Obs. partie(s) défenderesse(s) au princ.

Affaire C-284/16*

Pièce déposée par:

ACHMEA

Nom usuel de l'affaire:

ACHMEA

Date de dépôt:

31 août 2016 (original)

---

* Langue de procédure: l'allemand.

Cour de justice de l'Union européenne

Référence : C-284/16

Date : 31 août 2016

OBSERVATIONS ÉCRITES D'ACHMEA B.V. SUR LA DEMANDE DE DECISION PREJUDICIELLE INTRODUITE PAR LE BUNDESGERICHTSHOF (COUR FEDERALE DE JUSTICE, ALLEMAGNE) DANS LE LITIGE AU PRINCIPAL

RÉPUBLIQUE SLOVAQUE,

représentée par le ministère des Finances slovaque, lui-même représenté par le ministre des Finances, M. Peter Kažimír, Štefanovicova 5, Bratislava, République slovaque

partie demanderesse au principal

contre

ACHMEA B.V. (anciennement Eureko B.V.), représentée par le président du conseil d'administration, M. A.J. van Duin, Handelsweg 2, Zeist, Pays Bas

partie défenderesse au principal

Représentants en justice : De Brauw Blackstone Westbroek N.V.

et

Hengeler Mueller Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

[Or. ii]

TABLE DES MATIÈRES

1 INTRODUCTION 3

2. LA CLAUSE COMPROMISSOIRE EST TOTALEMENT COMPATIBLE AVEC LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE.....9

2.1 Absence de violation de l'article 344 TFUE étant donné que cette disposition n'est pas applicable au litige entre Achmea et la République slovaque.....9

2.2 L'article 267 TFUE ne s'oppose pas à des procédures arbitrales entre personnes de droit privée et États membres.....13

2.3 La clause compromissoire du TBI ne viole pas l'article 18 TFUE 18

3. ACHMEA POURRAIT, EN TOUT ÉTAT DE CAUSE, INVOQUER LA CLAUSE COMPROMISSOIRE EN VERTU DU PRINCIPE DE SÉCURITÉ JURIDIQUE 21

4. PROPOSITION DE RÉPONSE AUX QUESTIONS PRÉJUDICIELLES 21

Les représentants d'ACHMEA dans la présente affaire devant la Cour sont Mes Marnix Leijten, Albert Marsman et Darina Maláčová du cabinet De Brauw Blackstone Westbroek N.V., P.O. Box 75084, 1070 AB Amsterdam, Pays-Bas, téléphone +31 20577 1560, télécopie +31 20577 1775, adresse électronique : albert.marsman@debrauw.com, ainsi que Mes Henning Bälz et Ralf Willer du cabinet Hengeler Mueller Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, Behrenstrasse 42, 10117 Berlin, Allemagne, téléphone +49 30 20374-131, télécopie +49 30 20374-333, adresse électronique : henning.baelz@hengeler.com.

[Or. 1]

1 INTRODUCTION

1 Dans le cadre de la présente procédure de décision préjudicielle, la Cour est saisie de la question de savoir si la clause compromissoire figurant à l'article 8, paragraphe 2, de l'accord bilatéral d'investissement conclu entre la République slovaque et le Royaume des Pays-Bas (ci-après le « **TBI** ») est compatible avec les articles 344 TFUE, 267 TFUE et 18 TFUE. Sur la base de la clause compromissoire, Achmea B.V. (ci-après « **Achmea** ») et la République slovaque ont engagé une procédure arbitrale concernant des investissements réalisés par Achmea en République slovaque. Dans la présente procédure de décision préjudicielle, il s'agit uniquement de savoir si l'octroi d'un mécanisme de règlement des différends supplémentaire est, en tant que tel, de nature à violer les articles précités du TFUE. La compatibilité sous l'angle du droit matériel des dispositions du TBI avec le droit de l'Union européenne ne fait, par contre, *pas* l'objet de la présente procédure de décision préjudicielle.

2 Dans le présent mémoire, Achmea exposera comment il convient, selon son interprétation, de répondre aux questions préjudicielles. En accord avec la juridiction de renvoi, le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice), Achmea part du principe que la clause compromissoire du TBI est compatible avec les dispositions du droit de l'Union précitées – les articles 344 TFUE, 267 TFUE et 18 TFUE.

3 Avant d'examiner ces aspects en détail, Achmea prie la Cour de bien vouloir prendre en considération, dans le cadre de son appréciation des questions préjudicielles, les quatre points suivants :

4 Premièrement : les questions posées à titre préjudiciel ne sont pas aussi nouvelles qu'elles peuvent le paraître à première vue. Certes, elles n'ont pas encore été posées à la Cour sous cette forme concrète. La jurisprudence de la Cour donne toutefois dès à présent une orientation claire sur la manière dont il convient d'y répondre :

(a) Dans trois avis [1], la Cour a déjà affirmé de manière concordante que l'article 344 TFUE était applicable à des différends entre États membres ou entre États membres et institutions de l'Union européenne. Dans aucun de ces avis, la Cour n'affirme ni même ne sous-entend que l'article 344 TFUE pourrait s'appliquer à des différents entre personnes de droit privé et un État membre. Au contraire : la Cour a, dans un de ses avis, expressément **[Or. 2]** affirmé qu'un mécanisme de règlement des différends entre États membres violait l'article 344 TFUE tout en n'exprimant *aucune* objection à l'encontre d'un mécanisme similaire visant à régler des différends entre particuliers et États membres [2]. La procédure arbitrale entre Achmea en tant personne de droit privé et la République slovaque ne relève, par conséquent, pas du champ d'application de l'article 344 TFUE.

(b) Depuis 1982, la Cour a déclaré de manière répétée que les procédures arbitrales constituaient un moyen approprié et efficace pour régler des différends au sein de l'Union européenne [3]. À cet égard, le fait que les tribunaux arbitraux ne sont pas en droit de poser des questions préjudicielles à la Cour en vertu de l'article 267 TFUE importe peu. Il appartient aux juridictions des États membres de veiller à l'interprétation et l'application correctes du droit de l'Union européenne ; ces juridictions peuvent – et, en

[1] - Avis de la Cour du 18 avril 2002, avis rendu en vertu de l'article 300, paragraphe 6, CE - Projet d'accord portant création d'un espace aérien européen commun entre la Communauté européenne et des pays tiers, avis 1/00, EU:C:2002:231 ; du 8 mars 2011, avis rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE - Projet d'accord - Création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets - Juridiction du brevet européen et du brevet communautaire - Compatibilité dudit projet avec les traités, avis 1/09, EU:C:2011:123 ; et du 18 décembre 2014, avis rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE - Projet d'accord international - Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales - Compatibilité dudit projet avec les traités UE et FUE, avis 2/13, EU:C:2014:2454.

[2] - Dans son avis 2/13, la Cour a examiné la compatibilité entre la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentale (ci-après la « convention européenne des droits de l'homme ») et le droit de l'Union européenne. La Cour a constaté que le mécanisme de règlement des différends interétatiques prévu par l'article 33 de la convention européenne des droits de l'homme n'était pas compatible avec le droit de l'Union européenne. La Cour n'a pas soulevé d'objection à l'encontre de la voie de recours que l'article 34 de la convention européenne des droits de l'homme ouvre aux particuliers.

