Observations de la Pologne

Affaire C-284/16*

Pièce déposée par :

la République de Pologne

Nom usuel de l'affaire :

Achmea

Date de dépôt :

31 août 2016 (original)

Observations écrites de la République de Pologne présentées conformément à l'article 23 du protocole sur le statut de la Cour de justice et relatives à une demande de décision préjudicielle dans l'affaire C-284/16, Achmea [juridiction nationale : Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) – Allemagne]. **[Or. 2]**

TABLE DES MATIÈRES

I. OBJET DU LITIGE ET QUESTIONS PRÉJUDICIELLES 2

II. OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES 3

III. TROISIÈME QUESTION 6

III.1. L'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité prévue par le droit de l'Union 6

III.2. Les caractéristiques des TBI internes à l'Union au regard du principe de non-discrimination 8

III.3. La discrimination en raison de la disparité des normes de protection 12

III.4. La discrimination en raison de la procédure d'arbitrage 18

III.5. La comparabilité des situations et l'absence de justification objective d'une différence de traitement 19

III.6. L'impossibilité de supprimer la discrimination en étendant les droits résultant des TBI à tous les opérateurs économiques de l'Union 25

* Langue de procédure : l'allemand.

IV. PREMIÈRE QUESTION 28

V. DEUXIÈME QUESTION 30

VI. OBSERVATIONS FINALES 33

VII. PROPOSITION DE RÉPONSE 34

[Or. 3]

I. OBJET DU LITIGE ET QUESTIONS PRÉJUDICIELLES

1 La demande de décision préjudicielle dans l'affaire C-284/16 Achmea a été introduite devant la Cour de justice par une juridiction allemande (le Bundesgerichtshof, Cour fédérale de justice) dans le cadre de la procédure en instance auprès de cette cour tendant à l'annulation de la sentence d'un tribunal arbitral agissant en vertu de la clause compromissoire contenue dans un accord conclu entre la Tchécoslovaquie et les Pays-Bas en 1991 concernant la promotion et la protection réciproque des investissements (dans la suite des présentes observations, les accords de ce type seront appelés « TBI internes à l'Union », à la suite de l'appellation anglaise « *intra-EU bilateral investment treaties* »). La Slovaquie est devenue partie à cet accord en succédant à la Tchécoslovaquie. L'autre partie au différend est un groupe d'assurance néerlandais qui opérait en Slovaquie en tant qu'organisme d'assurance maladie.

2 Le tribunal arbitral a condamné la Slovaquie à indemniser cet investisseur pour le préjudice causé par une modification législative par la suite jugée contraire à la constitution slovaque. En réponse, la Slovaquie a introduit un recours en annulation de la sentence arbitrale, puis un pourvoi contre la décision de rejet dudit recours. Le motif d'annulation invoqué par la Slovaquie est la nullité (ou l'inapplicabilité) de la convention d'arbitrage pour incompatibilité avec le droit de l'Union.

3 La Slovaquie soutient que, depuis son adhésion à l'Union, la clause compromissoire contenue dans le TBI interne à l'Union viole le droit de l'Union, qui a primauté sur son territoire. En particulier, cette clause est incompatible avec le système juridictionnel dont les bases sont fixées aux articles 344 et 267 TFUE, et contraire au principe de non-discrimination énoncé à l'article 18, paragraphe 1, TFUE. La convention d'arbitrage conclue en vertu de cette clause est donc à tout le moins inapplicable si ce n'est nulle et la compétence du tribunal arbitral n'a pas pu être établie[1].

[1] – La manière dont la juridiction de renvoi rend compte de la position de la Slovaquie n'est pas claire, mais le fondement du grief formulé par la Slovaquie semble être l'article 1059, paragraphe 2, point 1, sous a), de la Zivilprozessordnung (code allemand de procédure

4 La juridiction de renvoi a émis des doutes quant à la compatibilité de la clause compromissoire contenue dans le TBI interne à l'Union avec les dispositions du traité FUE. Elle a observé à juste titre **[Or. 4]** que la Cour de justice ne s'était pas encore prononcée sur cette question. Dans ce contexte, la juridiction de renvoi a adressé à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

1) L'article 344 TFUE fait-il 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?

En cas de réponse négative à la première question :

2) L'article 267 TFUE fait-il obstacle à l'application d'une telle disposition ?

En cas de réponse négative à la première et à la deuxième question :

3) Dans les conditions décrites dans la première question, l'article 18, premier alinéa, TFUE fait-il obstacle à l'application d'une telle disposition?

II. OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

5 Avant de passer à l'analyse juridique, il paraît nécessaire de formuler quelques observations d'ordre général.

6 Premièrement, le problème de la compatibilité avec le droit de l'Union des TBI internes à l'Union est une question revêtant une grande importance pratique, particulièrement pour les nouveaux États membres. Le contexte historique semble important aux fins de l'appréciation des TBI internes à l'Union. Les pays d'Europe centrale et orientale ont essentiellement conclu des TBI à la fin de l'époque communiste ou pendant la période de transformation juridico-économique qui a immédiatement suivi la chute du régime communiste dans le but d'attirer les investissements étrangers. Le moyen d'atteindre cet objectif était l'octroi aux investisseurs de garanties matérielles et procédurales étendues. Un tel exemple de TBI conclu à l'époque communiste, c'est-à-dire dans

civile) qui utilise l'adjectif allemand « ungültig » (« nul »). L'équivalent polonais de cette disposition est l'article 1206, paragraphe 1, point 1, de l'ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (loi du 17 novembre 1964 sur le code de procédure civile, Dz. U. de 2014, position 101, telle que modifiée) qui dispose : « Une partie peut former un recours en annulation de la décision rendue par un tribunal arbitral dans l'hypothèse de l'absence de clause compromissoire ou de nullité, d'inapplicabilité ou d'expiration d'une telle clause en vertu du droit applicable ».

un tout autre contexte géopolitique, est l'accord conclu entre le gouvernement de la République populaire de Pologne et le gouvernement français concernant la promotion et la protection réciproque **[Or. 5]** des investissements signé à Paris le 14 février 1989[2]. Les TBI étaient donc conclus à une époque où les économies des pays d'Europe centrale et orientale étaient au bord de la faillite et où leurs systèmes juridiques différaient nettement des systèmes juridiques des pays d'Europe occidentale. Cette situation a néanmoins changé au cours des vingt-cinq dernières années durant lesquelles les pays d'Europe centrale et orientale ont réformé leurs systèmes juridico-économiques et, après une période de profonde transformation, sont entrées dans l'Union. À l'heure actuelle, les pays d'Europe centrale et orientale, bien qu'ils soient liés par le droit de l'Union depuis leur adhésion à l'UE, notamment par ses principes généraux tels que le principe de primauté de ce droit, sont confrontés à des demandes présentées par des investisseurs de l'Union sur la base de clauses de sauvegarde contenues dans des TBI qui sont des accords ne faisant pas partie de l'acquis communautaire et examinées par des tribunaux arbitraux ne faisant pas partie du système juridictionnel de l'Union.

7 Les demandes présentées par des investisseurs provenant de certains États membres et portant souvent sur des sommes colossales ont parfois pu retentir négativement sur le respect des critères de convergence (les « critères de Maastricht ») par les nouveaux États membres[3]. Ces demandes seraient souvent injustifiées si elles étaient examinées au regard du droit de l'Union[4]. Ces demandes sont parfois indirectement voire directement liées à la transposition de directives de l'Union par les États membres d'Europe centrale et orientale[5]. La situation actuelle entraîne donc un conflit entre les obligations juridiques internationales des États membres : d'une part les obligations découlant des TBI que les opérateurs économiques de l'Union font respecter en ayant recours à l'arbitrage international et, d'autre part, les obligations des États membres résultant du droit de l'Union. Néanmoins, la simple menace d'avoir à accorder des indemnisations élevées en vertu de TBI internes à l'Union peut perturber l'application du droit de l'Union dans les États membres contre lesquels de telles demandes d'indemnisation sont ou sont susceptibles d'être présentées.

8 Deuxièmement, le problème de la compatibilité avec le droit de l'Union des TBI internes à l'Union a été reconnu au niveau de l'Union, en particulier par la Commission. Celle-ci a engagé une procédure formelle concernant cinq États **[Or. 6]** membres (Autriche, Pays-Bas, Roumanie, Slovaquie et Suède), comme le

[2] – Dz. U. de 1990, n° 38, position 220.

[3] – La demande d'indemnisation la plus élevée dans l'histoire présentée contre la Pologne portait sur un montant d'environ 36 milliards de PLN (*Eureko B.V. contre République de Pologne*) et avait une incidence sur les critères de convergence.

[4] – Voir affaire *Eastern Sugar B.V. (Pays-Bas) contre République tchèque*, SCC n° 088/2004.

