



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 70.229/2
du 18 octobre 2021

sur

un avant-projet de décret de la Région wallonne ‘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’

Le 24 septembre 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre-Président du Gouvernement wallon à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret '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'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 18 octobre 2021. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Patrick RONVAUX et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Béatrice DRAPIER, greffier.

Le rapport a été présenté par Anne-Stéphanie RENSON, auditeur adjoint.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 18 octobre 2021.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet[‡], à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

COMPÉTENCE

1.1 Le 19 novembre 2018, le Groupe de travail traités mixtes, institué par l'accord de coopération du 8 mars 1994 entre l'autorité fédérale, les communautés et les régions 'relatif aux modalités de conclusion des traités mixtes', a constaté le caractère mixte de l'Accord et a considéré que, tant les compétences de l'autorité fédérale que celles des régions s'y trouvent impliquées.

Cette qualification des compétences avait également été invoquée en ce qui concerne l'Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Singapour, d'autre part, dont le contenu est comparable. Dans l'avis donné sur l'avant-projet de décret d'assentiment de la Région flamande y relatif, la section de législation avait cependant observé ce qui suit à cet égard :

« 3.3. [...] De bepalingen van de overeenkomst hebben niet enkel betrekking op het bevorderen van de buitenlandse handel, maar brengen verregaande verplichtingen mee voor alle overheden met betrekking tot de manier waarop zij buitenlandse investeringen in België zullen behandelen in het kader van hun bevoegdheden. De door de overeenkomst vereiste bescherming van Singaporese investeringen vereist dan ook dat de Vlaamse Gemeenschap zich ten aanzien van die investeringen naar de overeenkomst richt, zowel wat haar regelgevend optreden betreft, als met betrekking tot de uitoefening van haar instrumentele bevoegdheden. Bijgevolg moeten ook de gemeenschappen met die overeenkomst instemmen »¹

1.2. L'Accord présentement soumis pour avis met fin aux traités bilatéraux d'investissement et aux clauses de survie concernés (section 2 de l'Accord) et prévoit dans ce cadre des dispositions accompagnatrices et transitoires, qui créent également de nouveaux droits et obligations, tant sur le plan du droit procédural que sur le plan du droit matériel (section 3 de l'Accord).

[‡] S'agissant d'un avant-projet de décret, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

¹ Avis. 65.244/VR donné le 19 mars 2019 sur un avant-projet devenu le décret du 3 juillet 2020 'houdende instemming met de investeringsbeschermingsovereenkomst tussen de Europese Unie en haar lidstaten, enerzijds, en de Republiek Singapore, anderzijds, ondertekend te Brussel op 19 oktober 2018', point 3.3 (*Doc. parl.*, Parl. fl., 2019-2020, n° 347/1, (25), 29, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/65244.pdf>).

Les traités bilatéraux d'investissement concernés imposent également certaines obligations aux communautés, notamment en ce qui concerne la manière dont elles traitent les investissements visés par ces traités dans le cadre de leurs propres compétences. Par conséquent, les communautés devront également se conformer, tant en ce qui concerne leur action normative qu'en ce qui concerne l'exercice de leurs compétences instrumentales, au droit (transitoire) qui est actuellement élaboré, sous la forme d'un accord autonome, relativement à la résiliation de ces traités bilatéraux d'investissement.

1.3. Au regard de ce qui précède, force est dès lors de conclure que l'Accord est un traité « doublement mixte », auquel non seulement l'autorité fédérale et les régions, mais aussi les communautés doivent donner leur assentiment ².

Il en résulte également qu'outre le présent avant-projet, le Parlement doit être saisi d'un avant-projet de décret portant assentiment au même Accord sur la base de l'article 138 de la Constitution.

FORMALITÉS PRÉALABLES

2. Conformément à l'article 31, paragraphe 2, de la Convention 'instituant l'Union économique belgo-luxembourgeoise, signée à Bruxelles le 25 juillet 1921', le Grand-Duché de Luxembourg doit être entendu avant que l'Accord soit conclu. Il faudra veiller à ce qu'il soit satisfait à cette formalité ³.

² Voir dans le même sens déjà l'avis 68.048/VR donné en chambres réunies le 12 novembre 2020 sur un avant-projet de décret 'houdende instemming met de overeenkomst tot beëindiging van bilaterale investeringsverdragen tussen de lidstaten van de Europese Unie, ondertekend te Brussel op 5 mei 2020', l'avis 70.000/1/V donné le 10 septembre 2021 sur un avant-projet d'ordonnance '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' et l'avis 70.123/1 donné le 27 septembre 2021 sur un avant-projet de 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'.