[3] - Voir notamment arrêts du 23 mars 1982, Nordsee/Reederei Mond, 102/81, EU:C:1982:107 ; du 1er juin 1999, Eco Swiss, C-126/97, EU:C:1999:269 ; du 26 octobre 2006, Mostaza Claro, C-168/05, EU:C:2006:675 ; du 6 octobre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615 ; et du 13 mai 2015, Gazprom, C-536/13, EU:C:2015:316.

dernière instance, doivent – saisir la Cour à titre préjudiciel lorsqu'elles estiment qu'une décision préjudicielle de la Cour est nécessaire pour qu'elles puissent prendre leur propre décision [4]. Rien dans la jurisprudence de la Cour n'indique qu'il devrait en être autrement dans le cas où un État membre est partie à une procédure arbitrale. Au contraire, la Cour a récemment confirmé qu'une sentence arbitrale entre une personne privée et un États membre était compatible avec le droit de l'Union européenne [5]. C'est pourquoi la procédure arbitrale entre Achmea et la République slovaque ne peut pas non plus violer l'article 267 TFUE.

(c) Enfin, l'on n'est pas non plus en présence d'une violation de l'article 18 TFUE. Si un État membre confère à une catégorie de citoyens de l'Union européenne certaines prestations qu'il n'accorde pas à une autre catégorie de citoyens de l'Union européenne en raison de leur nationalité, il convient de voir dans le refus de l'État membre d'étendre la prestation à tous les citoyens de l'Union européenne une discrimination interdite en vertu de **[Or. 3]** l'article 18 TFUE. La discrimination ne réside, par contre, pas dans l'octroi de la prestation en tant que telle [6]. C'est pourquoi le fait qu'Achmea puisse engager une procédure arbitrale à l'encontre de la République slovaque ne constitue pas une violation de l'article 18 TFUE. Une éventuelle discrimination à l'égard d'autres investisseurs résultant du refus de la République slovaque de leur octroyer le même droit ne fait pas l'objet de la présente procédure de décision préjudicielle. Il serait, par ailleurs, possible pour la République slovaque de remédier à une telle discrimination en offrant la possibilité d'engager des procédures arbitrales également aux ressortissants d'autres États membres.

5 Au cours des années précédentes, une série de juridictions et de tribunaux arbitraux a été amenée à examiner la question de savoir si des procédures arbitrales entre particuliers et États membres étaient compatibles avec le droit de l'Union européenne. L'ensemble de ces juridictions et tribunaux a répondu par l'affirmative à cette question en se référant à la jurisprudence antérieure de la Cour. Parmi ces corps décisionnels figuraient plusieurs tribunaux arbitraux [7] et

[4] - Arrêt du 23 mars 1982, Nordsee/Reederei Mond, 102/81, EU:C:1982:107, points 14 et suiv.
[5] - Voir notamment arrêt du 13 mai 2015, Gazprom, C-536/13, EU:C:2015:316.
[6] - Voir arrêt du 21 janvier 2010, Commission/Allemagne, C-546/07, EU:C:2010:25.
[7] - Voir décision de l'Institut d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm (SCC) (Robert Volterra, Pierre A. Karrer et professeur Emmanuel Gaillard) du 27 mars 2007, Eastern Sugar v. République tchèque, affaire SCC n° 088/2004; décision de la Commission des Nations Unies pour le commerce international (CNUDCI) (Hans Danelius, professeur Jürgen Creutzig et professeur Emmanuel Gaillard) du 6 juin 2007, Binder v. République tchèque ; décision de la CNUDCI (professeur Gabrielle Kaufmann-Kohler, professeur Mikhail Wladimiroff et Vojtech Trapl) du 23 avril 2012, Oostergetel v. Slovaquie ; décision de la CNUDCI (Sir Christopher Greenwood, Alexander Petsche et professeur Brigitte Stern) du 22 octobre 2012, EURAM Bank v. Slovaquie, PCA Case No. 2010-17 ; décision du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) (V.V. Veeder, professeur Gabrielle Kaufmann-Kohler et professeur Brigitte Stern)

juridictions nationales tels que le tribunal arbitral saisi de l'affaire – dans le cadre du litige au principal – l'Oberlandesgericht Frankfurt am Main (tribunal régional supérieur de Francfort sur le Main) [8] et le Bundesgerichtshof (Cour de justice fédérale). Aucun de ces corps décisionnels n'avait de doute quant à la compatibilité avec le droit de l'Union européenne.

6 Deuxièmement : contrairement à ce que la République slovaque affirme, une procédure arbitrale à laquelle un États membre est partie n'affecte pas la compétence de la Cour et ne s'oppose pas à une interprétation et application uniformes du droit de l'Union européenne. La **[Or. 4]** présente procédure montre que les mécanismes de protection de l'interprétation et de l'application uniformes du droit de l'Union européenne fonctionnent pleinement dans le cadre de procédures arbitrales entre États membres et particuliers. Les juridictions nationales (en l'espèce, allemandes) sont facilement en mesure d'assurer l'interprétation et l'application uniformes du droit de l'Union dans le contexte de la procédure arbitrale. Elles peuvent poser à la Cour des questions préjudicielles en rapport avec la procédure arbitrale et la Cour peut accomplir sa mission qui consiste à garantir l'application et l'interprétation uniformes du droit de l'Union européenne.

7 Le point de vue défendu par la République slovaque et la Commission européenne (ci-après la « **Commission** ») dans la présente procédure est fondé moins sur des considérations juridiques que sur des motifs tactiques.

8 Notamment la position de la République slovaque n'a rien à voir avec la préoccupation légitime concernant une interprétation et application uniformes du droit de l'Union européenne. La République slovaque tente, au contraire, de se soustraire à l'obligation qui pèse sur elle en vertu de la sentence arbitrale prononcée en 2012 d'après laquelle elle est tenue de dédommager Achmea des préjudices graves qu'elle a causés en tentant « d'exclure » ou « d'écarter » [9] la filiale de cette dernière du marché des assurances-maladies slovaque (après avoir, dans un premier temps, expressément encouragé Achmea à réaliser des investissements). La République slovaque a invoqué de nombreuses raisons pour éviter de se soumettre à cette sentence arbitrale. Parmi ces raisons figure, dans le cadre de la présente procédure, la construction artificielle d'une violation du droit de l'Union qui – si elle existait (quod non) – aurait été commise par la République slovaque elle-même.

du 30 novembre 2012, Electrabel v. Hongrie, affaire CIRDI n° ARB/07/19 ; décision du SCC (Alexis Mourre, Guido Santiago Tawil et Claus von Wobeser) du 21 janvier 2016, Charanne v. Espagne, affaire SCC n° 062/2012 ; et décision du CIRDI (professeur Alain Pellet, professeur Pedro Nikken et professeur Robert Volterra) du 6 juin 2016, RREEF v. Espagne, affaire CIRDI n° ARB/13/30.