[5] – Voir affaire *Les Laboratoires Servier, S.A.A., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progrès S.A.S. contre République de Pologne*, PCA, UNCITRAL.

confirme le communiqué de presse du 18 juin 2015[6]. Dans ce communiqué, la Commission a déclaré :

« […] Beaucoup [d'accords bilatéraux d'investissement intra-UE] ont été conclus dans les années 1990, avant les élargissements de l'UE de 2004, 2007 et 2013. Ils ont principalement été conclus entre les pays qui étaient déjà membres de l'UE et les treize autres pays qui se préparaient à y adhérer. Ils visaient à rassurer les investisseurs privés désireux d'investir dans ces treize futurs États membres, à un moment où – parfois pour des raisons politiques historiques – ces investisseurs pouvaient éprouver une certaine défiance quant à la sécurité d'un investissement dans ces pays. Les ABI visaient ainsi à renforcer la protection des investisseurs, par exemple en prévoyant une indemnisation en cas d'expropriation et des procédures d'arbitrage pour le règlement des différends liés à un investissement.

Depuis l'élargissement, ces garanties 'supplémentaires' ne devraient plus être nécessaires, puisque tous les États membres sont soumis aux mêmes règles au sein du marché unique, y compris en matière d'investissements transfrontières (en particulier, la liberté d'établissement et la libre circulation des capitaux). Le droit de l'Union (qui interdit, par exemple, toute discrimination fondée sur la nationalité) garantit pareillement la même protection à tous les investisseurs. Par opposition, les ABI intra-UE confèrent des droits aux investisseurs de certains États membres uniquement, sur une base bilatérale. Or, conformément à la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, une telle discrimination fondée sur la nationalité est contraire au droit de l'Union.

Pour toutes ces raisons, la Commission a décidé d'inviter cinq États membres (Autriche, Pays-Bas, Roumanie, Slovaquie et Suède) à mettre fin aux ABI intra-UE conclus entre eux […] ».

9 Concernant la plupart des autres États membres, notamment la Pologne, la Commission a engagé des procédures informelles (EU-Pilot). La position des nouveaux États membres indiquant la nécessité de mettre fin à l'application des TBI internes à l'Union est connue (la Slovaquie a elle aussi exprimé cette position dans la présente procédure **[Or. 7]** introduite par l'investisseur néerlandais). Malheureusement, ce problème n'a pas encore été résolu de façon globale. En outre, il convient d'observer que le problème des TBI internes à l'Union n'est pas seulement perçu par les nouveaux États membres. L'Italie a mis un terme à une série d'accords de ce type (notamment avec la Pologne, la Hongrie, la République tchèque et la Slovaquie).

10 Pour cette raison, troisièmement, il semble que l'arrêt rendu en l'espèce, dans l'hypothèse, bien entendu, où la Cour jugerait que l'application des TBI internes à l'Union est contraire au traité FUE, pourrait constituer une aide précieuse aux fins de résoudre le problème. Pour que cette aide puisse être dûment exploitée, toute

[6] – Le communiqué est disponible à l'adresse suivante : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_fr.htm.

indication concernant les effets et les mesures d'exécution de l'arrêt qu'il plairait à la Cour d'y faire figurer seraient extrêmement utiles.

11 Dans les présentes observations, la Pologne abordera tout d'abord la troisième question. L'incompatibilité des TBI internes à l'Union (et en particulier des clauses compromissoires qui y sont contenues) avec le principe de non-discrimination, qui constitue l'un des principes fondamentaux de l'ordre juridique de l'Union, revêt une importance essentielle et constitue le cœur du problème. Les exemples de discrimination d'opérateurs économiques découlant de l'application de TBI internes à l'Union sont confirmés par la pratique. Ces cas de figure présentent parfois un caractère manifeste et leur condamnation au regard du droit de l'Union ne devrait pas faire de doute.

12 La réponse aux première et deuxième questions est moins évidente. Pour autant, selon la Pologne, il existe des arguments de poids au soutien de la thèse selon laquelle les clauses compromissoires contenues dans les TBI internes à l'Union sont également contraires aux articles 344 et 267 TFUE. La Pologne présentera ces arguments dans la suite des présentes observations.

III. TROISIÈME QUESTION

III.1. L'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité prévue par le droit de l'Union

13 L'article 18, premier alinéa, TFUE dispose que, 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. **[Or. 8]**

14 Le principe d'égalité est l'un des principes généraux du droit de l'Union. Il exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié[7].

15 L'interdiction de toute discrimination exercée en raison de la nationalité, prévue à l'article 18 TFUE, constitue une expression spécifique de ce principe général reflété dans de nombreuses dispositions du traité FUE et maintes fois confirmé dans la jurisprudence de la Cour[8].

[7] – Voir par exemple arrêts du 10 janvier 2006, IATA et ELFAA (C-344/04, EU:C:2006:10, point 95), et du 7 juillet 2009, S.P.C.M. e.a. (C-558/07, EU:C:2009:430, point 74).

[8] – Voir par exemple arrêts du 23 janvier 1997, Pastoors et Trans-Cap/Belgische Staat (C-29/95, EU:C:1997:28, point 14), et du 27 octobre 2009, ČEZ (C-115/08, EU:C:2009:660, point 89 et jurisprudence citée).

16 S'agissant de l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité, constitue un critère de discrimination non seulement la nationalité d'une personne physique, mais aussi le siège (le lieu d'immatriculation) d'une personne morale[9].

17 Le principe de non-discrimination en raison de la nationalité consacré à l'article 18 TFUE prohibe non seulement les discriminations directes, fondées sur la nationalité, mais encore toutes les formes indirectes de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat[10].

18 Quatre éléments qui semblent importants aux fins des développements qui suivent méritent d'ores et déjà d'être soulignés.

19 Premièrement, l'article 18 TFUE interdit toute discrimination « dans le domaine d'application des traités ». Ce domaine d'application fait l'objet, dans la jurisprudence de la Cour, d'une interprétation large. La Cour retient qu'il couvre non seulement l'ensemble des règles positives du droit de l'Union, mais aussi les contextes factuels qui « ne présentent pas de lien avec le droit de l'Union [11] ». Ce qui est importe est que la mesure ait une incidence sur les libertés fondamentales garanties par le droit de l'Union[12], et il peut s'agir de dispositions qui, **[Or. 9]** sans concerner directement l'exercice des libertés fondamentales, ont pour effet de restreindre, même de façon indirecte, l'exercice de ces libertés[13].

20 Deuxièmement, l'article 18 TFUE n'a vocation à s'appliquer de manière autonome que dans des situations régies par le droit de l'Union pour lesquelles le traité FUE ne prévoit pas de règles spécifiques de non-discrimination. Les dispositions du traité FUE relatives aux libertés garanties par le traité prévoient notamment l'interdiction de toute discrimination qui prévaut sur l'application de l'article 18 TFUE[14]. Par conséquent, dans les situations qui relèvent du domaine des libertés fondamentales, l'existence d'une discrimination doit être appréciée sur la base des dispositions relatives à ces libertés (en tant que dispositions spécifiques), et non pas sur la base de l'article 18, paragraphe 1, TFUE. Dans le contexte de la présente affaire, il convient de noter que la norme de protection des investisseurs fixée dans les TBI internes à l'Union relève tout au moins en partie

[9] – Voir arrêt du 27 octobre 2009, ČEZ (C-115/08, EU:C:2009:660, point 92 et jurisprudence citée).

[10] – Voir arrêt du 4 octobre 2012, Commission/Autriche (C-75/11, EU:C:2012:605, point 49 et jurisprudence citée).

[11] – Wróbel A., Komentarz do Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej [Commentaire du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne], *Wolters Kluwer Polska*, Varsovie 2012.

[12] – Voir arrêt du 20 mars 1997, Hayes/Kronenberger (C-323/95, EU:C:1997:169, point 17).

[13] – Voir arrêt du 2 octobre 1997, Saldanha et MTS Securities Corporation/Hiross (C-122/96, EU:C:1997:458, point [21] et jurisprudence citée).

[14] – Voir, par exemple, arrêts du 10 février 2011, Missionswerk Werner Heukelbach (C-25/10, EU:C:2011:65, points 18 et 19), et du 29 octobre 2015, Nagy (C-583/14, EU:C:2015:737, point 24).

du domaine de la liberté d'établissement (article 49 TFUE) et de la libre circulation des capitaux (article 63 TFUE).

21 Troisièmement, l'article 18 TFUE interdit non seulement toute discrimination réelle, mais aussi potentielle, c'est-à-dire une discrimination qui n'a pas encore eu lieu, mais qui est susceptible de survenir du fait de la réglementation applicable ou des pratiques nationales en vigueur[15].

22 Quatrièmement, l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité prévue à l'article 18 TFUE s'étend non seulement aux règles matérielles, mais aussi procédurales[16]. La discrimination peut donc consister à prévoir des voies de recours ou des facilités procédurales dont seules peuvent bénéficier les entités établies dans certains États membres.