³ Voir également en ce sens les avis 68.048/VR, 70.000/1/V et 70.123/1 précités.

EXAMEN DE L'ACCORD ⁴

L'extinction des traités bilatéraux d'investissement

3. Conformément à l'article 4, paragraphe 2, de l'Accord, un traité bilatéral d'investissement mentionné à l'annexe A s'éteint à la date à laquelle l'Accord entre en vigueur pour les deux parties à ce traité. Il en résulte que l'extinction des treize traités bilatéraux d'investissement conclus par la Belgique ne se produira probablement pas à la même date. Dès lors qu'il sera ainsi difficile pour les justiciables de déterminer la date d'extinction d'un traité d'investissement donné, il conviendra de fournir des informations à ce sujet en temps opportun par la voie du *Moniteur belge*.

L'extinction des clauses d'arbitrage

4. L'article 4, paragraphe 1, de l'Accord confirme explicitement que les clauses d'arbitrage sont contraires au droit de l'Union, qu'elles sont donc inapplicables et qu'à compter de la date à laquelle la dernière des deux parties à un Traité bilatéral d'investissement est devenue un État membre de l'Union européenne, elles ne peuvent plus fournir de fondement juridique à une procédure d'arbitrage.

Les effets de l'arrêt *Achmea* n'ayant pas été limités dans le temps par la Cour de justice, cet arrêt doit être réputé prendre effet *ex tunc*. Il convient dès lors d'écarter en principe ⁵ l'application des clauses d'arbitrage visées à compter de la date à laquelle le droit de l'Union est devenu applicable aux deux parties contractantes à un traité bilatéral d'investissement. L'article 4, paragraphe 1, de l'Accord, qui n'a qu'un effet déclaratif à cet égard, ne pose dès lors pas de problème en soi.

Le régime de procédures d'arbitrage nouvelles, achevées et en cours

5. L'article 5 de l'Accord dispose que les clauses d'arbitrage ne peuvent servir de fondement juridique à des procédures d'arbitrage nouvelles. Les procédures d'arbitrage nouvelles sont « toute procédure d'arbitrage ouverte à partir du 6 mars 2018 » (article 1, point 6), de l'Accord).

L'article 5 de l'Accord tend par conséquent à instaurer rétroactivement une interdiction formelle d'ouvrir à partir du 6 mars 2018 des procédures d'arbitrage nouvelles sur la base de clauses d'arbitrage encore en vigueur. Cette disposition n'est toutefois opposable aux justiciables qu'à partir du moment où l'Accord entre en vigueur à l'égard des parties contractantes à un traité d'investissement déterminé. En effet, l'arrêt *Achmea* ne peut être considéré comme ayant rendu cette interdiction formellement opposable à partir de la date précitée. Par conséquent, des procédures d'arbitrage peuvent, nonobstant l'arrêt *Achmea*, encore être engagées *de facto* depuis le 6 mars 2018 par des investisseurs sur la base d'une

⁴ Voir également en ce sens les avis 68.048/VR, 70.000/1/V et 70.123/1 précités.

⁵ Voir, ci-après, l'observation n° 5.

clause d'arbitrage figurant dans un traité d'investissement et ce, jusqu'à ce que l'Accord soit entré en vigueur et ait été publié à l'égard des parties contractantes à ce traité d'investissement et jusqu'à ce qu'il soit mis fin à ce traité lui-même.

À ce propos, il convient aussi de constater que l'article 7 de l'Accord prévoit effectivement qu'à partir du 6 mars 2018, d'autres procédures d'arbitrage nouvelles seront ouvertes, le cas échéant, dès lors que les obligations envers les parties contractantes, énoncées à l'article 7, s'appliquent également dans le cas de procédures d'arbitrage nouvelles.

La question se pose dès lors de savoir quels sont précisément les effets juridiques (rétroactifs) visés par l'article 5 de l'Accord. On peut également se demander pour quel motif aucun régime transitoire n'est prévu pour les procédures d'arbitrage nouvelles, à l'instar de ce qui est le cas pour les procédures d'arbitrage en cours (voir les articles 8, 9 et 10 de l'Accord), puisque, sur la base d'un traité d'investissement encore en vigueur et des clauses d'arbitrage qu'il contient, de nouvelles procédures peuvent en tout cas encore être ouvertes à partir du 6 mars 2018 et que cette possibilité a également été expressément prise en compte à l'article 7 de l'Accord.