8 - Ordonnances de l'Oberlandesgericht Frankfurt am Main (tribunal régional supérieur de Francfort sur le Main) du 18 décembre 2014, réf. 26 Sch 3/13 ; et du 10 mai 2012, réf. 26 SchH 11/10.

9 - Voir sentence arbitrale du 7 décembre 2012, points 108 à 110.

9 La Commission suit un programme politique. Ce qui importe pour elle c'est de supprimer, en application du droit actuellement en vigueur, tous les accords bilatéraux d'investissements internes à l'Union. Aux yeux de la Commission, de tels accords constituent des « anomalies » datant d'avant l'adhésion des États concernés à l'Union européenne. De telles considérations politiques sont dénuées de pertinence pour les questions de droit qui se posent en l'espèce. Conformément au droit en vigueur, une série d'États membres dont la République slovaque est partie à des accords bilatéraux d'investissement juridiquement valables et liée par les obligations qui en découlent. Cela inclut les **[Or. 5]** clauses compromissoires contenues dans ces accords. Des investisseurs de l'Union européenne ont réalisé des investissements considérables en se fiant à ces accords juridiquement valables.

10 Troisièmement : dans le cadre de la présente affaire, il s'agit de questions fondamentales relevant de la sécurité juridique et de la protection de la confiance légitime. Lorsqu'Achmea a, en 2006, réalisé des investissement considérables – 72 millions d'euros – en République slovaque, ni cette dernière ni la Commission ni des tiers n'avaient encore suggéré que le TBI pourrait être considéré comme totalement ou partiellement incompatible avec le droit de l'Union européenne. C'était même tout le contraire :

– La République slovaque n'a, ni au moment de son adhésion, le 1er mai 2004, ni après celle-ci, rien entrepris pour modifier le TBI ou y mettre un terme. Elle n'avait d'ailleurs aucune raison de le faire : ni la République slovaque ni la Commission n'avaient fourni la moindre indication laissant entendre que le TBI pourrait être incompatible avec le droit de l'Union européenne suite à l'adhésion de la République slovaque [10].

– En janvier 2007, soit longtemps après l'adhésion de la République slovaque à l'Union européenne, ladite République slovaque « a assuré » par écrit à Achmea qu'elle agirait dans le respect du TBI. En avril, mai et juin 2008, la République slovaque a, conformément à l'article 8, paragraphe 1, du TBI, mené avec Achmea des négociations préalables concernant le différend et la procédure arbitrale [11].

– Tant le ministère des Affaires étrangères slovaque que le ministère des Finances de ce pays ont, en 2009 encore, fait figurer, en l'absence de toute

[10] - Avant l'adhésion de la République slovaque à l'Union européenne, ladite République slovaque et la Commission ont examiné de manière approfondie la législation slovaque afin de vérifier la compatibilité de cette dernière avec le droit de l'Union européenne. Ni la République slovaque ni la Commission n'ont considéré le TBI ou un quelconque autre accord bilatéral d'investissement conclu par la République slovaque comme étant éventuellement incompatible avec le droit de l'Union européenne.

[11] - Voir annexes C-27, C-2, C-4 et C-5 produites dans le cadre de la procédure arbitrale. Les lettres du ministre des Finances slovaque de février et de juin 2007 (annexes C-81 et C-82 produites dans le cadre de la procédure arbitrale) confirment, elles aussi, que la République slovaque partait du principe de la validité de la clause compromissoire. Sur demande de la Cour, Achmea produira immédiatement tous les documents auxquels elle se réfère.

réserve ou restriction, le TBI sur leurs sites Internet accessibles au public respectifs en tant qu'accord en vigueur [12].

[Or. 6]

– La République slovaque a exprimé des doutes quant à la compatibilité du TBI avec le droit européen pour la première fois fin janvier 2009. Cela s'est donc passé près de cinq ans après l'adhésion de la République slovaque à l'Union européenne, trois ans après la réalisation par Achmea de ses investissements et plusieurs mois après l'engagement par celle-ci de la procédure arbitrale au titre de l'article 8 du TBI [13].

11 La sécurité juridique et la protection de la confiance légitime sont des principes fondamentaux du droit de l'Union européenne [14]. Au moment où elle a réalisé ses investissements en 2006, Achmea se fiait à juste titre à la validité du TBI étant donné qu'il n'existait aucun élément indiquant que celui-ci ou certaines parties de celui-ci pourraient être incompatibles avec le droit de l'Union européenne. Au contraire, tant la République slovaque que la Commission ont donné l'impression que le TBI était toujours valable. C'est pourquoi Achmea serait en droit de se fonder sur le TBI même si la Cour devait aboutir à la conclusion selon laquelle ce dernier n'est pas compatible avec le droit de l'Union.

12 Quatrièmement : la réponse de la Cour à la demande de décision préjudicielle est susceptible d'engendrer une insécurité juridique pour un grand nombre d'intéressés. Tant dans l'Union européenne que dans le reste du monde, les procédures arbitrales constituent un mécanisme de règlement des différends entre particuliers et États largement répandu. Selon la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), environ 150 accords d'investissement comparables au TBI, conclus entre des États membres de l'Union européenne, sont actuellement en vigueur. En outre, tous les États membres et l'Union européenne sont parties au traité sur la Charte de l'énergie qui prévoit, lui aussi, des procédures arbitrales entre particuliers et États. Environ 60 procédures arbitrales liées à des investissements entre un investisseur résidant dans l'Union européenne et un État membre sont actuellement en cours [15]. En outre, un grand nombre de procédures arbitrales entre particuliers et États sont menées sur la base de contrats individuels. La Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) rapporte qu'au cours de la seule

[12] - Annexes C-83 et C-84 produites dans le cadre de la procédure arbitrale.

[13] - En outre, dans le cadre d'une autre procédure d'arbitrage en rapport avec des investissements d'un autre investisseur de l'Union européenne et qui s'est déroulée au cours de la même période que la procédure arbitrale entre Achmea et la République slovaque, cette dernière n'a pas mis en doute la validité de la clause compromissoire figurant dans le TBI interne à l'Union européenne applicable, voir sentence arbitrale du 9 octobre 2009, Autrian Airlines v. République slovaque.

[14] - Arrêt du 10 septembre 2009, Plantanol, C-201/08, EU:C:2009:539.

[15] - Voir CNUCED, Investment Dispute Settlement Navigator, consultable à l'adresse http://investmentpolicyhub.unctad.org.

année 2015, environ **[Or. 7]** 100 procédures arbitrales dans le cadre desquelles une des parties était un État ou un organisme étatique ont été engagées [16].

13 Dans le cadre de la présente procédure, la République slovaque et la Commission tentent de saper le terrain sous les pieds d'investisseurs de l'Union européenne qui, en se fiant à la protection (y compris la clause compromissoire) conférée par les environ 150 TBI internes à l'Union, ont investi dans d'autres États membres que le leur ou qui ont convenu d'une autre manière avec un États membre de recourir à des procédures arbitrales en vue de la protection de leurs investissements [17]. Une telle manière d'agir est en contradiction flagrante avec les principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime.

