commercial échappe partiellement au système juridictionnel statique soumis au tribunal en raison de son origine dans l'autonomie de la volonté des parties (paragraphe 55 de l'arrêt *Achmea* et jurisprudence réitérée de la C.J.U.E., entre autres, aff. C-168/05, EU:C:2006:675, points 38 et 40).

(100) C.J.U.E. du 28 juin 2012, *Commission c. Grèce*, C-485/10 (non publié), EU:C:2012:395.

(101) Voy. les conclusions de l'avocat général, *Commission c. République hellénique*, C-93/17, EU:C:2018:315.

(102) Point 41 des conclusions de l'avocat général.

(103) Point 59 des conclusions de l'avocat général.

(104) M. VIRGÓS, « La eficacia de la protección internacional de las inversiones extranjeras », *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. VII, n° 3, 2014, pp. 655-677. Cet auteur précise que « la jurisprudence arbitrale sur l'application du traitement équitable peut être organisée autour de deux manifestations principales. L'une se rapporte directement à l'idée de justice en tant que règle de droit : le devoir de l'État d'accueil de se comporter conformément à une série de paramètres objectifs, qui devraient guider la prise de décision de ses organes. L'autre est liée à l'idée d'équité et repose sur la protection des attentes légitimes : l'obligation de respecter les attentes de l'investisseur raisonnablement créées par les actes et les manifestations de l'État », pp. 660-661 (traduction libre).

et de la reconnaissance de la libre circulation des capitaux (article 63.1 du TFUE)⁽¹⁰⁵⁾.

D'un point de vue théorique, les caractéristiques des TBI intérieurs à l'UE examinées par *Achmea* pourraient être extrapolées aux TBI signés par les États membres de l'UE puisque, contrairement aux traités commerciaux, les États membres peuvent s'engager « à se 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 »⁽¹⁰⁶⁾. Cependant, une analyse plus détaillée du contenu des CDI et notamment des éventuelles clauses d'arbitrage est nécessaire pour vérifier si une telle extension des effets de la doctrine *Achmea* est possible et applicable à ces CDI, et, si oui, dans quels cas.

C. Arbitrage d'investissement intérieur et extérieur à l'UE

La doctrine *Achmea* se réfère à la protection des investissements intérieurs à l'UE, mais rien n'empêche d'extrapoler ses arguments aux régimes de protection des investissements extérieurs à l'UE, comme le fait, entre autres, Von Daniel Thym⁽¹⁰⁷⁾, qui cite le cas de l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part.

Nicolas de Sadeleer arrive à la même conclusion et souligne comment l'extension de la doctrine *Achmea* aux situations extracommunautaires peut équilibrer les relations avec les États tiers, car les investisseurs de l'UE peuvent être protégés dans les pays tiers mais les investisseurs des pays tiers ne bénéficieraient pas d'une protection similaire dans l'UE dans tous les cas impliquant une mesure de l'UE qui est mise en œuvre dans le droit national.

À titre d'exemple, un investisseur belge en Chine pourrait engager une procédure contre l'État d'accueil devant un tribunal arbitral, puisque le droit communautaire n'est pas applicable, alors qu'à l'inverse, un investisseur chinois en Belgique ne

pourrait pas accéder à la même protection juridique du traité de protection des investissements, au motif que le tribunal arbitral pourrait interpréter et même appliquer le droit communautaire⁽¹⁰⁸⁾.

Selon la Commission européenne, la doctrine *Achmea* est pertinente pour les investissements intérieurs à l'UE, car, pour les investisseurs de l'UE dans les pays tiers ou pour les investissements réalisés par des investisseurs intérieurs à l'UE dans l'UE, les règles du TFUE sur la libre circulation transfrontalière s'appliquent⁽¹⁰⁹⁾.

D. Les aides d'État comme limite à l'exécution des sentences arbitrales

L'une des questions épineuses est de savoir si l'exécution d'une sentence arbitrale affectée par la doctrine *Achmea* peut être contraire au droit communautaire en raison de l'application du régime des aides d'État.

Conformément à l'article 107.1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), sont incompatibles avec le marché intérieur les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions, dans la mesure toutefois où elles affectent les échanges entre États membres.

À l'origine, il semble que les rédacteurs du Traité aient envisagé l'aide interdite sous la forme de paiements ou de subsides ou encore de l'activité d'entreprises qui auraient été propriété de l'État. Toutefois, très tôt, la Cour de justice a décidé que l'aide fournie sous la forme fiscale n'était pas exclue de l'application du régime des aides d'État⁽¹¹⁰⁾. En 1996, un premier mémorandum du Commissaire Monti relatif à la Fiscalité dans l'Union européenne a proposé de lutter contre la concurrence fiscale dommageable. Un groupe de haut niveau fut formé par les États membres. Ses travaux débouchèrent sur un second mémorandum Monti d'octobre 1996. Un « paquet fiscal » fut adopté à la suite de ces travaux en 1997, incluant un Code de Conduite destiné à éliminer la concurrence fiscale dommageable, qui fut mis en

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. entre autres, F. SHUBERT, *op. cit.*, pp. 15-18.