23 Les observations qui précèdent conduisent à conclure que l'article 18 TFUE (et en premier lieu les dispositions spécifiques du traité FUE relatives aux libertés garanties par les traités) interdit toute discrimination directe ou indirecte, réelle ou potentielle, au niveau des règles matérielles ou procédurales, en raison de la nationalité, dans toutes les situations présentant un lien avec le droit de l'Union et notamment lorsqu'elle est susceptible d'avoir une influence, même indirecte, sur l'exercice des libertés garanties par le droit de l'Union. **[Or. 10]**

24 La troisième question posée par la juridiction de renvoi doit être examinée dans ce contexte.

25 La troisième question concerne l'appréciation de la compatibilité avec l'article 18 TFUE d'un seul élément (quoiqu'assurément le plus problématique) des TBI internes à l'Union qu'est la clause compromissoire. Il convient d'approuver la position de la juridiction de renvoi selon laquelle la clause compromissoire n'est pas indissociable des règles de fond du TBI interne à l'Union. Néanmoins, même si on peut imaginer qu'un TBI interne à l'Union fonctionne sans clause compromissoire, l'existence de liens entre cette clause et les règles de fond ne fait pas de doute. Pour cette raison, et du fait de l'importance de la question posée, il semble justifié d'élargir quelque peu le regard sur les TBI internes à l'Union et de les examiner à l'aune de l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité prévue par le droit de l'Union.

III.2. Les caractéristiques des TBI internes à l'Union au regard du principe de non-discrimination

26 Les TBI sont un sous-produit des tentatives avortées de créer un accord d'investissement multilatéral international[17]. Les TBI internes à l'Union sont

[15] – Voir arrêt du 5 novembre 2002, Commission/Belgique (C-471/98, EU:C:2002:628, points 141 à 143).

[16] – Voir, par exemple, arrêt du 27 mars 2014, Grauel Rüffer (C-322/13, EU:C:2014:189).

[17] – Anderer C.E., Bilateral Investment Treaties and the EU Legal Order: Implications of the Lisbon Treaty [Les accords bilatéraux d'investissement et l'ordre juridique de l'Union: les

parfois désignés comme étant des sous-produits de l'élargissement de l'Union[18]. Comme indiqué en introduction, ils ont principalement été conclus dans les années 1980 ou 1990, peu de temps avant ou peu de temps après la chute du régime communiste, entre les pays d'Europe centrale et orientale (qui souhaitaient alors attirer les investissements étrangers) et les États membres de l'époque (qui étaient exportateurs d'investissements et recherchaient la protection de leurs investisseurs). Avec la fin du processus de transition et l'adhésion des pays d'Europe centrale et orientale à l'Union, ces accords ont perdu leur raison d'être. Ils sont en réalité un sous-produit de l'élargissement de l'Union à deux titres. Premièrement, avec l'élargissement, ils sont devenus des accords internes à l'Union, générant toute une série de problèmes dans leurs relations avec le droit de l'Union. Deuxièmement, avec l'élargissement, l'objectif précédemment poursuivi par la conclusion de ces accords qui, à compter de cette date, ne pouvait plus être efficacement réalisé, a disparu. **[Or. 11]**

27 Dans le même temps, il convient de souligner que la genèse historique ne permet pas de dresser un tableau complet du « réseau des TBI internes à l'Union ». Si les TBI lient dans la majorité des cas d'anciens États membres à de nouveaux États membres (autrement dit des États qui sont exportateurs d'investissements à des États destinataires d'investissements), dans un plus petit nombre de cas, ces accords n'existent qu'entre anciens États membres ou entre nouveaux États membres[19].

28 La protection matérielle des investisseurs est assurée par une série de clauses types contenues dans les TBI internes à l'Union. Toutefois, ces clauses peuvent diverger sur des points de détail d'un TBI à l'autre.

29 La clause du traitement national instaure l'obligation de traiter les investisseurs provenant d'un État partie à l'accord sur le territoire de l'autre État partie dans les mêmes conditions que celles prévues pour les ressortissants dudit État. La clause de la nation la plus favorisée prévoit l'obligation d'accorder aux investisseurs provenant d'un État partie à l'accord des droits à tout le moins égaux à ceux qui ont été accordés aux investisseurs issus d'un quelconque autre État. La clause du traitement juste et équitable vise à protéger les attentes légitimes d'un investisseur concernant les mesures qui seront ou ne seront pas prises par l'État d'accueil à l'égard des investissements réalisés. La clause du traitement juste et équitable protège également les investisseurs contre les irrégularités dans la justice nationale

conséquences du traité de Lisbonne] 35 Brook. J. Int'l L. (2010), http://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol35/iss3/9.

18 – Dahlquist J., Lenk H., Rönnelid L., The infringement proceedings over intra-EU investment treaties – an analysis of the case against Sweden [Les procédures d'infraction suite aux accords d'investissement internes à l'Union – une analyse de la procédure engagée à l'encontre de la Suède] *Swedish Institute for European Policy Studies*, février 2016, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2749153.

19 – À simple titre d'exemple, on peut indiquer qu'il n'existe pas à l'heure actuelle de TBI liant les Pays-Bas et l'Autriche, ou de TBI conclu par exemple entre la Pologne et Malte.

et contre un traitement arbitraire et discriminatoire fondé sur d'autres critères que la nationalité.

30 Les TBI constituent aussi pour les investisseurs étrangers une source de protection contre l'expropriation en interdisant l'expropriation des investisseurs ayant réalisé des investissements dans les États parties à l'accord, à moins que l'expropriation poursuive un objectif d'intérêt public et soit assortie d'une indemnisation équitable qui doit correspondre à la valeur des investissements faisant l'objet de l'expropriation et qui doit être versée sans délai après l'expropriation. L'État ayant procédé à l'expropriation doit également garantir à l'investisseur la possibilité réelle d'exploiter et de transférer l'indemnisation reçue hors de son territoire. **[Or. 12]**

31 En outre, les TBI accordent souvent aux investisseurs la protection du transfert des revenus des investissements. Cette protection consiste à garantir aux investisseurs le libre transfert des paiements liés à un investissement, à la fois pendant la période de réalisation de celui-ci et après sa finalisation, notamment, le plus souvent, des intérêts, dividendes, bénéfices et autres recettes courantes, des remboursements de prêts, des sommes destinées à couvrir les coûts liés à la gestion de l'investissement et des produits des ventes ou de la liquidation partielle ou totale du produit de l'investissement[20].

32 Les règles de fond susmentionnées des TBI internes à l'Union sont complétées par une clause compromissoire. Celle-ci permet à un investisseur de soumettre un différend avec l'État de réalisation de l'investissement à un tribunal arbitral international. Le terme « complétées » ne rend peut-être pas tout à fait compte de la signification de cette clause qui constitue l'un des avantages les plus importants que les investisseurs protégés par les TBI internes à l'Union tirent de ces accords.

33 Ces clauses (ainsi que d'autres plus rarement présentes) caractérisent la norme de protection des investisseurs en vertu du TBI interne à l'Union.

34 Il ne fait pas de doute que les clauses précitées des TBI internes à l'Union s'ajoutent aux dispositions du traité FUE, en particulier à celles qui concernent les libertés fondamentales et les principes généraux du droit de l'Union tels que le principe de protection de la confiance légitime et le principe de protection de la propriété. La situation d'un investisseur opérant dans un autre État membre relève indubitablement du champ d'application du traité FUE et de l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité prévue par le droit de l'Union. Un investisseur protégé en vertu d'un TBI de l'Union est en même temps un opérateur économique bénéficiant de la liberté d'établissement, de la libre prestation de services ou de la libre circulation des capitaux garanties par le traité FUE. Cependant, un investisseur protégé en vertu d'un TBI de l'Union peut aussi se trouver en concurrence avec un opérateur économique qui ne bénéficie pas de

[20] – Dobosz M, Ochrona polskich inwestycji za granicą [La protection des investissements polonais à l'étranger], http://eksport.pl/2016/04/13/ochrona-polskichinwestycji-granica/.

la protection conférée par un TBI, mais qui a droit à l'égalité de traitement au regard du droit de l'Union.

35 En principe, le droit de l'Union n'interdit pas aux États membres d'adopter une norme de protection des opérateurs économiques (y compris des investisseurs) plus élevée que celle qui résulte du traité FUE, sous réserve que cette norme plus élevée soit instaurée et appliquée dans le respect du principe de non-discrimination en raison de la nationalité. **[Or. 13]**

36 Cette exigence n'est évidemment pas remplie dans le cas des TBI internes à l'Union qui, par nature, ne garantissent une protection qu'aux investisseurs issus des États parties à un TBI donné, à l'exclusion des investisseurs issus des autres États membres. Le simple fait que les TBI internes à l'Union ne lient pas l'ensemble des États membres entre eux est déjà susceptible de conduire à ce que des opérateurs économiques (des investisseurs) se trouvant en concurrence les uns avec les autres bénéficient d'un panel de droits et de garanties différent dans leurs relations avec l'État accueillant les investissements. En effet, il ne fait pas de doute, pour les raisons qui seront développées dans la suite des présentes observations, que la norme (le niveau, l'intensité) de protection des investisseurs découlant d'un TBI interne à l'Union ne coïncide pas nécessairement et ne coïncidera assurément pas dans tous les cas avec la norme de protection bénéficiant aux opérateurs économiques en vertu du droit de l'Union.

37 En outre, la norme de protection et ses mécanismes de mise en œuvre prévus dans les TBI peuvent différer d'un accord à l'autre. Ces différences peuvent concerner y compris des questions aussi essentielles que la définition de l'« investisseur » et le champ d'application matériel de la clause compromissoire (par exemple la clause contenue dans l'accord conclu entre le gouvernement de la République populaire de Pologne et le gouvernement français concernant la promotion et la protection réciproque des investissements prévoit que la compétence du tribunal arbitral est limitée aux cas d'expropriation alors que la clause contenue dans un accord similaire conclu entre le gouvernement polonais et le gouvernement finlandais ne contient aucune limitation de ce type). Ajoutons que les sentences arbitrales sont souvent contradictoires et on obtient une esquisse à peu près complète du problème.