2. LA CLAUSE COMPROMISSOIRE DU TBI EST TOTALEMENT COMPATIBLE AVEC LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

14 Dans son ordonnance de renvoi, le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) a indiqué qu'il considérait la clause compromissoire du TBI comme étant compatible avec le droit de l'Union européenne. Achmea se rallie à cette conception et demande à la Cour de bien vouloir en faire autant.

2.1 Absence de violation de l'article 344 TFUE étant donné que cette disposition n'est pas applicable au litige entre Achmea et la République slovaque

15 Conformément à l'article 344 TFUE, « *[l]es 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* ». Le Bundesgerichtshof est parvenu à la conclusion selon laquelle l'on n'est pas en présence d'une violation de cette disposition étant donné que cette dernière n'est pas applicable au litige opposant Achmea à la République **[Or. 8]** slovaque [18]. Achmea partage cette conception notamment pour les raisons suivantes :

[16] - Voir statistiques de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, Paris : http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR//Arbitration/Introduction-to-I CC-Arbitration/Statistics/.

[17] - Dans ce contexte, Achmea se réfère au tableau de bord de la justice dans l'UE de 2016. Celui-ci révèle que, dans certains États membres, l'on n'a que peu de considération pour l'indépendance des juridictions et des juges. À cet égard, la République slovaque figure dans le bas du tableau des États membres de l'Union européenne. Environ 75 % des entreprises interrogées perçoivent l'indépendance de la justice comme étant « très insatisfaisante » ou « plutôt insatisfaisante ». Environ 55 % des entreprises interrogées ont motivé leur appréciation par « Ingérence ou pressions du gouvernement ou de responsables politiques », voir titre 3.3.1 (consultable sur Internet à l'adresse : http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/justice_scoreboard_2016_fr.pdf.

[18] - Ordonnance (de renvoi) du Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) du 3 mars 2016, points 24 et suiv.

16 Premièrement : la procédure arbitrale entre Achmea et la République slovaque ne concerne pas « *un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités* ». Dans le cadre de la procédure arbitrale, Achmea a fondé ses prétentions sur une violation des articles 3, 4 et 5 du TBI [19]. Aucune violation de dispositions du droit de l'Union européenne ne fait l'objet de la présente procédure.

17 Le tribunal arbitral a, lui aussi, expressément souligné que la sentence arbitrale se fondait exclusivement sur la violation par la République slovaque des obligations qui lui incombent en vertu du TBI ; le respect ou la violation du droit de l'Union européenne par la République slovaque ne faisait pas l'objet de la sentence arbitrale [20] :

> *« **Rien dans la présente sentence arbitrale ne constitue une décision (même implicite) sur la question** de savoir si la demanderesse ou la défenderesse **ont respecté le droit de l'Union européenne ou violé un quelconque aspect de ce dernier**. La sentence arbitrale ne concerne absolument pas des questions relatives au droit de l'Union européenne. **La sentence arbitrale concerne uniquement le respect par la défenderesse des obligations qu'elle s'est, en vertu du [TBI],** engagée à respecter à l'encontre d'une catégorie déterminée de personnes dont la demanderesse relève elle aussi […] »* (C'est l'auteur du présent mémoire qui a traduit ce passage de la sentence arbitrale en allemand, qui a effectué les mises en évidence et qui a ajouté les incises) [traduction libre]

18 La référence à différentes dispositions du droit de l'Union européenne ne fait pas de ce litige une procédure relative à l'interprétation ou à l'application dudit droit. Ainsi que la Cour l'a expressément jugé dans le passé, cela ne serait le cas que lorsqu'une partie tend « *à faire constater une violation des dispositions [du droit de l'Union européenne] par [l'autre partie]* » [21]. En l'espèce, la situation est différente. Achmea n'a pas fondé ses prétentions sur des violations **[Or. 9]** du droit de l'Union européenne, pas plus que le tribunal arbitral n'a fait droit à de telles prétentions d'Achmea [22].

[19] - Dans le cadre de la procédure arbitrale, Achmea a sollicité « des dommages et intérêts en réparation d'un préjudice subi ou encore à subir par Eureko suite à la violation du TBI par la République slovaque » [traduction libre] ainsi que la « constatation que la République slovaque a violé le TBI et continue à violer les obligations qui lui incombent en vertu du TBI, notamment des articles 3, 4 et 5 de ce dernier », voir sentence arbitrale, point 127.

[20] - Sentence arbitrale, points 276 et 277.

[21] - Arrêt du 30 mai 2006, Commission/Irlande, C-459/03, EU:C:2006:345, point 151. Dans cette affaire, la Cour a Cour a reconnu l'existence d'une violation de l'article 344 TFUE (antérieurement l'article 292 CE) au motif que « l'Irlande a soumis des instruments de droit communautaire au Tribunal arbitral en vue de leur interprétation et de leur application dans le cadre d'une procédure tendant à faire constater une violation des dispositions desdits instruments par le Royaume-Uni ».

[22] - Sentence arbitrale, point 277. Il s'agit d'un autre aspect qui distingue la présente affaire de l'affaire *Commission/Irlande* précitée (concernant l'usine Mox). Dans cette dernière affaire, il était, par ailleurs, question d'une procédure arbitrale entre deux États membres.

« La demanderesse reproche à la défenderesse d'avoir violé les articles 3, 4 et 5 du [TBI]. » (c'est l'auteur des présentes observations qui a traduit ce passage vers l'allemand et ajouté l'incise) [traduction libre]

19 Le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) a, lui aussi, indiqué que « la décision du tribunal arbitral a […] été prise […] sur le fondement » des obligations pesant sur la République slovaque en vertu du TBI et non sur le fondement du droit de l'Union européenne [23]. L'article 344 TFUE n'est, par conséquent, pas applicable en l'espèce [24].

20 Deuxièmement ; le litige opposant Achmea à la République slovaque n'est pas un différend pour lequel il existe un mode de règlement prévu par les traités de l'Union au sens de l'article 344 TFUE. Les traités prévoient des procédures en vue du règlement de différends entre un État membre et un autre État membre (article 259 TFUE) et entre un État membre et une institution de l'Union européenne (articles 258 TFUE, 263 TFUE et 265 TFUE). Les traités ne prévoient aucune procédure en vue du règlement de différends entre des particuliers (comme Achmea) et un États membre. De telles procédures relèvent de la législation des États membres comme, par exemple, la Zivilprozessordnung (code de procédure civile, ci-après la « ZPO ») allemande et d'autres lois nationales similaires.

21 Même selon la conception du Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice), les

« les traités [de l'Union] ne prévoient aucune procédure juridictionnelle permettant à un investisseur, tel que [Achmea], de faire valoir le droit à indemnisation à l'égard d'un État membre […]. » [25]

« [L]e droit de l'Union ne prévoit pas qu'une personne de droit privé – comme en l'espèce [Achmea] – puisse attraire un État membre – comme en l'espèce [la République slovaque] – devant la Cour. » [26] **[Or. 10]** (incises ajoutées par l'auteur du présent mémoire)

22 L'article 344 TFUE ne peut manifestement trouver à s'appliquer qu'à des différends pour lesquels les traités de l'Union européenne prévoient effectivement un mode de règlement des différends.