⁽¹⁰⁶⁾ § 55 de l'arrêt *Achmea*.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. D. THYM, *op. cit.* ; Iñigo Iruretagoiena est également de cet avis, cfr. « La sentencia del TJUE en el asunto Achmea : el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI interiores a l'UE en la Unión Europea (y algo más) », *op. cit.*

⁽¹⁰⁸⁾ N. DE SADELEER, *op. cit.*, pp. 367-368.

⁽¹⁰⁹⁾ Communication de la Commission, Protection des investissements intérieurs à l'UE, COM (2018) 547/2, p. 4 et jurisprudence citée : C-67/08, *Block*, EU:C:2009:92, point 21 ; C-98/15, *Berlington Hungary*, EU:C:2015:386, point 28 ; affaires jointes C-197/11 et C-203/11, *Libert*, EU:C:2013:288, point 34 ; affaires jointes C-570/07 et C-571/07, *Blanco Pérez et Chao Gómez*, EU:C:2010:300, point 40 ; affaires jointes C-51/96 et C-191/97, *Deliège*, EU:C:2000:199, point 58.

⁽¹¹⁰⁾ C.J.C.E., 2 juin 1974, *Italie c. Commission*, aff. 173/73, ECLI:EU:C:1974:71.

œuvre par un Groupe de Travail dirigé par Madame Primarolo, Secrétaire d'État britannique au Trésor. Le Conseil a reconnu qu'une partie des mesures fiscales couvertes par le Code pouvait être qualifiée d'aides d'État. Conformément au désir du Conseil, la Commission a émis le 10 décembre 1998 une communication sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures concernant l'imposition directe des entreprises⁽¹¹¹⁾.

Il est possible d'appliquer les règles relatives aux aides d'État aux mesures fiscales bien que les États membres aient en principe conservé leur souveraineté fiscale, au moins dans le domaine de l'imposition directe⁽¹¹²⁾. Ainsi, le régime des aides d'État, dans la mesure où il s'applique à des mesures fiscales, a été qualifié d'une part d'inclusif, puisqu'il couvre également lesdites mesures mais aussi d'intrusif, puisqu'il empiète sur la souveraineté fiscale des États membres⁽¹¹³⁾.

En matière d'aides d'État, la Cour a été saisie de la demande d'annulation d'un arrêt du Tribunal de l'Union européenne relatif à un litige né entre une société suédoise, European Food, dont les actionnaires, citoyens suédois résidant en Roumanie, étaient MM. Micula, et la Roumanie. Avant l'adhésion du pays à l'Union, effective en 2017, le gouvernement roumain avait accordé à la société une aide fiscale réservée aux investissements dans une région défavorisée. La Roumanie adopta en 1999, dans le cadre de son rapprochement avec le droit de l'Union, une loi portant sur les aides d'État. En exécution de cette loi, le Conseil roumain de la concurrence supprima l'aide. Le gouvernement maintint l'aide par ordonnance. Le Conseil de la concurrence introduisit un recours qui fut rejeté. La Cour de cassation roumaine confirma le rejet.

En 2004, la Roumanie abrogea toutes les mesures d'incitation fiscale en cause pour éliminer toutes formes d'aides d'État. Les sociétés lésées et leurs actionnaires introduisirent un recours arbitral sur la base du TBI conclu entre la Roumanie et la Suède, prévoyant l'application de la Convention de Washington du 18 mars 1965 sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention CIRDI). Le tribunal arbitral alloua par sentence du 11 décembre 2013 des dommages-intérêts de 178 millions d'euros aux requérants.

La Commission européenne décida le 30 mars 2015 que le versement de la somme constituait une aide d'État prohibée⁽¹¹⁴⁾. Les requérants se pourvurent devant le Tribunal qui annula la décision de la Commission, considérant que celle-ci avait appliqué rétroactivement sa compétence à des faits antérieurs à l'adhésion de la Roumanie.

Sur recours de la Commission, la C.J.U.E. annula la décision du Tribunal⁽¹¹⁵⁾. Elle considéra que l'aide était accordée au sens de l'article 107, § 1, du TFUE à la date à laquelle le bénéficiaire de l'aide acquiert un droit certain à la percevoir et à laquelle l'État s'engage corrélativement à l'accorder. C'est à ce moment qu'une distorsion de la concurrence est possible. Cette date se situe à l'issue de la procédure arbitrale.

Le Tribunal avait considéré au contraire que le droit de percevoir l'indemnité était né au moment où la Roumanie avait abrogé l'aide. La C.J.U.E. écarta à ce propos l'application du droit roumain de la responsabilité civile, au motif que le Traité FUE a pour objectif de préserver la concurrence. Elle applique donc à la cause la jurisprudence *Achmea*.

⁽¹¹¹⁾ J.O.C.E., C-384, 10 décembre 1998, p. 3.

⁽¹¹²⁾ A. MAITROT DE LA MOTTE, *Droit fiscal de l'Union européenne*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2022, p. 355n, n° 194 ; W. SCHÖN, « Taxation and State Aid Law in the European Union », *CMLRev.*, Vol. 36, 1999, p. 911 ; L.E. SCHOUERI, *Normas Tributarias Indutoras e Intervenção Econômica*, Rio de Janeiro, Ed. Firense, 2005, p. 225 ; M. LANG, *Die Auswirkung des gemeinschaftsrechtlichen Beihilferechts auf das Steuerrecht*, Vienne, Manzschke Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2009.