38 On aboutit donc à la question posée et, en fin de compte, résolue par la juridiction de renvoi, c'est-à-dire à la question de savoir si la clause compromissoire contenue dans un TBI interne à l'Union est compatible avec l'article 18 TFUE. En fin de compte, la juridiction de renvoi reconnaît que, dans cette hypothèse, on est en présence d'une discrimination en raison de la nationalité interdite au regard du droit de l'Union. Cependant, se pose la question du fondement de cette discrimination. S'agit-il d'un fondement purement procédural (ce que semble suggérer la juridiction de renvoi) qui équivaudrait tout simplement à l'impossibilité pour les investisseurs non protégés en vertu du TBI de bénéficier de certaines facilités procédurales (impossibilité de choisir entre une juridiction de

droit commun et un tribunal arbitral), ou le fondement **[Or. 14]** de cette discrimination puise-t-il sa source dans des règles de fond? Dans cette perspective, le problème serait que les tribunaux arbitraux (auxquels n'ont accès que certains investisseurs) appliquent une autre norme de protection (parfois plus élevée) que la norme appliquée par les juridictions liées par le droit de l'Union.

39 Selon la Pologne, la discrimination qui résulte des clauses compromissoires contenues dans les TBI de l'Union repose sur des raisons purement procédurales, mais aussi, et peut-être même avant tout, sur des raisons de fond.

III.3. La discrimination en raison de la disparité des normes de protection

40 Il est utile de poursuivre l'analyse en rappelant quelques affaires emblématiques portées devant les tribunaux arbitraux qui illustrent bien le problème de la discrimination liée à la disparité des normes de protection résultant des TBI internes à l'Union et du droit de l'Union.

41 Dans l'affaire Eastern Sugar B.V. (Pays-Bas) contre République tchèque[21], la procédure d'arbitrage a été ouverte par un investisseur néerlandais qui a soulevé le moyen tiré de la violation de la clause du traitement juste et équitable dans le TBI conclu entre les Pays-Bas et la Tchécoslovaquie (il s'agissait donc du TBI en cause en l'espèce). La violation de cette clause était censée découler de l'instauration par les autorités tchèques d'une règlementation des prix. La République tchèque a toutefois indiqué que l'instauration de cette règlementation constituait une exigence imposée par le droit de l'Union, en particulier par l'article 18 TFUE. La République tchèque a également déclaré, en invoquant une lettre de la Commission, que ses obligations au titre du TBI avaient été remplacées, à la suite de son adhésion à l'Union, par des obligations découlant du droit de l'Union. En conséquence, la République tchèque a soulevé le moyen tiré de l'incompétence du tribunal arbitral.

42 Le tribunal arbitral n'a pas partagé l'avis de la République tchèque. Il a estimé que l'une des réglementations en cause violait effectivement la clause du traitement juste et équitable et que l'article 18 TFUE ne justifiait pas la violation de cette clause. Le tribunal arbitral a observé que le TBI n'avait pas été explicitement abrogé par le traité d'adhésion de la République tchèque à l'Union européenne de sorte que rien ne justifiait de refuser l'application du TBI au regard de l'article 59 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Dans ce contexte, **[Or. 15]** le tribunal arbitral a jugé que le champ d'application matériel du TBI et des traités de l'Union n'est pas exactement le même, car les traités ne contiennent pas de dispositions qui sont l'exact équivalent des garanties fondamentales prévues dans le TBI et résultant de la clause du traitement juste et équitable, de la clause de protection contre l'expropriation et surtout de la clause compromissoire.

[21] – SCC n° 088/2004, sentence du 27 mars 2007 disponible à l'adresse : http://www.iisd.org/pdf/2007/itn_eastern_sugar.pdf.

43 Concernant la question de la violation de l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité prévue par le droit de l'Union, le tribunal arbitral a déclaré, au point 170 de la sentence dans l'affaire Eastern Sugar B.V. (Pays-Bas) contre République tchèque, que :

« *Si le TBI accorde aux Pays-Bas et aux investisseurs néerlandais des droits qu'il n'accorde pas aux autres États membres et à leurs investisseurs, il appartiendra à ces États et à ces investisseurs de revendiquer l'égalité de leurs droits. Toutefois, le fait que ces droits soient inégaux ne les rend pas incompatibles* » [traduction libre].

44 Dans l'affaire Eureko B.V. contre Slovaquie[22], un investisseur néerlandais a également ouvert une procédure d'arbitrage contre la Slovaquie en vertu du TBI conclu entre les Pays-Bas et la Tchécoslovaquie. L'investisseur qui opérait dans le secteur des assurances a fait valoir que la Slovaquie l'avait indirectement exproprié du produit de ses investissements et violé la clause du traitement juste et équitable. De son côté, la Slovaquie a déclaré que les dispositions du TBI étaient contraires au droit de l'Union et ne pouvaient être appliquées et elle a soulevé le moyen tiré de l'incompétence du tribunal arbitral.

45 Dans cette affaire également, le tribunal arbitral a rejeté les griefs de la Slovaquie. Dans sa sentence du 26 octobre 2010, le tribunal arbitral a déclaré que le TBI et le traité FUE n'ont pas le même champ d'application matériel. En particulier, la norme de protection résultant de la clause du traitement juste et équitable n'a jusqu'à présent pas été définie en droit de l'Union et la protection contre l'expropriation garantie par le TBI n'est pas couverte par la liberté d'établissement prévue par le droit de l'Union.

46 Le tribunal arbitral a ensuite déclaré (aux points 266 et 267 de la sentence précitée) :

« *La conséquence est que, dans certains cas, les investisseurs protégés par le TBI peuvent avoir des droits plus étendus que ceux que confèrent les dispositions de fond du droit de l'Union aux investisseurs provenant d'(autres) États membres. Accorder une telle protection étendue à ces investisseurs sans* **[Or. 16]** *l'accorder aux investisseurs provenant d'autres États membres peut entraîner une violation des interdictions de toute discrimination prévues par le droit de l'Union. Toutefois, ce n'est pas une raison pour supprimer les droits plus étendus du requérant découlant du TBI. Qui plus est, c'est d'autant moins une raison pour considérer le consentement des parties à cette procédure d'arbitrage comme étant invalide ou inefficace, en particulier lorsque la première étape de ce consentement est antérieure au traité pertinent de l'Union, que la deuxième étape*

[22] – PCA Affaire n° 2008-13. Il s'agit de l'affaire sur laquelle porte la présente procédure (actuellement Achmea BV contre Slovaquie). La sentence du 26 octobre 2010 est disponible à l'adresse : http://www.italaw.com/documents/EurekovSlovakRepublicAwardonJurisdiction.pdf.

est antérieure au traité de Lisbonne et que le requérant est un investisseur de l'Union.

En outre, il n'y a pas de raison légale ou pratique qui empêcherait un État membre d'accorder des droits équivalents à ceux qu'il s'est engagé à accorder aux investisseurs provenant des États partenaires avec lesquels il a conclu un traité bilatéral d'investissement interne à l'Union aux investisseurs de tous les autres États membres, voire aux investisseurs provenant de pays qui ne sont pas membres de l'Union. Ce n'est certainement pas à un tribunal arbitral de supprimer des droits conférés par un traité valide afin d'éviter qu'un État partie puisse un jour décider d'appliquer le traité d'une manière susceptible de porter atteinte aux obligations qui pèsent sur lui en vertu d'un ou de plusieurs traités postérieurs » [traduction libre].

47 Dans l'affaire Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. et S.C. Multipack S.R.L. contre Roumanie[23], les requérants étaient des investisseurs suédois ayant réalisé des investissements dans le secteur alimentaire dans des régions roumaines peu développées. Les avantages octroyés à ces investisseurs ont ensuite été supprimés par la Roumanie après son adhésion à l'Union afin de mettre sa législation en conformité avec les obligations découlant de sa qualité d'État membre. Les investisseurs ont fait valoir que la Roumanie avait ainsi enfreint les garanties découlant du TBI concernant la protection des attentes légitimes et la protection contre l'expropriation. De son côté, la Roumanie a indiqué que la suppression des avantages était nécessaire, car ils constituaient une aide publique illégale au regard du traité FUE.

48 Dans sa sentence du 11 décembre 2013, le tribunal arbitral a estimé que les mesures prises par la Roumanie étaient justifiées au regard du droit de l'Union. Cependant, cela n'a pas empêché ce tribunal de constater la violation par la Roumanie des garanties de protection des investisseurs résultant du TBI. Aux points 825 et 827 de la sentence précitée, le tribunal arbitral a en effet déclaré : **[Or. 17]**

« *Pour les raisons susmentionnées, le tribunal constate qu'à une exception près, la Roumanie n'a pas agi de manière déraisonnable. La décision de la Roumanie de supprimer les avantages était raisonnablement adaptée à la poursuite d'une politique rationnelle (à savoir l'adhésion à l'Union) et il existait une corrélation appropriée entre cet objectif et la mesure adoptée pour l'atteindre […] Même si la Roumanie aurait pu faire davantage pour maintenir les avantages, son défaut de négociation de périodes transitoires ou d'indemnisations n'était pas arbitraire, mais il apparaît justifiée au regard des circonstances spécifiques des négociations d'adhésion.*

[23] – ICSID Affaire n° ARB/05/20. La sentence du 11 décembre 2013 est disponible à l'adresse : http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3036.pdf. Il convient de noter que cette affaire fait elle aussi l'objet d'une procédure devant les juridictions de l'Union.