23 - Ordonnance (de renvoi) du Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) du 3 mars 2016, point 31.

24 - Dans ce contexte, la Cour a précisé « qu'un accord international, prévoyant la création d'une juridiction chargée de l'interprétation de ses dispositions […] n'est, en principe, pas incompatible avec le droit de l'Union », avis 2/13, du 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454, point 182.

25 - Ordonnance (de renvoi) du Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) du 3 mars 2016, point 35.

26 - Ordonnance (de renvoi) du Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) du 3 mars 2016, point 38.

23 Troisièmement : il résulte de la jurisprudence de la Cour que l'article 344 TFUE ne saurait s'appliquer à des différends entre particuliers et États membres. Cela résulte de plusieurs avis de la Cour.

24 Dans son avis 1/00, la Cour a jugé que la procédure de règlement des différends prévue par l'accord portant sur la création d'un espace aérien européen commun (ci-après l'« accord EAEC ») était compatible avec l'article 344 TFUE (à l'époque, l'article 292 CE) étant donné que cette disposition ne s'appliquait pas à des « *litiges entre les États parties et ceux opposant ces États ou l'un d'eux à la Communauté* » [27].

25 Dans son avis 1/09, la Cour a indiqué que le mécanisme de règlement des différends prévu par l'accord en vue de l'instauration d'une juridiction du brevet européen et du brevet communautaire (ci-après la « JB ») ne se heurtait pas à l'article 344 TFUE étant donné que la JB n'est censée connaître que des « seuls litiges entre particuliers » [28].

26 L'avis plus récent 2/13 portait sur la question de savoir si « le projet d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 [ci-après la « **CEDH** »], est compatible avec les traités » [29]. La Cour a apprécié de manière approfondie la compatibilité de la CEDH avec le droit de l'Union européenne. Il a nié la compatibilité de la CEDH avec le droit de l'Union européenne, entre autres, au motif que l'article 33 de la CEDH prévoyait la possibilité que les États membres et l'Union européenne saisissent la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la « **Cour EDH** ») d'une demande ayant pour objet une violation alléguée du CEDH commise par un État membre ou par l'Union européenne. La Cour y a vu une violation de l'article 344 TFUE [30]. Différents passages de la motivation font clairement apparaître que l'application **[Or. 11]** de l'article 344 TFUE est limitée à des différends entre États membres ou entre États membre et institutions de l'Union européenne :

– La Cour a souligné que, conformément à l'article 344 TFUE, *« la Cour est exclusivement compétente pour connaître de tout litige* ***entre les États membres ainsi qu'entre ces derniers et l'Union*** *au sujet du respect de cette convention* » [31].

– La Cour a indiqué que « *la possibilité que l'Union ou les États membres saisissent la Cour EDH, au titre de l'article 33 de la CEDH, d'une demande ayant pour objet une violation alléguée de celle-ci commise, respectivement,*

[27] - Avis 1/00, du 18 avril 2002, EU:C:2002:231, point 17.
[28] - Avis 1/09, du 8 mars 2011, EU:C:2011:123, point 63.
[29] - Avis 2/13, du 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454, point 1.
[30] - Avis 2/13, du 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454, points 207 et 208.
[31] - Avis 2/13, du 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454, point 204.

par un État membre ou par l'Union, en liaison avec le droit de l'Union […] porte atteinte à l'exigence énoncée à l'article 344 TFUE » [32].

– En outre, la Cour a fait remarquer que l'article 344 TFUE serait violé « *si l'Union ou les États membres devaient effectivement porter un litige entre eux devant la Cour EDH* » [33]. En effet, « *l'article 344 TFUE vise précisément à préserver le caractère exclusif des modalités de règlement de ces litiges à l'intérieur de l'Union* » [34].

27 La Cour a expliqué qu'une adhésion de l'Union européenne à la CEDH ne serait compatible avec l'article 344 TFUE que si la compétence de la Cour EDH était expressément exclue en ce qui concerne des différends entre États membre et entre États membre et l'Union européenne :

> *« Dans ces circonstances, seule une exclusion expresse de la compétence de la Cour EDH découlant de l'article 33 de la CEDH pour des litiges entre les États membres ou entre ces derniers et l'Union, relatifs à l'application de la CEDH dans le champ d'application matériel du droit de l'Union, serait compatible avec l'article 344 TFUE. »* [35].

[Or. 12]

28 La Cour n'a, par contre, pas exigé ni considéré que cette exclusion devait également valoir en ce qui concerne des différends entre particuliers et États membres. Elle n'a notamment émis aucune objection à l'encontre de l'article 34 de la CEDH en vertu duquel la Cour EDH est compétente pour des différends entre particuliers et États membres en rapport avec la CEDH [36]. Une incompatibilité de l'article 34 de la CEDH avec le droit de l'Union européenne n'a même pas été envisagée par la Cour. Cela également montre que des différends entre particuliers et États membres ne relèvent pas du champ d'application de l'article 344 TFUE.

2.2 L'article 267 TFUE ne s'oppose pas à des procédures arbitrales entre personnes de droit privée et États membres

29 Le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) a, à juste titre, estimé que des procédures arbitrales entre particuliers et États membres ne violaient pas l'article 267 TFUE [37].

[32] - Avis 2/13, du 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454, points 207 et 208.
[33] - Avis 2/13, du 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454, point 209.
[34] - Avis 2/13, du 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454, point 210.
[35] - Avis 2/13, du 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454, point 213.
[36] - Dans l'avis 2/13, du 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454, points 16 et 18, la Cour se réfère à l'article 34 de la CEDH.
[37] - Ordonnance (de renvoi) du Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) du 3 mars 2016, point 59.

30 Des procédures arbitrales constituent un instrument de règlement des différends reconnu tant dans les États membres de l'Union européenne que dans d'autres États de droit. Certes, ces procédures ne sont pas régies par le droit de l'Union européenne mais elles sont considérées par ce dernier comme des instruments de règlement de différends réguliers et efficaces. Ainsi, par exemple, la refonte du règlement dit Bruxelles I prévoit la reconnaissance des conventions d'arbitrage par les juridictions nationales : « *[r]ien dans le présent règlement ne devrait empêcher la juridiction d'un État membre, lorsqu'elle est saisie d'une demande faisant l'objet d'une convention d'arbitrage passée entre les parties, de renvoyer les parties à l'arbitrage* ». En outre, ce règlement prévoit que l'instrument juridique le plus important en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales à l'intérieur et en dehors de l'Union européenne, à savoir la convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères signée à New York le 10 juin 1958, « *prime sur le présent règlement* » [38].

31 La Cour a expressément reconnu à plusieurs reprises que les procédures arbitrales étaient en conformité avec le droit de l'Union européenne :

[Or. 13]

– En 1982 déjà, la Cour a indiqué dans l'affaire *Nordsee* qu'il appartient aux juridictions nationales de vérifier, soit dans le cadre du concours qu'elles prêtent aux tribunaux arbitraux, soit dans le cadre du contrôle de la sentence arbitrale, « *si elles doivent saisir la Cour en application de [article 267 TFUE] du traité, pour obtenir l'interprétation ou l'appréciation de validité des dispositions du droit communautaire qu'elles peuvent être amenées à appliquer dans l'exercice de ces fonctions d'assistance ou de contrôle* » [39]. La circonstance qu'un tribunal arbitral ne peut pas engager de procédure de décision préjudicielle au sens de l'article 267 TFUE n'aboutit pas à rendre les conventions arbitrales incompatibles avec le droit de l'Union européenne.