⁽¹¹³⁾ E. DUBOUT, cité dans « Les aides d'État sous forme fiscale – Compte-rendu du colloque organisé par l'Université Paris 12 les 25 et 26 septembre 2008 », *Droit fiscal*, 2008, n° 48, p. 10.

⁽¹¹⁴⁾ Décision (UE) 2015/1470 de la Commission européenne du 30 mars 2015 concernant l'aide d'État SA 38517 (2014/C) (ex 2014 N/N) mise à exécution par la Roumanie.

⁽¹¹⁵⁾ Arrêt du 25 janvier 2022, C.J.U.E. (GC), C-638/19 P, *Commission européenne c. European Food SA, Starmill SRL, Multipack SRL, Scandic Distillers SA, Ioan Micula, Viorel Micula, European Drinks SA, Riem Drinks SA, Transilvania General Import-Export srl et West Leasing SRL* ; cf. M. DE BELLIS, « The Court of Justice's Repeal of the General Court's Ruling in Micula: A Controversial Reaffirmation of the Conflict between EU Law and International Investment Law », in *Symposium The Micula Judgment of the Court of Justice*, EU Law Live ; V. DOLKA, « News from Micula: Court of Justice clarifies Temporal Application of EU State aid Rules and confirms Relevance of Achmea Annotation of the Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 25 January 2022 in Case C-638/19, European Commission v European Foods SA and Others ("Micula") », *EStAL*, 2022, p. 87.

E. Arbitrage dans le cadre de la convention de l'UE sur les prix de transfert et élimination de la double imposition en cas d'ajustement des bénéficiaires de sociétés associées

Le mécanisme établi dans l'UE par la Convention 90/436/CEE relative à l'élimination des doubles impositions en cas de correction des bénéficiaires d'entreprises associées du 23 juillet 1990⁽¹¹⁶⁾, également connue sous le nom de Convention d'arbitrage, sur les ajustements des prix de transfert constitue un « véritable arbitrage »⁽¹¹⁷⁾, puisqu'il prévoit une procédure amiable faisant intervenir une commission consultative pour éliminer la double imposition dans des situations spécifiques.

Il est important de souligner que cette convention est un traité international multilatéral entre les États membres de l'UE qui ne peut être qualifié à proprement parler de droit de l'UE, comme l'a notamment rappelé Calderón Carrero⁽¹¹⁸⁾. Il est vrai que les lacunes détectées concernant l'accès à la procédure ainsi que la durée et la conclusion effective de la procédure⁽¹¹⁹⁾ ont vocation à être corrigées par l'adoption de la directive 2017/1852 de l'UE relative aux mécanismes de règlement des différends fiscaux dans l'UE⁽¹²⁰⁾ et ont mis en évidence la possibilité de créer de sérieux obstacles pour les entreprises opérant à l'échelle transfrontalière. La Convention d'arbitrage se limite aux différends relatifs aux prix de transfert et à l'attribution de bénéficiaires aux établissements stables.

La directive couvre un champ d'application plus large que la Convention et inclut tous les contribuables assujettis à l'impôt sur le revenu et sur la fortune couverts par des conventions fiscales bilatérales et la Convention d'arbitrage de l'Union elle-même. Elle prévoit que les États membres peuvent, par accord bilatéral, recourir à toute autre procédure de règlement des différends, telle que la procédure d'arbitrage de la « dernière offre » (« last best offer »), pour résoudre le différend de manière contraignante. Les autorités fiscales doivent prendre une décision définitive en se référant à l'avis de la

commission consultative ou de la commission de règlement extrajudiciaire des litiges⁽¹²¹⁾.

Afin d'évaluer les effets de l'arrêt *Achmea* sur la Convention d'arbitrage, il est important d'analyser les caractéristiques et les limites du mécanisme d'arbitrage envisagé et la manière dont il est mis en œuvre par les États membres.

À notre avis, le mécanisme d'arbitrage prévu par la Convention sur les prix de transfert et celui qui est inclus dans la directive 2017/1852 du 10 octobre ne sont pas affectés par la doctrine *Achmea*, tant en raison de l'objet limité de la matière sur laquelle les divergences peuvent se produire que de la possibilité ultime que les juridictions nationales se prononcent sur la légalité de l'acte administratif finalement adopté, de sorte que le contrôle de la conformité avec le droit de l'UE est suffisamment assuré. Dans le cas du mécanisme d'arbitrage établi par la directive, étant donné qu'il s'agit d'une règle de droit dérivé, le contrôle de sa légalité est entre les mains de la C.J.U.E., qui pourrait également contrôler toute déviation des États membres dans les règles de transposition.

F. Arbitrages dans les CDI

Afin d'évaluer les implications de l'affaire *Achmea* dans l'arbitrage des CDI, il est nécessaire de commencer par l'analyse de la procédure amiable prévue dans les CDI où, le cas échéant, les clauses d'arbitrage ou de quasi-arbitrage sont insérées, qui, en général, suivent le modèle établi dans l'article 25 du modèle de convention de double imposition de l'OCDE (TM).