6. L'article 6, paragraphe 1, de l'Accord dispose que ce dernier n'affecte pas les *procédures d'arbitrage achevées* et que ces procédures ne peuvent pas être rouvertes. Les procédures d'arbitrage achevées sont « toute procédure d'arbitrage ayant abouti à un accord de règlement transactionnel ou à une sentence finale rendue avant le 6 mars 2018 lorsque : a) la sentence a été dûment exécutée avant cette date [...] ; ou b) la sentence a été annulée avant la date d'entrée en vigueur [de] [l']Accord » (article 1, point 4), de l'Accord).

Étant donné que le droit de l'Union reconnaît l'importance de la chose jugée, même si cela a pour conséquence que le droit de l'Union n'est pas pleinement appliqué ⁶, ce dispositif paraît pouvoir être accepté dans le cadre des suites données à l'arrêt *Achmea*.

7.1. Les articles 8, 9 et 10 de l'Accord comportent un régime transitoire pour les procédures d'arbitrage en cours. Les procédures d'arbitrage en cours sont toute procédure d'arbitrage ouverte avant le 6 mars 2018 et ne pouvant être considérée comme une procédure achevée, quelle que soit la phase dans laquelle elle se trouve au moment de l'entrée en vigueur de l'Accord (article 1, point 5), de l'Accord).

L'article 8 de l'Accord fixe les conditions auxquelles les mesures transitoires fixées aux articles 9 et 10 de l'Accord sont d'application. L'article 9 de l'Accord prévoit pour l'investisseur la possibilité de demander à une partie contractante à un traité d'investissement d'ouvrir une procédure de règlement transactionnel, avec l'intervention d'un facilitateur impartial, à condition que la procédure d'arbitrage en cours ou la mise en œuvre d'une sentence déjà obtenue soit suspendue. Aucune procédure de règlement transactionnel n'est ouverte si la Cour de justice ou une juridiction nationale a jugé, dans un arrêt devenu définitif, que la mesure

⁶ CJUE 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, § 60 :

« Le droit de l'Union n'exige donc pas que, pour tenir compte de l'interprétation d'une disposition pertinente de ce droit adoptée par la Cour postérieurement à la décision d'un organe juridictionnel revêtue de l'autorité de la chose jugée, celui-ci doive, par principe, revenir sur cette décision ».

contestée dans la procédure d'arbitrage en cours n'enfreint pas le droit de l'Union. Il en va de même si la Commission européenne a adopté une décision, devenue définitive, selon laquelle la mesure n'enfreint pas le droit de l'Union. Le contenu du règlement transactionnel visé doit être en conformité avec le droit de l'Union.

L'article 10 de l'Accord prévoit la possibilité de soumettre la mesure contestée dans le cadre d'une procédure d'arbitrage en cours à une juridiction nationale, par la voie des recours juridictionnels prévus par le droit national, à condition que, conformément au paragraphe 1, a), de cette disposition, l'investisseur se retire de la procédure d'arbitrage en cours et renonce à tous droits et réclamations au titre de traité bilatéral d'investissement. Seules des demandes fondées sur le droit national ou le droit de l'Union peuvent alors être introduites, conformément à l'article 10, paragraphe 1, b), de l'Accord.

7.2. Il résulte des articles 9 et 10 de l'Accord qu'un investisseur qui se prévaut des mesures transitoires prévues par ces articles doit renoncer à l'application des règles de procédure prévues par le traité d'investissement, tandis qu'en vertu de l'article 10 de l'Accord, l'investisseur doit en outre renoncer aux droits matériels et réclamations qui découlent pour lui de ce traité.

La question se pose de savoir si cette limitation des droits des investisseurs est raisonnablement justifiée et si cette limitation peut être réputée conforme à certaines normes constitutionnelles et conventionnelles.

7.3. Dans l'arrêt *Achmea*, la Cour de justice estime qu'un tribunal arbitral institué par un accord bilatéral d'investissement ne saurait être considéré comme étant une « juridiction d'un des États membres », au sens de l'article 267 TFUE, et n'est dès lors pas habilitée à saisir la Cour à titre préjudiciel (point 49 de l'arrêt). La Cour de Justice a conclu qu'en raison de la nature des tribunaux arbitraux et des pouvoirs qui leur sont conférés, « les articles 267 et 344 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition contenue dans un accord international conclu entre les États membres [...], aux termes de laquelle un investisseur de l'un de ces États membres peut, en cas de litige concernant des investissements dans l'autre État membre, introduire une procédure contre ce dernier État membre devant un tribunal arbitral, dont cet État membre s'est obligé à accepter la compétence » (point 60 de l'arrêt). Par conséquent, les dispositions de procédure concernées de ces traités ne peuvent en principe plus être appliquées, dès lors qu'elles sont contraires au droit de l'Union. Cet effet de l'arrêt *Achmea* peut constituer une justification suffisante pour ne pas appliquer les dispositions de procédure concernées des traités d'investissement dans le régime transitoire instauré par l'Accord en ce qui concerne les procédures d'arbitrage en cours.