En d'autres termes, […] la suppression des avantages par la Roumanie constituait une mesure raisonnable au profit d'une politique rationnelle. Cela étant, cette conclusion n'empêche pas le tribunal de déclarer […] que la Roumanie a porté atteinte à la confiance légitime des requérants quant à l'existence des avantages jusqu'au 1er avril 2009. En conséquence, les mesures prises par la Roumanie, bien qu'elles soient pour la plupart adéquatement et strictement adaptées à la poursuite d'une politique rationnelle, étaient injustes ou inéquitables à l'égard des requérants » [traduction libre].

49 Les affaires précitées ne constituent que quelques exemples, mais des exemples manifestes, de violations de l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité résultant de l'application de clauses compromissoires contenues dans des TBI internes à l'Union.

50 La discrimination résulte avant tout de l'application de dispositions matérielles distinctes par les juridictions de droit commun et par les tribunaux arbitraux. Comme cela a déjà été indiqué, ces ensembles de règles ne coïncident que partiellement. Les juridictions de droit commun appliquent le droit de l'Union qui constitue un système juridique complexe (l'acquis communautaire). Les tribunaux arbitraux appliquent les dispositions d'un accord international précis, le TBI interne à l'Union. Lorsqu'un TBI donné ne renvoie pas au droit national de l'État accueillant les investissements (ce qui impliquerait aussi le renvoi au droit de l'Union liant cet État), le droit de l'Union est uniquement considéré comme le contexte factuel de l'examen[24]. Toutefois, de nombreux TBI ne renvoient pas au droit national (ni international) ou ne le font qu'à titre subsidiaire. Il s'ensuit qu'en vertu **[Or. 18]** de certains TBI, le droit de l'Union peut même avoir, dans le cadre du règlement d'un litige, une signification moins importante que des déclarations privées ou des promesses publiques faites à un investisseur par les autorités du pays accueillant ses investissements.

51 Il en résulte que même des garanties qui, au premier abord, semblent coïncider, peuvent avoir un contenu normatif différent en vertu du droit de l'Union et en vertu des différents TBI.

[24] – Par exemple, dans la sentence du 25 novembre 2015 dans l'affaire Electrabel S.A. conte Hongrie, ICSID n° ARB/07/19 (sentence disponible à l'adresse : http://www.italaw.com/sites/default/files/casedocuments/italaw4495.pdf), le tribunal arbitral a déclaré (aux points 4.127 et 4.195) ce qui suit : « *Le droit de l'Union comme fait: Selon le tribunal, lorsqu'il n'est pas appliqué en tant que réglementation internationale en vertu du traité sur la Charte de l'énergie, le droit de l'Union doit en tout état de cause être considéré comme faisant partie de l'ordre juridique national du défendeur, c'est-à-dire être considéré comme un 'fait' devant le tribunal international de céans. Le tribunal conclut par ailleurs que le droit de l'Union (non limité aux traités de l'Union) fait partie des règles et principes du droit international applicables aux différends opposant les parties en vertu de l'article 26, paragraphe 6, du traité sur la Charte de l'énergie. En outre, le droit de l'Union, en tant que partie du droit national du défendeur, doit également être pris en considération comme un fait pertinent dans le cadre du différend opposant les parties* » [traduction libre].

52 Une telle situation a lieu par exemple concernant la garantie relative à la protection de la propriété. En principe, les TBI prévoient une protection contre l'expropriation, et, dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux, cette protection est souvent interprétée largement, englobant aussi l'expropriation indirecte. Selon une jurisprudence constante de la Cour, le droit de propriété fait partie des principes généraux du droit de l'Union. Ce principe n'apparaît toutefois pas comme une prérogative absolue, mais doit être pris en considération par rapport à sa fonction dans la société. Par conséquent, des restrictions peuvent être apportées à l'usage du droit de propriété, à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même du droit ainsi garanti[25]. Eu égard à la nécessité de poursuivre divers objectifs (tels que la protection de la santé, de l'environnement, de la sécurité routière), le droit de l'Union autorise des restrictions assez importantes du droit de propriété, à condition qu'elles ne portent pas atteinte à la substance même de ce droit. Le TBI, dont le seul objectif est la protection des investissements (c'est-à-dire de la propriété de l'investisseur) ne connaît pas de semblables restrictions, même si, de manière générale, il autorise (en échange d'une compensation) l'expropriation d'un investisseur dans l'intérêt général. La diversité des objectifs acceptés par le droit de l'Union d'une part et, d'autre part, l'objectif unique du TBI entraînent (peuvent entraîner) l'application de normes de protection de la propriété différentes dans les deux cas.

53 Il existe également des cas de garanties qui se sont développées dans le cadre des TBI comme un instrument adapté aux fins de la poursuite de l'objectif précité de ces traités, mais qui ne se sont pas développées de la même manière dans le cadre du droit de l'Union. On a par exemple affaire à cette situation en ce qui concerne la clause du traitement juste et équitable qui ne connaît pas d'équivalent exact en droit de l'Union. Dans une certaine **[Or. 19]** mesure, dans le cadre du droit de l'Union, on pourrait dans un tel cas se référer aux principes généraux de ce droit, tels que le principe de protection de la confiance légitime, ainsi qu'aux libertés fondamentales du marché intérieur, telles que la liberté d'établissement. Cependant, on peut difficilement considérer que la norme de protection soit identique dans les deux cas.

54 Il résulte de la jurisprudence de la Cour que la possibilité de se prévaloir du principe de protection de la confiance légitime est ouverte à tout opérateur économique dans le chef duquel une institution a fait naître des espérances fondées. Toutefois, si le principe de protection de la confiance légitime s'inscrit parmi les principes fondamentaux de l'Union, les opérateurs économiques ne sont pas justifiés à placer leur confiance légitime dans le maintien d'une situation existante qui peut être modifiée dans le cadre du pouvoir d'appréciation des

[25] – Par exemple arrêt du 3 septembre 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission (C-402/05 P et C-415/05 P, EU:C:2008:461, point 355).

institutions de l'Union, et cela spécialement dans un domaine dont l'objet comporte une constante adaptation en fonction des variations de la situation économique[26].

55 Du fait de sa complexité et de la diversité de ses objectifs, le droit de l'Union autorise l'adoption de dispositions (par exemple dans le domaine de la protection de l'environnement ou de la protection des consommateurs) qui peuvent modifier d'une manière inattendue et défavorable aux opérateurs économiques le cadre réglementaire dans lequel ils exercent leur activité. De telles dispositions ne peuvent être utilement contestées en vertu du droit de l'Union au titre de la violation du principe de protection de la confiance légitime. Dans le même temps, en vertu d'un TBI interne à l'Union comme acte unidimensionnel visant la protection des investisseurs, de telles modifications pourraient être utilement contestées, au titre de leur étendue ou de la manière dont elles ont été instaurées, comme portant atteinte à la clause du traitement juste et équitable.

56 Pour ce qui est de la liberté d'établissement prévue par le droit de l'Union, l'article 52 TFUE permet aux États membres d'instaurer des restrictions justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. En outre, lorsque les dispositions nationales ne revêtent pas un caractère discriminatoire, la Cour de justice permet également d'invoquer des exigences impératives, dont le catalogue est constamment développé par la jurisprudence (par exemple la protection des travailleurs, des consommateurs et des destinataires de services, les objectifs de la politique sociale et culturelle, la lutte contre la fraude). Les clauses du traitement juste et équitable contenues dans les TBI ne prévoient pas de telles restrictions. Même si les tribunaux arbitraux acceptent parfois **[Or. 20]** l'application de restrictions pour des raisons tenant à l'ordre public, dans ce domaine également il serait difficile de parler d'équivalence entre les normes résultant du droit de l'Union et celles qui découlent des TBI.

57 Il existe enfin des cas de garantie qui semblent manifestement contraires au droit de l'Union. Par exemple, la protection inconditionnelle du transfert des revenus des investissements prévue dans les TBI porte atteinte à la compétence du Parlement et du Conseil pour imposer des restrictions aux mouvements de capitaux et aux paiements résultant de l'article 75, premier alinéa, TFUE[27]. Même si les institutions de l'Union n'exercent pas cette compétence, la contradiction précitée conduit à une discrimination potentielle des investisseurs provenant des États qui ne sont pas partie au TBI.

[26] – Par exemple arrêt du 26 juin 2012, Pologne/Commission (C-335/09 P, EU:C:2012:385, point 180).

[27] – Concernant le transfert des paiements, 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).