La procédure amiable établie à l'article 25 du TM de l'OCDE n'a pas été considérée comme une procédure d'arbitrage au sens strict mais plutôt comme une modalité quasi arbitrale de résolution des litiges, en raison du rôle joué par les avis émis par les commissions *ad hoc* pour traiter les conflits envisagés. Toutefois, indépendamment de la qualification que le droit international devrait attribuer à ces mécanismes de résolution amiable des litiges, il ne semble pas que ce type de voies conventionnelles

⁽¹¹⁶⁾ J.O., L 225 du 2 août 1990. La Convention, en vigueur du 1^{er} janvier 1995 au 31 décembre 1999, a été prorogée pour des périodes successives de cinq ans.

⁽¹¹⁷⁾ R. FALCÓN Y TELLA, « El arbitraje tributario », *Quincena Fiscal*, 1995, n° 2.

⁽¹¹⁸⁾ J.M. CALDERÓN CARRERO, « El procedimiento para la resolución de conflictos fiscales de precios de transferencia establecido por el Convenio Europeo 90/436/CEE », *Revista Española de Derecho Financiero*, n° 151/2011.

⁽¹¹⁹⁾ Les mécanismes d'arbitrage de cette convention ne sont pas pleinement satisfaisants et les informations disponibles font état de cas où l'accès à ces procédures est refusé et où les procédures sont bloquées ou retardées. Ils ne permettent pas de résoudre efficacement les litiges dans tous les cas et en temps utile.

⁽¹²⁰⁾ Directive (UE) 2017/1852 du Conseil du 10 octobre 2017 concernant les mécanismes de règlement des différends fiscaux dans l'Union européenne, J.O., L 265/1 du 14 octobre 2017. Voy. l'exposé des motifs.

⁽¹²¹⁾ Cfr considérant 6 de la directive et articles 8, 9 et 10.

puisse être inclus dans la jurisprudence prohibitive de la doctrine *Achmea* parmi les cas dans lesquels le contrôle juridictionnel de la C.J.U.E. et des organes de l'État est exclu.

Les raisons qui semblent exclure l'extension de la jurisprudence *Achmea* à ce type de mécanisme de résolution des litiges fiscaux sont de plusieurs ordres. D'une part, les CDI n'excluent pas la compétence des juridictions des États ou celle de la C.J.U.E. pour les questions faisant l'objet d'un règlement amiable et n'attribuent pas non plus au mécanisme de résolution des litiges compétence pour statuer sur des questions de droit de l'Union. Au contraire, l'objet de la décision doit nécessairement porter sur l'application de l'une des dispositions de la CDI correspondante, sans que la résolution des litiges puisse s'étendre à d'autres questions de droit communautaire ou interne, qui continueront d'être soumises au système général des recours administratifs et juridictionnels⁽¹²²⁾.

La version 2010 de l'article 25 du TM prévoit au § 5 que : « lorsque a) en vertu du § 1, une personne a soumis un cas à l'autorité compétente d'un État contractant en se fondant sur le fait que les mesures prises par un État contractant ou par les deux États contractants ont entraîné pour cette personne une imposition non conforme aux dispositions de cette Convention et que b) les autorités compétentes ne parviennent pas à un accord permettant de résoudre ce cas en vertu du § 2 dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle toutes les informations demandées par les autorités compétentes pour pouvoir traiter le cas ont été communiquées aux deux autorités compétentes, les questions non résolues soulevées par ce cas doivent être soumises à arbitrage si la personne en fait la demande par écrit. Ces questions non résolues ne doivent toutefois pas être soumises à arbitrage si une décision sur ces questions a déjà été rendue par un tribunal judiciaire ou administratif de l'un des États. À moins qu'une personne directement concernée par le cas n'accepte pas l'accord amiable par lequel la décision d'arbitrage est appliquée, cette décision lie les deux États contractants et doit être appliquée quels que soient les délais prévus par le droit interne de ces États. Les autorités compétentes des États contractants règlent par accord amiable les modalités d'application de ce paragraphe ».

Bien que, d'autre part, la formulation de ce texte implique déjà l'inclusion du recours à une procédure

d'arbitrage pour la résolution des procédures amiables lorsqu'un accord ne peut être trouvé sur toutes les questions litigieuses, il s'agit toujours d'une formule incluse dans la procédure amiable elle-même et, par conséquent, limitée dans son champ d'application aux données qui ont été définies.

Bien que la nouvelle formulation de l'article 25 ait eu peu d'application jusqu'à présent, le fait est qu'elle est de la plus haute importance, à la fois en raison de son application par certains États, et parce qu'elle est destinée à être étendue dans les adaptations successives des CDI actuellement en vigueur, à l'occasion de l'entrée en vigueur de l'instrument multilatéral dans le contexte du BEPS.

Il est vrai que le modèle de convention de double imposition n'établit aucune limitation à la portée des procédures d'arbitrage mais, d'une part, les limitations sont implicites dans la portée même attribuée à la procédure amiable et, d'autre part, la possibilité de faire appel des actes administratifs émis pour l'application des décisions adoptées permet de contrôler à la fois le droit communautaire et les aspects du droit national qui vont au-delà de l'interprétation stricte des dispositions de la CDI correspondante.