Toutefois, étant donné que les effets de l'arrêt *Achmea* se limitent aux dispositions de procédure des traités d'investissement, cet arrêt ne peut en soi constituer une justification pour ne pas appliquer d'autres dispositions de ces traités, parmi lesquelles celles qui constituent un fondement à l'exercice de certains droits par l'investisseur ou à l'introduction de certaines demandes. Il convient certes de déduire du neuvième alinéa du préambule de l'Accord que l'intention des parties à l'Accord n'est pas de porter atteinte aux droits matériels contenus dans les traités bilatéraux d'investissement. Le principe de non-discrimination relève de ce type de droit garanti à l'investisseur, droit qui est contenu dans chaque traité bilatéral

d'investissement conclu par la Belgique et qui ferait l'objet d'un droit international coutumier ⁷. On peut cependant douter que le régime transitoire, tel qu'il est actuellement prévu par l'Accord, réponde effectivement à la déclaration d'intention précitée des parties contractantes dès lors que ce régime prévoit explicitement la renonciation aux droits et réclamations découlant du traité d'investissement.

7.4.1. L'obligation prévue pour l'investisseur, dans le cadre du régime transitoire contenu à l'article 10 de l'Accord, de renoncer aux réclamations qu'il peut faire valoir sur la base du traité d'investissement, paraît se heurter au droit à la propriété garanti par l'article 16 de la Constitution et l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. La notion de propriété au sens de l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel recouvre également des créances en vertu desquelles le requérant peut prétendre avoir au moins une « espérance légitime » d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété ⁸. À cet égard, la Cour constitutionnelle a déjà déclaré ce qui suit :

« L'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel ne garantit pas le droit d'acquérir des biens (CEDH, 13 juin 1979, *Marckx* c. Belgique, § 50 ; 28 septembre 2004, *Kopecký* c. Slovaquie, § 35). Dans certaines circonstances, des attentes fondées relatives à la réalisation de futurs titres de propriété peuvent certes relever de la protection de la disposition conventionnelle précitée. Cela implique toutefois qu'il soit question d'un titre ayant force obligatoire et qu'il existe une base suffisante en droit national avant qu'un justiciable puisse invoquer une espérance légitime. Le simple espoir d'obtenir la jouissance d'un droit de propriété ne constitue pas pareille espérance légitime (CEDH, 28 septembre 2004, *Kopecky* c. Slovaquie, § 35) » ⁹.

Les droits de créance qui sont basés sur un préjudice réel et ont une base réelle en droit, sont des droits patrimoniaux, protégés par le droit de propriété consacré par l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme ¹⁰.

À moins qu'une justification raisonnable et adéquate puisse encore être apportée à la limitation du droit de propriété que l'article 10 de l'Accord instaure, l'article précité paraît comporter une limitation non justifiable du droit de propriété, dans la mesure où il contraint les investisseurs à renoncer à leurs créances découlant d'un traité d'investissement.

7.4.2. Dans la mesure où les parties à l'Accord peuvent être réputées agir en exécution du droit de l'Union ¹¹, la conclusion de l'Accord peut également relever du champ d'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, tel qu'il est défini par son article 51. L'applicabilité de la Charte à la mise en œuvre de l'Accord est d'ailleurs confirmée explicitement par les parties à l'Accord à l'examen ¹². La Charte protégeant également le droit

⁷ Voir par exemple M. BOSSUYT et J. WOUTERS, *Grondlijnen van internationaal recht*, Anvers, Intersentia, 2005, pp. 865 à 867.

⁸ Cour eur. D.H., 28 septembre 2004, *Kopecký c. Slovaquie*, § 35.

⁹ C.C., 20 octobre 2016, n° 134/2016, B.15.

¹⁰ Voir en ce sens par exemple : Cour eur. D. H., 6 octobre 2006, *Maurice c. France*, §§ 63 à 70.

¹¹ Compte tenu du fait que l'Accord, bien que n'étant pas un acte de l'Union, est conclu en vue de se conformer à l'arrêt *Achmea* de la Cour de justice.