58 Le droit de l'Union peut également exclure la possibilité pour les États membres d'honorer certaines garanties accordées aux investisseurs et protégées en vertu de TBI internes à l'Union. On peut notamment avoir affaire à de tels cas lorsque les garanties accordées relèvent du champ d'application du droit de la concurrence de l'Union, notamment (comme dans l'affaire Micula précitée) du domaine des aides d'État.

III.4. La discrimination en raison de la procédure d'arbitrage

59 La discrimination en raison de la procédure d'arbitrage a une double dimension.

60 La première dimension, la plus manifeste, résulte de la limitation de l'accès à la procédure d'arbitrage. En effet, elle n'est ouverte qu'aux investisseurs provenant des pays qui sont parties aux TBI internes à l'Union.

61 Par conséquent, seuls ces investisseurs ont le choix quant à la manière de faire valoir leurs droits (devant une juridiction de droit commun ou devant un tribunal arbitral) tandis que les autres investisseurs ne peuvent faire valoir leurs droits que devant les juridictions de droit commun.

62 La discrimination existe indépendamment du fait de savoir si, dans un cas donné, un investisseur provenant d'un État partie à un TBI de l'Union a décidé d'utiliser la procédure d'arbitrage. Il suffit qu'il ait eu un choix dont sont privés les autres investisseurs se trouvant dans la même situation.

63 La procédure d'arbitrage offre en outre aux investisseurs une série d'avantages par rapport à une procédure intentée devant une juridiction de droit commun. **[Or. 21]**

64 L'avantage de la procédure d'arbitrage du point de vue de l'investisseur est qu'elle a lieu devant une autre instance qu'une juridiction de droit commun. L'absence des voies de recours ordinaires permet aux sentences arbitrales d'être exécutées un peu plus facilement que les décisions judiciaires et l'immunité d'exécution traditionnelle de l'État peut en pratique être relativisée par le forum shopping. Simultanément, la révision au fond des sentences arbitrales est limitée. La procédure d'arbitrage permet le règlement du différend dans la langue choisie par l'investisseur (par exemple en anglais) et non pas dans la langue officielle de l'État accueillant les investissements. Elle permet également le règlement de l'affaire par un arbitre choisi par les parties, dont les compétences sont connues par les parties et dont le choix repose précisément sur la renommée professionnelle de l'arbitre. Les arbitres peuvent être choisis en fonction de l'affaire selon leur spécialisation et leur expérience ou être sélectionnés sur la base d'opinions exprimées. Un autre avantage est la possibilité de choisir la juridiction compétente et les principes qui seront mis en œuvre dans le cadre de la procédure.

65 La deuxième dimension de la discrimination résulte de la nature particulière de la procédure arbitrale liée à un investissement.

66 Cette procédure se fonde sur des arbitres provenant du secteur privé effectuant souvent leurs obligations à temps partiel (voire dans certains cas à simple titre occasionnel, incident). Simultanément, cette procédure donne aux arbitres une très large marge d'appréciation. Les décisions reposent sur les clauses générales des TBI qui peuvent être assez librement interprétées. La procédure d'arbitrage est en principe à instance unique de sorte que les sentences ne sont pas révisées au fond par une autre instance (révision concernant l'exactitude des constatations factuelles et l'exactitude de l'interprétation et de l'application du droit). La révision de ces sentences par les juridictions de droit commun au stade du recours en exécution forcée est ici peu fiable et assurément insuffisante (il en sera question de manière plus détaillée dans la suite des présentes observations concernant la deuxième question). Les sentences arbitrales n'ont pas un caractère préjudiciel, elles ne sont donc pas contraignantes et peuvent ne pas du tout être prises en compte lors du règlement postérieur d'affaires similaires. Compte tenu de l'absence de révision par une instance, il n'existe aucune autorité qui pourrait donner une direction et unifier la jurisprudence arbitrale en matière d'investissements[28]. **[Or. 22]**

67 Il s'ensuit que, concernant la jurisprudence arbitrale en matière d'investissements, on n'a pas affaire à un système unifié que l'on pourrait tenter d'inscrire dans le cadre du système du droit de l'Union. La jurisprudence arbitrale est plutôt marquée par une confusion susceptible d'entraîner des conflits difficilement prévisibles avec le système du droit de l'Union. En réalité, le principe de non-discrimination est enfreint non seulement du fait de la possibilité de choisir deux voies de recours concurrentes (devant les juridictions appliquant le droit de l'Union ou devant les tribunaux arbitraux mettant en œuvre les TBI internes à l'Union). Le principe de non-discrimination est également violé dans le cadre de la jurisprudence arbitrale elle-même, en raison de l'incohérence et de l'imprévisibilité des sentences arbitrales ainsi que du manque d'instruments juridiques (tels que, notamment, la révision au fond par une instance) qui permettrait de corriger les erreurs et donnerait une certaine cohérence à cette jurisprudence.

III.5. La comparabilité des situations et l'absence de justification objective d'une différence de traitement

68 Aux points [73 et 74] de l'ordonnance de renvoi, la juridiction de renvoi a observé que, selon la jurisprudence de la Cour, l'avantage prévu par une convention bilatérale n'est considéré comme étant discriminatoire à l'égard des ressortissants des États membres que lorsqu'il ne fait pas partie intégrante de l'accord et contribue à son équilibre général. Dans ce contexte, la juridiction de renvoi a estimé que la clause compromissoire n'est pas indissociable des règles de fond du TBI.

[28] – Clodfelter M.A., The Future Direction of Investment Agreements in the European Union [Les orientations futures des accords d'investissement dans l'Union européenne], 12 Santa Clara J. Int'l L. 159 (2014), http://digitalcommons.law.scu.edu/scujil/vol12/iss1/7.

69 La Pologne partage pleinement cet avis. Néanmoins, il convient d'accorder une attention plus grande à la question signalée par la juridiction de renvoi qui concerne en réalité la comparabilité des situations et la justification objective d'une différence de traitement des ressortissants (des opérateurs économiques) des différents États membres.

70 Selon la Pologne, en l'espèce, on ne peut appliquer par analogie la jurisprudence de la Cour concernant les conventions bilatérales préventives de la double-imposition internes à l'Union. **[Or. 23]**

71 Dans l'arrêt D.[29], la Cour a rappelé, en faisant référence à la jurisprudence antérieure, que, en vertu de l'article 293 CE, les États membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants, l'élimination de la double-imposition à l'intérieur de la Communauté. En l'absence d'autres mesures communautaires ou de conventions impliquant tous les États membres, de nombreuses conventions bilatérales ont été conclues entre ces derniers. Les États membres sont libres, dans le cadre de ces conventions, de fixer les facteurs de rattachement aux fins de la répartition de la compétence fiscale et une différence de traitement entre ressortissants des deux États contractants, résultant de cette répartition, ne saurait être constitutive de discrimination contraire à l'article 39 CE.

72 En analysant dans ce contexte la convention préventive de la double-imposition belgo-néerlandaise, la Cour a jugé[30] que le fait que les 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. Une règle selon laquelle les personnes physiques résidentes de l'un de ces deux États bénéficient dans l'autre État des déductions personnelles qui sont accordées par ce dernier à ses propres résidents ne saurait être analysée comme un avantage détachable du reste de la convention, mais en fait partie intégrante et contribue à son équilibre général.

73 Les thèses énoncées dans l'arrêt du 5 juillet 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424) ont été confirmées dans l'arrêt Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation[31]. Dans les deux arrêts, la Cour a déclaré que les dispositions du traité ne s'opposent pas à ce que les exonérations prévues dans une convention bilatérale préventive de la double-imposition s'appliquent uniquement aux opérateurs économiques résidant dans les États membres qui sont parties à cette convention.

74 La Cour a donc estimé que les conventions préventives de la double-imposition internes à l'Union n'accordent pas d'avantages fiscaux aux opérateurs

[29] – Arrêt du 5 juillet 2005, D., C-376/03, EU:C:2005:424, points 49 à 52.
[30] – Arrêt du 5 juillet 2005, D., C-376/03, EU:C:2005:424, points 61 et 62.
[31] – Arrêt du 12 décembre 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, C-374/04, EU:C:2006:773.

économiques, mais définissent seulement lequel des États parties prélèvera l'impôt dans les situations transfrontalières. L'essence de ces conventions est la délimitation des compétences fiscales des États parties. Il s'agit donc de conventions contenant des règles en matière de conflit de lois, et non des règles matérielles ou procédurales qui pourraient être la source d'avantages pour les assujettis. L'« avantage » consistant à **[Or. 24]** exonérer certains revenus de l'assujetti dans l'un des États parties à l'accord est lié à l'imposition de ces revenus dans l'autre État partie. En d'autres termes, les conventions préventives de la double-imposition ont pour objectif de déterminer l'État partie à la convention dans lequel il convient d'imposer les revenus de l'assujetti, et non pas l'attribution mutuelle par les États parties d'avantages fiscaux à leurs résidents qui seraient susceptibles d'être discriminatoires à l'égard des assujettis établis dans les autres États membres.

75 À la différence des conventions préventives de la double-imposition internes à l'Union, les TBI internes à l'Union visent précisément à accorder aux opérateurs économiques (aux investisseurs) établis dans les États parties à l'accord une série d'avantages matériels et procéduraux qui ne sont pas accessibles aux opérateurs économiques provenant des autres États membres. Ces avantages ont déjà été largement abordés dans les présentes observations. Un TBI interne à l'Union est donc par essence discriminatoire.