Il semble donc raisonnable de pencher en faveur de la compatibilité des arbitrages envisagés dans une CDI avec la doctrine *Achmea*, qui ne leur serait pas applicable. Les considérations exprimées ci-dessus n'excluent pas la possibilité qu'au cours d'une procédure amiable, avec ou sans l'intervention de l'arbitrage prévu à l'article 25 du modèle de convention de double imposition, des décisions contraires au droit de l'UE, voire des décisions rendues en violation des interdictions relatives aux aides d'État ou à la réglementation des libertés communautaires, soient prises mais, dans de tels cas, la procédure prévue dans le modèle permet l'accès aux juridictions des États membres et, par conséquent, au système judiciaire de l'UE. Ces accords sont bien entendu soumis, par le biais des procédures d'exécution correspondantes, à l'application des procédures de contrôle des aides d'État et des procédures d'infraction.

En définitive, il ne semble pas possible, et encore moins souhaitable, que la doctrine de la C.J.U.E. dans l'affaire *Achmea* fasse obstacle à l'application des mesures d'arbitrage prévues dans les CDI, qui non seulement n'interfèrent pas avec l'application du droit de l'UE mais sont de plus nécessaires au développement du droit fiscal international en vue

⁽¹²²⁾ Le point 58 de l'arrêt *Achmea* soutiendrait cette conclusion *a contrario*, lorsqu'il indique, dans le cas des TBI, que « l'article 8 du TBI peut avoir pour objet l'interprétation à la fois de ce traité et du droit de l'Union ».

du règlement des différends et même pour contribuer à la réalisation du marché intérieur, comme le démontre la directive 2017/1852 du Conseil du 10 octobre 2017 relative aux mécanismes de résolution des différends fiscaux dans l'UE⁽¹²³⁾.

G. L'arbitrage dans la nouvelle Convention multilatérale de double imposition

Le 1^{er} juillet 2018 est entrée en vigueur la nouvelle Convention multilatérale signée à Paris en juin 2017 par plus de septante États⁽¹²⁴⁾, qui entraîne la modification synchronisée des CDI existantes, avec une technique originale d'amendement des conventions, sans qu'il soit nécessaire de traiter individuellement chacune des quelque 3.000 conventions qui composent le réseau⁽¹²⁵⁾.

Son objectif est de faciliter la réalisation des mesures envisagées dans l'Action 15 du Plan BEPS⁽¹²⁶⁾ et parmi les nouveautés qu'il prévoit figurent l'amélioration des méthodes prévues pour éviter la double imposition, en particulier de la méthode d'exemption⁽¹²⁷⁾, les mécanismes pour lutter contre l'abus de la Convention, les mesures pour empêcher le contournement de l'application du statut d'établissement stable et, précisément, le renforcement de la solution des désaccords par le biais de l'arbitrage.

La Convention prévoit l'arbitrage⁽¹²⁸⁾ comme moyen de règlement des différends et précise qu'« une Partie peut choisir d'appliquer la présente partie à ses Conventions fiscales couvertes et la notifie au Dépositaire. Cette partie ne s'applique entre deux juridictions contractantes à l'égard d'une Convention fiscale couverte que lorsque les deux Juridictions contractantes ont formulé une telle notification ». Il est important de noter que tous les États membres de l'UE n'ont pas accepté l'arbitrage.

En tout état de cause, la procédure d'arbitrage prévue à l'article 19 de la Convention présente des caractéristiques similaires à celles de la procédure d'arbitrage de l'article 25 du Modèle OCDE, notamment la nature volontaire de la procédure, la possibilité d'un contrôle judiciaire de la validité de la décision d'arbitrage et la possibilité de soumettre les questions litigieuses – et d'autres questions ne relevant pas des conventions, telles que les questions de droit impératif de l'UE – aux recours administratifs ou judiciaires correspondants.

Par conséquent, il semble logique de conclure que la compatibilité de cette clause d'arbitrage de la Convention multilatérale avec la doctrine *Achmea* ne fait aucun doute, dans la mesure où elle n'exclut pas le contrôle judiciaire du droit de l'UE, toutes les considérations que nous avons faites par rapport aux CDI étant applicables.

VII. Compétence exclusive et extensive de la C.J.U.E.

L'arrêt *Achmea* pose des questions de principe et d'application d'une grande portée, qui ont suscité des réactions très diverses⁽¹²⁹⁾. Du point de vue des principes, l'arrêt *Achmea* constitue un changement jurisprudentiel important avec l'expansion ou le renforcement de l'autonomie du droit de l'UE par rapport aux autres sources juridiques internationales et, bien sûr, par rapport aux instances arbitrales. En termes d'application, il réaffirme la préférence de la C.J.U.E. pour le monopole judiciaire dans le dialogue avec les juridictions internes⁽¹³⁰⁾.

Le principe de l'autonomie du droit de l'UE, qui constitue la base de l'argumentation juridique dans l'affaire *Achmea*, est essentiellement déduit par la C.J.U.E. de l'article 344 du TFUE⁽¹³¹⁾ et non de

(123) Voy. en particulier l'exposé des motifs et le contexte.

(124) <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf>.

(125) Cfr. not. F. SERRANO ANTÓN, « La era post BEPS o la ejecución de su plan de acción : convenio multilateral vs. implementación unilateral », *Quincena Fiscal*, 2016, n° 12.