– En 1999, la Cour a précisé son point de vue dans l'affaire *Eco Suiss* dans le sens qu'une juridiction d'un État membre doit, dans le cadre du contrôle d'une sentence arbitrale, s'assurer qu'elle ne viole pas des dispositions essentielles du droit de l'Union européenne. Selon la Cour, s'il en allait autrement, la sentence arbitrale ne serait pas exécutable en raison d'une méconnaissance de l'ordre public national ou international. De plus, la Cour a, une fois de plus rappelé que le tribunal arbitral n'est pas en mesure de demander à la Cour de statuer à titre préjudiciel sur des questions tenant à l'interprétation de dispositions du droit de l'Union européenne. Selon la

[38] - Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO L 351, p. 1, considérant 12).

[39] - Arrêt du 23 mars 1982, Nordsee/Reederei Mond, 102/81, EU:C:1982:107, points 14 et 15.

Cour, cela n'a toutefois pas pour conséquence que les conventions arbitrales sont incompatibles avec le droit de l'Union européenne mais uniquement qu'il appartient aux juridictions nationales, dans le cadre du contrôle de la sentence arbitrale, de saisir, le cas échéant, la Cour au titre de l'article 267 TFUE [40].

– Dans les années 2006 et 2009, la Cour a, dans d'autres affaires, jugé que les juridictions nationales saisies d'une demande d'annulation ou d'exécution d'une sentence arbitrale devaient vérifier si une clause compromissoire était nulle en raison d'une violation de dispositions du droit de la protection des consommateurs de l'Union européenne. Dans ce cadre, ils peuvent saisir la Cour à titre préjudiciel [41].

– Encore récemment, en 2015, la Cour a confirmé que l'arbitrage constituait un instrument de règlement des différends légal même lorsque celui-ci aboutissait à exclure **[Or. 14]**la voie de recours ordinaire. La procédure de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE concernait une procédure arbitrale entre une personne de droit privé et un État membre (Gazprom contre République de Lituanie). Le tribunal arbitral avait adopté à l'encontre de l'État membre ce qu'il est convenu d'appeler une injonction visant à empêcher l'introduction ou la poursuite d'une procédure et imposé audit État membre « *de retirer ou de réduire certaines des demandes dont [celui-ci] avait saisi ladite juridiction [de l'État membre en cause]* ». La Cour a jugé que « *ni ladite sentence arbitrale ni la décision par laquelle, le cas échéant, la juridiction d'un État membre reconnaît celle-ci ne sont susceptibles d'affecter la confiance mutuelle entre les juridictions des différents États membres* » [42].

32 Par conséquent, conformément à la jurisprudence de la Cour, les procédures arbitrales constituent des instruments de règlement des différends valables au sens de l'ordre juridique de l'Union européenne, qui ne violent ni l'article 267 TFUE ni une autre disposition du droit de ladite Union. Des questions relatives au droit de l'Union européenne peuvent faire l'objet d'une procédure arbitrale. Ainsi que la Cour l'a confirmé à plusieurs reprises, l'interprétation et l'application correctes du droit de l'Union européenne sont garanties par l'obligation pesant sur les juridictions nationales compétentes de contrôler le respect des principes fondamentaux du droit de l'Union européenne et, le cas échéant, de saisir la Cour

[40] - Arrêt du 1er juin 1999, Eco Swiss, C 126/97, EU:C:1999:269, points 40 et 41.

[41] - Arrêts du 26 octobre 2006, Mostaza Claro, C-168/05, EU:C:2006:675 ; et du 6 octobre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615.

[42] - Arrêt du 13 mai 2015, Gazprom, C-536/13, EU:C:2015:316, points 18 et 39.

d'une demande de décision préjudicielle [43]. Le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) partage cette conception [44].

33 Ainsi que la Cour l'a indiqué, il est possible de faire en sorte que les juridictions nationales participent à une procédure arbitrale en prenant les mesures suivantes [45] :

– « *dans le cadre du concours qu'elles prêtent aux tribunaux arbitraux, notamment pour les assister dans certains actes de procédure ou pour interpréter le droit applicable* » (comme, par exemple, en Allemagne, conformément à l'article 1050 de la ZPO) [46] ;

[Or. 15]

– « *dans le cadre du contrôle de la sentence arbitrale* », entre autres, dans le cadre d'une demande d'annulation d'une sentence arbitrale (comme, par exemple, en Allemagne, conformément à l'article 1059 de la ZPO) ;

– dans des procédures « *pour exequatur* », c'est-à-dire dans des procédures visant à obtenir l'exécution et la reconnaissance d'une sentence arbitrale (comme, par exemple, en Allemagne, conformément aux articles 1060 et 1061 de la ZPO) ; et

– « *par toute autre voie de recours ouverte par la législation nationale applicable* », par exemple, dans des procédures de prise en charge (comme, par exemple, en Allemagne, conformément à l'article 1040 de la ZPO).

34 Chacun de ces mécanismes permet d'impliquer la Cour afin de garantir une interprétation et une application uniformes du droit de l'Union européenne. Cela vaut également lorsqu'un État membre est partie à la procédure arbitrale.

35 Premièrement, la présente procédure montre que l'article 267 TFUE est applicable de manière illimitée dans une procédure arbitrale impliquant la participation d'un État membre. Des questions concernant le droit de l'Union européenne peuvent être posées à la Cour à titre préjudiciel dans ce cas également.

36 Deuxièmement, les juridictions nationales participent à une procédure arbitrale impliquant la participation d'un État membre exactement de la même façon qu'elles participeraient à une procédure arbitrale entre particuliers. Cet aspect est,

43 - Arrêt du 23 mars 1982, Nordsee/Reederei Mond, 102/81, EU:C:1982:107, point 14 ; et du 1er juin 1999, Eco Swiss, C-126/97, EU:C:1999:269, point 32.

44 - Ordonnance (de renvoi) du Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) du 3 mars 2016, point 53.

45 - Arrêt du 23 mars 1982, Nordsee/Reederei Mond, 102/81, EU:C:1982:107, point 14.

46 - Le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) a indiqué que cette disposition n'était éventuellement pas applicable à des procédure arbitrale menée conformément aux règles de la CNUDCI.

lui aussi, confirmé par la présente procédure. Les juridictions allemande – l'Oberlandesgericht Frankfurt am Main (tribunal régional supérieur de Francfort sur le Main) et le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) – ont, en tant que juridictions ordinaires du for, été en mesure d'exercer leurs droits de contrôle de manière illimitée. C'est notamment en cela que la présente affaire se distingue de la situation engendrée par l'instauration de la juridiction du brevet européen et du brevet communautaire (JB) qui faisait l'objet de l'avis 1/09 ; en effet, contrairement à ce qui est le cas en l'espèce, les juridictions nationales auraient perdu toute compétence en ce qui concerne les procédures attribuées à la JB [47].