76 Bien entendu, la délimitation des compétences fiscales des États parties à une convention qui permet d'éviter l'imposition des mêmes revenus dans les deux États est favorable aux assujettis. Cependant, il ne s'agit pas ici d'avantages, mais de la suppression d'une charge résultant de la superposition des compétences fiscales de deux États membres qu'on peut difficilement considérer comme étant justifiée et qui constitue en outre un obstacle au bon fonctionnement du marché intérieur. Il ne fait pas de doute que la double-imposition des mêmes revenus dans deux États membres a pour effet de dissuader les ressortissants de ces États d'exercer les libertés du marché intérieur. Elle entraîne l'augmentation des charges fiscales générales, l'accroissement des charges administratives et a un effet néfaste sur les investissements, ce qui entraîne à son tour une baisse de la compétitivité et du niveau d'emploi.

77 Pour cette raison, l'article 293 CE (dans son libellé antérieur à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne) prévoyait clairement que les États membres engagent entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants, l'élimination de la double-imposition à l'intérieur de la Communauté. En outre, comme l'a expliqué la Cour dans l'arrêt Gilly/Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin[32], l'élimination de la double-imposition à l'intérieur de la Communauté figure parmi les objectifs du traité. À l'heure actuelle, malgré l'absence d'équivalent de l'article 293 CE dans les dispositions

[32] – Arrêt du 12 mai 1998, Gilly/Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin, C-336/96, EU:C:1998:221, points 15 et 16.

[Or. 25] du traité FUE, cet objectif est assurément toujours d'actualité. En effet, les problèmes liés à la double-imposition persistent.

78 Cette situation est confirmée de manière éclatante par la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen du 11 novembre 2011 intitulée « La double-imposition au sein du marché unique[33] ». La Commission y constate qu'« en l'état actuel du droit de l'Union européenne, [les États membres] ne sont pas obligés d'éliminer la double imposition en règle générale » (point 2, p. 5) et, dans le même temps, « [l]a double imposition est l'une des questions les plus préoccupantes pour les citoyens et les entreprises de l'UE » (point 3, p. 6). Comme l'indique ensuite cette communication (point 5.2, p. 11), « [l]a Commission estime qu'il est nécessaire de compléter le cadre des conventions préventives de la double imposition entre les 27 États membres et favorisera le dialogue entre les États membres en cas de différend faisant obstacle à la conclusion d'une telle convention ».

79 En ce qui concerne les TBI internes à l'Union, aucun des motifs précités n'est de mise. En effet, il n'existe pas de problèmes tels qu'une protection insuffisante des investisseurs qui, du fait de l'absence d'instruments adéquats en droit de l'Union, pourrait constituer une justification objective à la conclusion d'accords bilatéraux en la matière. En réalité, comme cela a déjà été expliqué dans les présentes observations, la protection des investisseurs est et peut être assurée dans le cadre du droit de l'Union. Les TBI internes à l'Union ne contribuent pas à réaliser les objectifs de l'Union, en particulier concernant le fonctionnement du marché intérieur. Au contraire, en instaurant un système de protection concurrent du droit de l'Union, les TBI internes à l'Union entraînent des distorsions du marché intérieur et portent atteinte à son unicité.

80 En conséquence, il n'est pas étonnant que, contrairement à ce qui est le cas pour les conventions préventives de la double-imposition internes à l'Union, non seulement la Commission n'incite pas à conclure des TBI internes à l'Union, mais elle prend des mesures en vue d'éliminer les TBI du paysage juridique. On a déjà évoqué dans les présentes observations les procédures ouvertes par la Commission à l'égard de certains États membres concernant l'application de TBI internes à l'Union (voir communiqué de presse du 18 juin 2015 cité au point 8 des présentes observations). **[Or. 26]**

81 Ces observations conduisent à conclure que, compte tenu des objectifs, de la nature et du positionnement par rapport au système du droit de l'Union des TBI internes à l'Union et des conventions préventives de la double-imposition, il n'existe aucune similitude susceptible de justifier l'application en l'espèce, par analogie, de la jurisprudence de la Cour concernant les conventions préventives de la double-imposition (en particulier des arrêts du 5 juillet 2005, D., C-376/03, EU:C:2005:424, et du 12 décembre 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT

[33] – COM(2011) 712 version finale.

Group Litigation, C-374/04, EU:C:2006:773). C'est précisément en raison de ces différences fondamentales (et non pas du fait de l'absence de lien indissociable entre la clause compromissoire et les autres dispositions du TBI interne à l'Union, comme le suggère de manière erronée la juridiction nationale au point [74] de l'ordonnance de renvoi) que l'appréciation des TBI internes à l'Union doit être totalement différente de l'appréciation des conventions préventives de la double-imposition. Même dans l'hypothèse de la suppression des clauses compromissoires dans les TBI internes à l'Union (qui, en effet, ne sont pas indissociables bien qu'elles constituent un élément central de ces traités), le problème de la discrimination ne disparaîtrait pas totalement, mais serait simplement atténué. Comme cela a déjà été expliqué, les règles de fond des TBI internes à l'Union accordent également aux investisseurs provenant des États parties à l'accord des avantages indisponibles aux investisseurs provenant des autres États membres.

82 Dans le contexte des TBI internes à l'Union, il convient donc de se référer non pas à la jurisprudence relative aux conventions préventives de la double-imposition internes à l'Union, mais à la jurisprudence relative aux autres conventions bilatérales examinées par la Cour au regard du principe de non-discrimination.

83 L'arrêt Matteucci/Communauté française de Belgique [34] concernait un accord culturel belgo-italien qui limitait l'accès à certaines bourses aux ressortissants des États parties à cet accord. Au point 19 de cet arrêt, la Cour a déclaré :

« *Aux termes de l'article 5 du traité, les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du traité. Si, par conséquent, l'application d'une disposition de droit communautaire risque d'être entravée par une mesure prise dans le cadre de la mise en œuvre d'une convention bilatérale, même conclue hors du champ d'application du traité, tout État membre est tenu de faciliter l'application de cette disposition et d'assister, à cet effet, tout autre État membre auquel incombe une obligation en vertu du droit communautaire* ». **[Or. 27]**

84 L'arrêt Commission/Belgique [35] concernait pour sa part notamment la compatibilité avec le traité de la clause relative à la propriété et au contrôle des compagnies aériennes contenue dans l'accord bilatéral en matière de transport aérien conclu entre la Belgique et les États-Unis d'Amérique. En vertu de cette clause, la Belgique n'a pas accordé aux ressortissants des autres États membres, et notamment aux compagnies et aux entreprises constituées dans ces États membres et établies au royaume de Belgique, le traitement réservé aux ressortissants belges. Au cours de la procédure, le gouvernement belge a indiqué avoir proposé aux États-Unis d'Amérique une modification de cette clause tendant à enlever à ce pays la possibilité de rejeter la désignation d'une compagnie aérienne

[34] – Arrêt du 27 septembre 1988, Matteucci/Communauté française de Belgique, 235/87, EU:C:1988:460.

[35] – Arrêt du 5 novembre 2002, Commission/Belgique, C-471/98, EU:C:2002:628.

communautaire non belge. Néanmoins, aux points [140] à 143 de l'arrêt, la Cour a déclaré :

« 140. Il découle de ce qui précède que les compagnies aériennes communautaires peuvent toujours être exclues du bénéfice de l'accord de transport aérien liant le royaume de Belgique aux États-Unis d'Amérique, ce bénéfice étant en revanche acquis aux compagnies aériennes belges. Par suite, les compagnies aériennes communautaires subissent une discrimination qui les empêche de bénéficier du traitement national dans l'État membre d'accueil, à savoir le royaume de Belgique.

141. Contrairement à ce que soutient le royaume de Belgique, cette discrimination trouve directement sa source non pas dans le comportement éventuel des États-Unis d'Amérique, mais dans la clause relative à la propriété et au contrôle des compagnies aériennes qui reconnaît précisément aux États-Unis d'Amérique le droit d'adopter un tel comportement.

142. Il s'ensuit que la clause relative à la propriété et au contrôle des compagnies aériennes est contraire à l'article 52 du traité.

143. L'effort entrepris par le royaume de Belgique en 1995 pour éliminer l'incompatibilité de cette clause avec l'article 52 du traité, pour louable qu'il ait été, n'est manifestement pas de nature à remettre en cause la constatation effectuée au point précédent ».

85 L'arrêt Gottardo [36] concernait une convention italo-suisse relative à la sécurité sociale qui réservait certains avantages en matière de cumul des cotisations aux **[Or. 28]** ressortissants des États parties à cette convention. Au point 34 de cet arrêt, la Cour a déclaré que, « lorsqu'un État membre conclut avec un pays tiers une convention internationale bilatérale de sécurité sociale, prévoyant la prise en compte des périodes d'assurance accomplies dans ledit pays tiers pour l'acquisition du droit à prestations de vieillesse, le principe fondamental d'égalité de traitement impose à cet État membre d'accorder aux ressortissants des autres États membres les mêmes avantages que ceux dont bénéficient ses propres ressortissants en vertu de ladite convention, à moins qu'il ne puisse avancer une justification objective à son refus ». La Cour a par ailleurs déclaré aux points 36 à 38 de cet arrêt que cette justification objective (que peut constituer la remise en cause de l'équilibre et de la réciprocité d'une convention internationale bilatérale conclue entre un État membre et un pays tiers) n'avait pas été établie.