(126) La Convention est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2018 et est considérée comme « un instrument flexible qui permet de l'adapter aux besoins de chaque pays ». P. J. JIMÉNEZ VACAS, « El nuevo convenio multilateral : un paso a delante de la OCDE en la armonización fiscal en contra de la evasión y la elusión fiscal », *Quincena Fiscal*, 2018, n° 19.

(127) La Belgique applique généralement la méthode de l'exemption. L'Espagne, en revanche, rejette la méthode de l'exemption au profit de la méthode de l'imputation.

(128) Cfr. art. 18-26.

(129) Cfr. L. KIRCHMAIR, « Who has the final say ? The relationship between International, EU and national law », *European Journal of Legal Studies*, Special Issue, 2018 : « While also this decision has caused an upheaval in academia and the 'arbitration world', the TLCC (theory of the law creators' circle) suggests actually simply to look at the competence of the larger law creators' circle, the EU legal order and whether there we find sufficient support for the approach taken – in the case at hand – by the CJEU ». Si l'on procède ainsi, il semble en effet que le droit de l'UE couvre l'approche adoptée, p. 94.

(130) S. HINDELANG, « Conceptualization and Application of the Principle of Autonomy of EU-Law-The CJEU's Judgment in *Achmea* Put in Perspective », *op. cit.*

(131) § 32 de l'arrêt.

l'article 259⁽¹³²⁾, une disposition qui a traditionnellement été invoquée pour soutenir la primauté du droit de l'UE sur les traités internationaux. Indépendamment de la question de son fondement argumentaire, ce qui est certain, c'est que le concept d'« autonomie » résume la nature et les caractéristiques de la supranationalité du droit de l'UE, sa primauté, son effet direct et son système judiciaire qui garantit l'uniformité de son application et de son interprétation par l'intermédiaire de la C.J.U.E. et des tribunaux nationaux⁽¹³³⁾.

Cependant, certaines institutions⁽¹³⁴⁾ et certains auteurs contestent la suprématie du droit de l'UE, ou du moins se demandent si cette suprématie a des limites liées au concept de son identité constitutionnelle et proposent de nouvelles voies de solution⁽¹³⁵⁾ pour déterminer quel droit prévaut en cas de conflit entre le droit international, le droit de l'UE et le droit national, comme la « théorie du cercle des créateurs de droit (TLCC) »⁽¹³⁶⁾.

Il est incontestable que, selon la jurisprudence constante de la C.J.U.E., un accord international qui prévoit l'établissement d'une juridiction chargée d'interpréter ses dispositions et dont les décisions sont contraignantes pour les institutions, y compris la C.J.U.E., n'est pas, en principe, incompatible avec le droit de l'UE mais un traité international ne peut porter atteinte à l'ordre des compétences établi par les traités de l'UE ni, par conséquent, à l'autonomie de l'ordre juridique communautaire, dont le respect est garanti par la Cour de justice en

vertu de sa compétence exclusive, compétence que la Cour de justice a d'ailleurs constamment considérée comme faisant partie des fondements mêmes de la Communauté⁽¹³⁷⁾. En théorie, l'incompatibilité des traités internationaux devrait être détectée et déclarée avant leur signature par les États membres ou l'UE mais la C.J.U.E. n'hésite pas à affirmer l'incompatibilité des traités signés par les États membres avec le droit de l'UE s'ils contreviennent au principe d'autonomie, même si le traité a déjà été ratifié et est en vigueur.

Dans la doctrine, Edwardes-Ker, parmi d'autres auteurs, a proposé la C.J.U.E. comme l'institution la plus appropriée comme mécanisme de résolution des litiges fiscaux à l'heure actuelle⁽¹³⁸⁾. En effet, certaines CDI, comme la Convention Autriche-Allemagne, prévoient la possibilité de soumettre les litiges relevant de la CDI à la C.J.U.E. si le contribuable le demande, et d'autres auteurs ont également recommandé cette solution pour améliorer la protection du contribuable et promouvoir l'arbitrage dans le droit fiscal international⁽¹³⁹⁾. La Commission européenne a, elle aussi, évoqué cette possibilité lors de la procédure d'adoption de la directive 2017/1852 du Conseil de l'UE du 10 octobre relative aux mécanismes de résolution des différends fiscaux dans l'UE⁽¹⁴⁰⁾. La solution ne réside peut-être pas dans l'arbitrage devant la C.J.U.E., mais plutôt dans le fait que chaque contexte juridique trouve le canal de résolution des litiges qui lui convient le mieux, avec toutes les

(132) Art. 259 du TFUE : « Chacun des États membres peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne s'il estime qu'un autre État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités. Avant qu'un État membre n'introduise un recours contre un autre État membre au motif d'une prétendue violation des obligations qui lui incombent en vertu des traités, il saisit la Commission. La Commission émet un avis motivé après que les États concernés ont été mis en mesure de présenter leurs observations écrites et orales dans le cadre d'une procédure contradictoire. Si la Commission n'a pas émis d'avis dans un délai de trois mois à compter de la date de la requête, l'absence d'avis ne fait pas obstacle à la saisine de la Cour ».