¹² Voir le onzième paragraphe du préambule de l'Accord.

de propriété (article 17, paragraphe 1) et ce niveau de protection ne pouvant être inférieur au niveau de protection prévu par la Convention européenne des droits de l'homme conformément à l'article 52, paragraphe 3 de la Charte, il y a lieu de considérer que, dans la mesure où l'Accord se heurte à l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, il se heurte également à l'article 17, paragraphe 1, de la Charte.

7.5. Il résulte de ce qui précède que le régime transitoire pour les procédures d'arbitrage en cours, prévu par l'Accord, dans la mesure où il implique que les investisseurs doivent renoncer aux droits matériels et réclamations qu'ils peuvent faire valoir au titre d'un traité bilatéral d'investissement (article 10 de l'Accord) ne peut être justifiée par l'arrêt *Achmea* et que, en outre, l'obligation de renoncer aux réclamations découlant de ce traité se heurte au droit de propriété garanti par l'article 16 de la Constitution, l'article 1^{er} du premier Protocole à la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 17, paragraphe 1, de la Charte des droits fondamentaux.

7.6. Enfin, il y a lieu de souligner que le droit de l'Union contient certes une obligation à se conformer à l'arrêt *Achmea* mais qu'il n'y a pas d'obligation à le faire de la manière prévue par l'Accord. En effet, la primauté du droit de l'Union ne va pas jusqu'à se faire au détriment de la sauvegarde des droits fondamentaux ¹³.

L'application provisoire de l'Accord

8. L'article 17 de l'Accord donne la possibilité d'appliquer l'Accord à titre provisoire lorsque les deux parties le décident dans un traité bilatéral d'investissement.

En ce qui concerne l'application provisoire des traités, la section de législation a observé dans l'avis 53.064/VR ¹⁴ ce qui suit :

« Krachtens artikel 167, § 3, van de Grondwet hebben verdragen eerst gevolg nadat zij de instemming van de betrokken Parlementen hebben verkregen ¹⁵.

Met een voorlopige toepassing van het zetelakkoord wordt vooruitgelopen op de instemming ermee van het Vlaams Parlement en wordt het Parlement voor de keuze gesteld ofwel de voorlopige toepassing te bekrachtigen, ofwel, in geval van niet-instemming, de Belgische Staat tegenover de medeondertekenaar van de Overeenkomst in een delicate positie te plaatsen. Dat is een beperking op het recht van het Vlaams Parlement om vrij te oordelen of het al dan niet zijn instemming kan verlenen.

Bovendien is het zo dat, ook al zou de instemming van het Vlaams Parlement tot gevolg hebben dat het eerder tot stand gekomene wordt bevestigd, de overeenkomst in

¹³ C.J.U.E., 3 mai 2005, *Berlusconi e.a.*, C-387/02, C-391/02 et C-403/02, ECLI:EU:C:2005:270, points 75-78.

¹⁴ Avis 53.064/VR donné le 6 mai 2013 sur un avant-projet de décret de la Communauté flamande et de la Région flamande 'tot instemming met het akkoord tussen het Koninkrijk België en de Europese Unie over de voorrechten en immuniteiten van het Secretariaat van de Parlementaire Assemblee van de Unie voor de Mediterrane Regio, ondertekend in Brussel op 10 juli 2012', observation n° 3.2 (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/53064.pdf>).

¹⁵ Note de bas de page n° 4 de l'avis cité : Alhoewel artikel 167, § 3, van de Grondwet enkel betrekking heeft op de verdragen waarin aangelegenheden worden geregeld die uitsluitend tot de gemeenschaps- en gewestbevoegdheid behoren, geldt de erin opgenomen regel, gelet op de onderlinge samenhang tussen de paragrafen 2 tot 4 van dat artikel, eveneens ten aanzien van de gemengde verdragen.

het interne recht geen gevolg kan hebben alvorens die instemming is gegeven, hetgeen tot moeilijkheden kan leiden. Dat is enkel niet het geval zo er voor een verdragsconforme toepassing in de praktijk reeds binnen het bestaande juridische kader een voldoende grondslag voorhanden is.

Bij gebreke aan een regeling in het Belgische recht voor de voorlopige toepassing van internationale verdragen, kan het hanteren van het instrument van voorlopige toepassing tot praktische en juridische moeilijkheden aanleiding geven. In elk geval verdient het aanbeveling de parlementaire instemmingsprocedure zo snel als mogelijk op te starten en te voltooien [...] ».

L'observation précitée vaut *mutatis mutandis* aussi pour l'Accord à l'examen.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Béatrice DRAPIER

Pierre VANDERNOOT