[Or. 16]

37 Troisièmement, dans des affaires antérieures dans lesquelles la Cour a eu à connaître de procédures arbitrales impliquant la participation d'un État membre, celle-ci n'a même pas évoqué l'éventualité d'une violation de l'article 267 TFUE (ou d'une autre disposition du droit de l'Union européenne). Ainsi dans la procédure de décision préjudicielle déjà évoquée ci-dessus *Gazprom contre Lituanie* (arrêt du 13 mai 2015, Gazprom, C-536/13, EU:C:2015:316), la Cour a jugé qu'une juridiction nationale était en droit de reconnaître et de déclarer exécutable une sentence arbitrale interdisant à un État membre, en tant que partie à une procédure préjudicielle, de faire valoir certaines prétentions devant la juridiction nationale concernée. La Cour n'a pas exprimé de doute quant au fait que la République de Lituanie n'aurait pas été en droit de conclure des clauses compromissoires avec un particulier ou qu'une telle clause serait contraire à l'article 267 TFUE (ou à une autre disposition du droit de l'Union européenne). S'il en avait été autrement, la Cour aurait dû interdire à la juridiction nationale de reconnaître et d'ordonner l'exécution de la sentence arbitrale. L'affaire *Commission contre Grèce* constitue un autre exemple qui montre que la Cour reconnaît des procédures arbitrales entre particuliers et États membres. Dans cette affaire, la Cour a constaté que la Grèce était en droit de s'acquitter de son obligation de récupération des aides d'État accordées à Olympic Airways par la voie de la compensation avec des créances de dédommagement qu'une sentence arbitrale avait reconnues au particulier qu'est Olympic Airways à l'encontre de l'État membre qu'est la Grèce [48].

38 Dans plusieurs procédures en manquement concernant des accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres et des États tiers, la Cour n'a pas non plus considéré comme problématiques les clauses compromissoires

[47] - Selon la Cour, la « compétence exclusive » de la JB « priverait lesdites juridictions de leur mission de mise en œuvre du droit de l'Union, en tant que juges de "droit commun" de l'ordre juridique de l'Union, et, de ce fait, de la faculté prévue à l'article 267 TFUE, voire, le cas échéant, de l'obligation de renvoi préjudiciel, dans le domaine en question » (avis 1/09, du 8 mars 2011, EU:C:2011:123, point 80). En l'espèce, les « juges de droit commun » ne sont en aucune façon privés d'une compétence. Ils conservent toutes les compétences qu'ils auraient dans le cas d'une procédure arbitrale entre particuliers.

[48] - Arrêt du 7 juillet 2009, Commission/Grèce, C-369/07, EU:C:2009:428, points 86 et suiv.

contenues dans ceux-ci. Elle n'a pas considéré que ces clauses qui prévoyaient également des procédures arbitrales entre États membres et personnes de droit privé violaient le droit de l'Union européenne [49]. La Commission n'a pas non plus vu de problèmes dans le fait qu'un tribunal arbitral compétent en vertu d'un tel TBI ne puisse pas introduire de procédure de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE devant la Cour. L'on ne voit pas pourquoi il faudrait considérer comme compatible avec le droit de l'Union européenne le fait qu'un État membre conclut une clause compromissoire avec une personne de droit privé établie en dehors de l'Union européenne et comme incompatible avec ce droit le fait qu'il conclut une telle clause avec une personne de droit privé établie dans l'Union européenne.

[Or. 17]

39 Quatrièmement, il est erroné d'affirmer qu'une clause compromissoire conclue par un État membre constitue une violation du principe de protection de la confiance légitime. Des clauses compromissoires sont un mécanisme de règlement des différends généralement reconnu et non l'expression d'une méfiance envers le système juridictionnel étatique (de n'importe quel État membre). Si un État membre convient avec une personne de droit privé de régler d'éventuels différends dans le cadre d'une procédure arbitrale, le tribunal arbitral intervient en lieu et place du système juridictionnel *dudit* État membre. La clause compromissoire ne peut donc pas avoir de répercussion sur la confiance *mutuelle* entre États membres et leur administration de la justice respective. Ainsi, dans l'affaire *Gazprom contre Lituanie*, la Cour a exposé qu'une injonction visant à empêcher l'introduction ou la poursuite d'une procédure prononcée par un tribunal arbitral n'était pas de nature à affecter la confiance mutuelle entre les juridictions des différents États membres [50].

2.3 La clause compromissoire du TBI ne viole pas l'article 18 TFUE

40 L'article 18 ne s'oppose pas à l'insertion d'une clause compromissoire dans un accord bilatéral d'investissement. Dans cette mesure également, Achmea partage la conception du Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) [51] :

41 Premièrement, le principe de non-discrimination exige simplement que des situations similaires ne soient pas traitées de manière différente. Il n'exige, par contre, pas que les États membres traitent, en toute circonstance, de manière identique les ressortissants de tous les États membres. L'on n'est, notamment, pas en présence d'une discrimination interdite lorsqu'une inégalité de traitement n'est

[49] - Voir arrêts du 3 mars 2009, Commission/Autriche, C-205/06, EU:C:2009:118 ; du 3 mars 2009, Commission/Suède, C-249/06, EU:C:2009:119 ; et du 19 novembre 2009, Commission/Finlande, C-118/07, EU:C:2009:715.

[50] - Arrêt du 13 mai 2015, Gazprom, C-536/13, EU:C:2015:316, point 22.

[51] - Ordonnance (de renvoi) du Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) du 3 mars 2016, points 70 et suiv. ; également point 22.

pas fondée sur la nationalité mais est la conséquence d'un accord bilatéral conclu entre deux États membres. La Cour a affirmé de manière répétée à propos des conventions préventives de la double-imposition internes à l'Union européenne que le « *fait que ces droits et obligations réciproques ne s'appliquent qu'à des personnes résidentes de l'un des deux États membres contractants est une conséquence inhérente aux conventions bilatérales préventives de la double imposition* » [52]. En d'autres termes, des personnes relevant du champ d'application de telles conventions ne se trouvent pas dans une situation comparable à celles qui n'en relèvent pas.

[Or. 18]

42 Les accords bilatéraux d'investissement présentent des similitudes importantes avec les conventions préventives de la double-imposition. Le règlement des différends par des tribunaux arbitraux n'est, tout comme la fiscalité, par régie par le droit de l'Union européenne. Les États membres sont libres de prévoir des procédures arbitrales et, par conséquent, de régler les questions matérielles en rapport avec ce type de procédures dans des accords bilatéraux. À cet égard, la réciprocité des droits et obligations est caractéristique des accords bilatéraux – tout comme elle l'est des conventions préventives de la double-imposition. Par conséquent, les ressortissants d'un État membre partie à un accord bilatéral d'investissement interne à l'Union européenne ne se trouvent pas dans une situation comparable à celle de ressortissants d'autres États membres. La prétendue inégalité de traitement est une conséquence inhérente du caractère réciproque mais non de la nationalité. Même le TBI en cause tient déjà compte de la réciprocité dans son titre (« Accord concernant la promotion et la protection *réciproque* des investissements »).