(133) § 33-37 de l'arrêt.

(134) Cfr. aff. CIRDI n° ARB/12/12, *Vattenfall AB et autres c. République fédérale d'Allemagne*, sentence du 31 août 2018.

(135) Au-delà des théories dualiste, moniste, pluraliste ou constitutionnaliste.

(136) Cfr. L. KIRCHMAIR, « Who has the final say ? The relationship between International, EU and national law », *European Journal of Legal Studies*, Special Issue, 2018, pp. 93-94 : « An 'integration resistant core', on one hand, must not violate any consensus which has been obtained at the level of the larger EU law creators' circle. On the other hand, the larger law creators' circle must not autonomously add competences without authorization by all of the smaller law creators' circles. This also holds true for the interpretation of the scope of application of EU law, which essentially must be reflected in the consensus of the larger law ».

(137) Aff. C-402/05 P et C-415/05 P, *Yassin Abdulah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, EU:C:2008:461, paragraphe 282.

(138) Cfr. M. EDWARDES-KER, « Tax Treaty Interpretation », Part I, Chapter 27, *The International Tax Treaties Service*, Loose Leaf Publication, Dublin, 1994, p. 6.

(139) Cfr. F. SERRANO ANTÓN, « Algunas posibilidades de arbitraje tributario internacional : Hacia un Tribunal Fiscal Internacional ? », *Quincena Fiscal*, 2005, n° 7 et la doctrine citée.

(140) Dans l'étude d'impact de la proposition de directive, on lit ce qui suit : « 4.2.2. Arbitration by the CJEU (Option A2). Under this option, the EU would encourage Member States to introduce a specific enforcement mechanism in their bilateral DRCs which refers to Article 273 TFEU and provides powers to the CJEU jurisdiction to ultimately decide on any remaining double taxation dispute between EU Member States after a defined period of time. An example of such a mechanism can be found in Art. 25 of the German-Austrian tax treaty. Options A1 and A2 would aim at reinforcing the messages of the OECD and supplement the international developments in the area of double taxation disputes. The suggested policy instrument is a Commission Recommendation » (Strasbourg, 25 octobre 2016, SWD (2016) 343 final).

garanties que les pouvoirs d'application et d'interprétation du droit de l'UE restent dans le cadre de son système juridictionnel.

VIII. Conclusion

La doctrine *Achmea* renforce sans aucun doute le rôle des tribunaux dans l'application du droit de l'UE et déclare la non-conformité au droit de l'UE des clauses d'arbitrage contenues dans les traités bilatéraux d'investissement intérieurs à l'UE, lorsqu'elles excluent la compétence des cours de justice des États et de la C.J.U.E. elle-même pour garantir le contrôle juridictionnel du droit de l'UE.

Bien que ses effets aient été ressentis dans les différents forums sur l'investissement, l'arbitrage et l'énergie, la même attention n'a pas été accordée à ses implications en matière fiscale ou à ses effets dans les situations extracommunautaires. Néanmoins, il s'agit d'un arrêt important pour des pays où un grand nombre de procédures d'arbitrage sont en cours et où des indemnités pourraient constituer des aides d'État, qui doivent être soumises au contrôle des institutions de l'UE et, en dernier ressort, à celui de la C.J.U.E.

La jurisprudence communautaire sur l'application de la libre circulation des capitaux à l'égard des États tiers a permis de progresser dans le contrôle des pouvoirs fiscaux exercés par les États membres lors de la négociation des TBI et peut donc servir de guide pour prévoir les effets de l'affaire *Achmea* dans les affaires ou les litiges dans lesquels des questions fiscales sont soulevées dans des situations transfrontalières ou comportant des éléments extracommunautaires susceptibles de compromettre le contrôle juridictionnel de la C.J.U.E.

En tout état de cause, conformément au processus actuel de réforme des mécanismes d'arbitrage destinés à résoudre les différends entre États et investisseurs⁽¹⁴¹⁾, les clauses d'arbitrage non seulement des TBI mais aussi d'autres traités auxquels la doctrine *Achmea* est applicable, qu'ils soient bilatéraux ou multilatéraux, pourraient être révisées.

Dans ce processus de révision, il a été proposé de désigner la C.J.U.E. comme arbitre, une option

raisonnable qui existe déjà dans certains TBI⁽¹⁴²⁾, d'établir des mécanismes de coopération entre les différents tribunaux, sur la base d'une relation de confiance mutuelle⁽¹⁴³⁾ ou d'introduire des techniques précises capables de garantir que les tribunaux nationaux effectuent un contrôle juridictionnel complet. Cette dernière solution est préconisée par certains auteurs comme moyen de se conformer à la doctrine *Achmea* dans la sphère intérieure à l'UE⁽¹⁴⁴⁾.

En ce qui concerne l'application de l'arrêt *Achmea* aux questions fiscales, il convient de se demander si les arbitrages des CDI et autres traités comportant des clauses fiscales actuellement en vigueur ou en cours de négociation permettent le contrôle du droit communautaire, par le biais des procédures internes des États pour l'application de la solution aux litiges que leur application et leur interprétation soulèvent, ainsi que par le biais des actions possibles en relation avec les impositions émises en application des sentences correspondantes. Il s'agit d'une analyse nécessaire après *Achmea*, puisque sa doctrine et ses conclusions soulèvent des problèmes importants mais il ne semble pas qu'il puisse y avoir d'objection dans le cas des arbitrages fiscaux actuellement existants. Il est logique de les maintenir tels qu'ils sont actuellement conçus, avec l'applicabilité des procédures d'infraction et d'aides d'État, d'office ou à la demande des parties ou des États membres concernés, lorsque le résultat final du traitement fiscal d'une situation spécifique présente une violation du droit de l'Union.

Si les effets de la doctrine *Achmea* sont limités aux cas de traités bilatéraux ou d'obligations entre États intracommunautaires, comme le veut la Commission européenne, cela pourrait conduire à l'effet inverse de celui qui est recherché, à savoir l'admission d'aides d'État favorisant les entreprises d'États tiers, auxquelles s'applique un traité au détriment des aides aux entreprises nationales. Il n'est pas facile de comprendre pourquoi le contrôle du droit communautaire, pour lequel les organes d'arbitrage ne sont pas compétents et qui ne peut être soumis à aucune disposition conventionnelle entre États membres, ne peut pas être suffisamment garanti dans les procédures d'exécution des sentences,

⁽¹⁴¹⁾ Sur les propositions de création d'un tribunal multilatéral d'investissement, *cf.* B. PÉREZ DE LAS HERAS et J. LARENA BELDARRÁN, « Hacia un Tribunal Multilateral de Inversiones ? Propuestas de la Unión Europea para reformar la resolución internacional de conflictos ? », *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2018, n^{os} 8/9.

⁽¹⁴²⁾ CDI Autriche-Allemagne, *cf.* C.J.U.E., 12 septembre 2017, *République d'Autriche c. République fédérale d'Allemagne*, C-648/15, EU:C:2017:664.

⁽¹⁴³⁾ *Cf.* I. IRURETAGOINENA AGIRREZABALAGA, « La sentencia del TJUE en el asunto Achmea : el adiós a el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI interiores a l'UE en la Unión Europea (y algo más) », *op. cit.*

⁽¹⁴⁴⁾ Voy., entre autres, F. SCHUBERT, *op. cit.*, p. 20.

par des procédures d'infraction, des déclarations d'existence d'aides d'État ou toute autre procédure disponible pour corriger les cas d'aides ou d'autres violations du droit communautaire.

Il semble logique de conclure que la décision de la C.J.U.E. dans l'affaire *Achmea* devrait être limitée à l'interdiction pour une instance d'arbitrage de statuer sur des questions soumises au droit de l'UE, afin de s'assurer qu'elles restent dans le champ d'application des procédures judiciaires ordinaires.

Jusqu'à présent, seule la situation dans les situations bilatérales intérieures à l'UE a été réglée mais la solution juridique ne peut être satisfaisante s'il en résulte que des situations, bilatérales ou non, dans lesquelles l'une des parties est extérieure à l'UE, peuvent bénéficier d'un avantage juridique en ce qui concerne l'application du régime des aides d'État ou d'autres réglementations de l'UE pour leurs investissements ou leurs activités au sein de l'UE.

Il semblerait également contraire aux besoins de l'économie européenne et à l'achèvement du marché intérieur d'entraver les procédures d'arbitrage, qui

sont nécessaires dans les relations internationales, particulièrement lorsque l'objet du litige est fiscal.

À l'heure des changements et des réformes en faveur du multilatéralisme, il convient de rappeler que, lorsqu'il s'agit de questions régies par des traités multilatéraux ou bilatéraux signés par des États membres de l'UE et des pays tiers, la solution adoptée pour les affaires intracommunautaires ne doit pas générer de discrimination interne ou d'aide en faveur des pays non-membres de l'UE.

En ce qui concerne les effets de l'arrêt *Achmea* en dehors de l'UE, l'incertitude demeure⁽¹⁴⁵⁾. En témoignent deux décisions contradictoires rendues par le tribunal du district de Columbia aux États-Unis. L'une admet l'objection fondée sur le droit européen et considère que l'Espagne n'avait pas la possibilité de faire arbitrer valablement ou l'interprétation donnée par *Achmea* du Traité de Lisbonne, qui constitue une règle de droit international⁽¹⁴⁶⁾. L'autre interdit par injonction à l'Espagne de chercher par une action au Luxembourg la confirmation d'une sentence arbitrale rendue en application de la Convention de Washington de 1965⁽¹⁴⁷⁾.

⁽¹⁴⁵⁾ E. TRIANTAFILOU et D. PUSZTACI, « Chapter 7, *Achmea*, Investment Treaty Arbitration, Public International Law and EU Law : The Way Forward », in C. BALTUG et A. STANIČ, *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU : Substance, Process and Policy*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2020.

⁽¹⁴⁶⁾ US District Court for the District of Columbia, *Blasket Renewable Investments, LLC., The Kingdom of Spain*, Civil Case No. 21-3249 (RSL), Memorandum Opinion of March 29, 2023 [Dkt. ## 15,40].

⁽¹⁴⁷⁾ US District Court for the District of Columbia, *9REN Holding Sàrl v Kingdom of Spain*, Civil Action No. 19-CV-01871 (TSC), Memorandum Opinion.