43 Deuxièmement, en l'espèce, il n'est pas question d'inégalité de traitement sous l'angle du droit matériel [53]. Un mécanisme de règlement des différends qui est à la disposition des ressortissants d'un État membre déterminé constitue un élément de nature purement procédurale. Son existence ne fonde pas encore d'inégalité de traitement interdite. Il serait contradictoire de priver une partie d'un mécanisme de protection juridique et de se fonder, à cet égard, justement sur le principe de non-discrimination qui sert précisément à la protection des droits.

44 Troisièmement, même si l'on voulait voir dans la clause d'arbitrage de l'article 8 du TBI un traitement discriminatoire (quod non), celui-ci ne serait constitutif d'une violation du principe d'égalité de traitement au sens de l'article 18 TFUE que si et dans la mesure où la République slovaque refusait un traitement comparable aux ressortissants d'autres États membres. Ainsi, par exemple dans l'affaire *Commission contre Allemagne*, la Cour a précisé qu'une pratique

[52] - Voir arrêts du 5 juillet 2005, D., C-376/03, EU:C:2005:424, point 61 ; et du 12 décembre 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, C-374/04,EU:C:2006:773.

[53] - Ordonnance (de renvoi) du Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) du 3 mars 2016, point 72.

administrative consistant à accorder des avantages résultant d'un accord bilatéral « *aux seules entreprises allemandes* », tout en refusant « *d'étendre* » [54] ces avantages aux ressortissants d'autres États membres violait le droit de l'Union européenne [55]. À l'inverse, la Cour n'a pas vu de violation de l'article 18 TFUE ni dans l'octroi des avantages à des ressortissants allemands ni dans la disposition sous-jacente en tant que telle. La Cour a simplement contesté la pratique des autorités allemandes consistant à ne pas appliquer les dispositions de l'accord aux ressortissants **[Or. 19]** d'autres États membres. En l'espèce, il n'est ni allégué ni prouvé que la République slovaque avait refusé à des ressortissants d'autres États membres la possibilité d'engager une procédure arbitrale.

45 La totalité de la jurisprudence de la Cour concernant le principe de non-discrimination est fondé sur l'idée selon laquelle il convient d'étendre des droits qui, dans un premier temps, n'ont été accordés qu'à une catégorie déterminée de personnes à d'autres personnes se trouvant dans des situations similaires. Cette jurisprudence n'a pas pour but de supprimer les droits qui ont été accordés à une catégorie de personnes. L'article 18 TFUE concerne la protection des droits et non leur suppression.

46 Quatrièmement, la clause compromissoire resterait, dès lors, applicable même si la Cour considérait l'article 8 du TBI comme étant incompatible avec l'article 18 TFUE. Il serait possible de remédier à la violation de l'article 18 TFUE en étendant les droits accordés par l'article 8 du TBI à des ressortissants d'autres États membres [56]. C'est également la façon de voir les choses du Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) [57]. La solution proposée par la République slovaque de priver les investisseurs protégés par le TBI de la protection accordée est en contradiction avec les considérations à la base de l'article 18 TFUE. Si l'État membre prétendument discriminatoire, en l'espèce la République slovaque, pouvait invoquer sa propre violation du principe de non-discrimination afin de priver Achmea des droits qui lui avaient initialement été consentis, cela serait, a fortiori, contraire aux principes à la base de l'article 18 TFUE.

54 - Conclusions de l'avocat général Mazák dans l'affaire Allemagne/Commission, C-546/07, EU:C:2009:586, point 2.

55 - Arrêt du 21 janvier 2010, Commission/Allemagne, C-546/07, EU:C:2010:25, points 7 et 71.

56 - Arrêts du 27 septembre 1988, Matteucci/Communauté française de Belgique, 235/87, EU:C:1988:460, point 16 ; du 21 septembre 1999, Saint-Gobain ZN, C-307/97,EU:C:1999:438, point 58 ; et du 15 janvier 2002, Gottardo, C-55/00, EU:C:2002:16, point 34.

57 - Ordonnance (de renvoi) du Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) du 3 mars 2016, point 77 : « Selon la jurisprudence de la Cour, il est cependant en règle générale remédié à une règle discriminatoire à l'égard de tiers en accordant aux personnes défavorisées le droit d'être traitées de la même façon et de se voir appliquer le même régime que les personnes avantagées […] ».

3. ACHMEA POURRAIT, EN TOUT ÉTAT DE CAUSE, INVOQUER LA CLAUSE COMPROMISSOIRE EN VERTU DU PRINCIPE DE SÉCUIRITÉ JURIDIQUE

47 Pour les raisons précitées, Achmea est fermement convaincue que la clause compromissoire du TBI est pleinement compatible avec le droit de l'Union européenne. Au cas où la Cour devait aboutir à une conclusion différente, Achmea doit, en tout état de cause, pouvoir se prévaloir du principe de protection de la confiance légitime et exercer les droits qui lui sont conférés par la clause compromissoire.

[Or. 20]

48 Le principe de protection de la confiance légitime fait partie intégrante du droit de l'Union européenne. Conformément à ce principe, les dispositions doivent être claires et précises et leur application doit être prévisible [58]. Comme avant le début de la procédure arbitrale, il n'existait aucun signe permettant de penser que l'article 8 du TBI pouvait être incompatible avec le droit de l'Union européenne (et que cela n'avait été allégué ni par la République slovaque ni par la Commission) [59], il convient de répondre pleinement aux attentes légitimes d'Achmea concernant cette disposition. Achmea prie la Cour de bien vouloir clarifier ce point dans son arrêt si elle devait constater une incompatibilité de l'article 8 du TBI avec le droit de l'Union européenne

4. PROPOSITION DE RÉPONSE AUX QUESTIONS PRÉJUDICIELLES

49 Achmea propose, avec tout le respect dû à la Cour, de répondre aux questions préjudicielles comme suit :

Les articles 344 TFUE, 267 TFUE et 18, paragraphe 1, TFUE ne font pas obstacle à l'application d'une clause d'un accord bilatéral d'investissement entre États membres de l'Union (ce qu'il est convenu d'appeler un « TBI interne à l'Union »), prévoyant qu'un investisseur d'un État contractant peut, en cas de litige concernant des investissements dans l'autre État contractant, introduire une procédure contre ce dernier État devant un tribunal arbitral, lorsque ledit accord a été conclu avant l'adhésion de l'un des États contractants à l'Union européenne, mais que la procédure arbitrale ne sera introduite qu'après cette date

[58] - Arrêt du 10 septembre 2009, Plantanol, C-201/08, EU:C:2009:539, point 46

[59] - Voir point 10 ci-dessus. Sur demande de la Cour, Achmea produira immédiatement tous les documents auxquels elle se réfère.

De Braux Blackstone Westbroek N.V.

Hengeler Mueller Partnerschaft von Rechtsanwälte mbB

Marnix Leijten

Albert Marsman

Darina Maláčová

Henning Bälz

Ralf Willer