86 L'arrêt Commission/Allemagne [37] concernait quant à lui la compatibilité avec le droit de l'Union de la pratique liée à l'application de la convention germano-polonaise relative au détachement de travailleurs d'entreprises polonaises pour l'exécution de contrats d'entreprise. Cette pratique des autorités

[36] – Arrêt du 15 janvier 2002, Gottardo, C-55/00, EU:C:2002:16.
[37] – Arrêt du 21 janvier 2010, Commission/Allemagne, C-546/07, EU:C:2010:25.

allemandes consistait à interpréter les termes « entreprise de l'autre partie » utilisés dans la convention en cause comme signifiant « entreprise allemande ». En raison de ladite pratique, les entreprises d'autres États membres souhaitant réaliser des travaux en Allemagne ne pouvaient pas (à moins de créer une filiale en Allemagne) conclure des contrats d'entreprise avec des entreprises polonaises, bénéficiant de la sorte, en fournissant des services, du quota de travailleurs polonais garanti au titre de la convention en cause, nonobstant les dispositions transitoires figurant dans l'acte d'adhésion. La Cour a estimé que cette pratique créait une discrimination directe contraire à l'article 49 CE. Au point 42 de cet arrêt, la Cour a indiqué que, dans la mise en œuvre des engagements contractés en vertu de conventions internationales, qu'il s'agisse d'une convention entre États membres ou d'une convention entre un État membre et un ou plusieurs États tiers, les États membres sont tenus de respecter les obligations qui leur incombent en vertu du droit communautaire. Au point 44 de cet arrêt, la Cour a observé que l'application de la convention germano-polonaise concerne, depuis l'adhésion de la République de Pologne à l'Union, deux États membres, en sorte que les dispositions de ladite convention ne peuvent **[Or. 29]** s'appliquer dans les relations entre ces États membres que dans le respect du droit communautaire.

87 Les arrêts précités confirment que les avantages réservés en vertu de conventions bilatérales aux ressortissants des États parties à ces conventions à l'exclusion des ressortissants des autres États constituent en principe une violation du principe de non-discrimination prévu par le droit de l'Union. Il s'agit ici de conventions bilatérales dont l'application peut avoir une incidence, même directe et potentielle, sur l'exercice des libertés prévues par le droit de l'Union. Certes, concernant les conventions bilatérales avec des pays tiers, la Cour admet l'existence de justifications objectives à une différence de traitement du fait de la nécessité d'assurer l'équilibre et la réciprocité de la convention. Cependant, ce type de justification ne peut s'appliquer aux TBI internes à l'Union. Ces accords entre États membres ne pourraient être appliqués que dans le respect du droit de l'Union. Il n'existe également aucune justification objective résultant de ces accords pour privilégier certains investisseurs. Reste donc à examiner la question de savoir si les avantages résultant des TBI internes à l'Union (en particulier de la clause compromissoire) pourraient être étendus à tous les investisseurs de l'Union et s'il était ainsi possible de supprimer la discrimination qui résulte des TBI.

III.6. L'impossibilité de supprimer la discrimination en étendant les droits résultant des TBI à tous les opérateurs économiques de l'Union

88 Au point [77] de l'ordonnance de renvoi, la juridiction nationale a indiqué que, selon la jurisprudence de la Cour, il est 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. Selon la juridiction de renvoi, il faudrait remédier à la discrimination des investisseurs d'autres États membres résultant de la clause

compromissoire figurant dans le TBI en permettant à ces investisseurs d'accéder à la justice arbitrale en cas de différend avec la Slovaquie ou les Pays-Bas. **[Or. 30]**

89 La façon de régler le problème de la discrimination suggérée par la juridiction de renvoi est confirmée par la jurisprudence de la Cour[38].

90 La Pologne observe toutefois que, même si la façon de résoudre le problème de la discrimination des investisseurs proposée par la juridiction de renvoi était en pratique possible à appliquer concernant les TBI internes à l'Union, ce que nous contestons, cela ne change rien à l'actuelle illégalité des TBI internes à l'Union qui subsisterait jusqu'à l'introduction de cet hypothétique remède. Cela ne devrait donc pas avoir d'incidence sur la réponse à la troisième question.

91 De plus, même si la solution proposée était en pratique possible à appliquer, ce que nous contestons, cette approche aggraverait considérablement un autre problème lié aux TBI internes à l'Union, à savoir le problème du maintien du caractère autonome du droit de l'Union. En effet, supposons que tous les TBI internes à l'Union (et toutes les clauses compromissoires qu'ils contiennent) s'appliquent à tous les investisseurs de l'Union. En pratique, cela signifierait qu'un domaine de réglementation important du droit de l'Union (et un domaine situé au cœur même de cette réglementation, car il concerne l'activité économique transfrontalière et les libertés fondamentales du marché) a été exclu de la sphère d'influence du droit de l'Union et sera désormais façonné par la jurisprudence arbitrale, avec une possibilité de révision très faible et uniquement incidente de cette jurisprudence par les juridictions de droit commun et par la Cour de justice.

92 Néanmoins, avant tout, indépendamment de ces remarques introductives, la façon de résoudre le problème de la discrimination des investisseurs proposée par la juridiction de renvoi est en pratique impossible à mettre en œuvre concernant les TBI internes à l'Union. Cette façon de procéder a sa place dans le cadre du droit de l'Union, mais pas dans le cadre des TBI internes à l'Union.

93 Dans le cadre de l'application du droit de l'Union, un citoyen de l'Union qui estime faire l'objet d'une discrimination (par exemple de la part de l'État membre dans lequel il réside sans avoir la nationalité de cet État par rapport aux citoyens de cet État) peut introduire une procédure devant une juridiction de cet État et demander à être traité de la même manière que ses ressortissants, en se fondant directement sur le principe de non-discrimination en raison de la nationalité prévu par le droit de l'Union. Les juridictions doivent, en appliquant directement ce principe, accorder à une telle personne le même **[Or. 31]** traitement et, en cas de doute sur l'interprétation du droit de l'Union, elles peuvent demander à la Cour de le dissiper en statuant à titre préjudiciel[39].

[38] – Voir par exemple arrêt du 13 juillet 1983, Forcheri/État belge, 152/82, EU:C:1983:205.

[39] – Voir par exemple arrêt du 12 mai 1998, Martínez Sala/Freistaat Bayern, C-85/96, EU:C:1998:217.

94 Dans le cadre de l'application d'un TBI interne à l'Union, une telle méthode ne peut fonctionner. Par exemple, un investisseur polonais opérant à Malte (il l'existe pas de TBI interne à l'Union entre la Pologne et Malte) ne pourrait pas engager de procédure d'arbitrage contre Malte en vertu du TBI néerlando-maltais en invoquant le principe de non-discrimination par rapport aux investisseurs néerlandais.

95 Au regard des affirmations déjà faites dans les présentes observations au sujet de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, cette impossibilité est évidente. Les tribunaux arbitraux agissent en vertu de la convention internationale qu'est le TBI interne à l'Union et sont liés par le champ d'application de cette convention, notamment par son champ d'application personnel. L'étendue de la compétence des tribunaux arbitraux est déterminée par les termes de ces conventions interprétés à la lumière du droit international, notamment à la lumière de la convention de Vienne sur le droit des traités. Rien dans les dispositions du droit international ne permet d'étendre par voie de supposition ou d'analogie le champ d'application personnel ou matériel de la protection prévue dans une convention bilatérale internationale, au mépris de sa lettre, aux entités provenant d'États qui ne sont pas parties à cette convention. L'extension du champ d'application personnel des TBI internes à l'Union à tous les investisseurs de l'Union serait donc inacceptable pour les tribunaux arbitraux et, qui plus est, le refus d'une telle pratique est pleinement justifié du point de vue de ces tribunaux.

96 Une telle extension du champ d'application personnel des TBI internes à l'Union (des clauses compromissoires qu'ils contiennent) exposerait les sentences d'au moins certains tribunaux arbitraux au risque d'annulation au motif du non-respect des termes de la convention d'arbitrage. Il n'est pas exclu que cela pourrait également avoir pour effet d'imposer une responsabilité d'indemnisation aux arbitres eux-mêmes, ou à tout le moins une obligation de restitution des dépens.

97 Bien entendu, le problème de la discrimination des investisseurs établis dans les autres États membres ne pourrait être réglé non plus par la reconnaissance unilatérale, par l'État membre concerné, à tous les investisseurs réalisant des investissements sur son territoire, de la possibilité d'invoquer devant les juridictions de droit commun de cet État le TBI interne à l'Union conclu par cet État (c'est-à-dire les clauses matérielles de sauvegarde **[Or. 32]** contenues dans ce TBI). La possibilité d'invoquer les clauses matérielles du TBI devant ces juridictions n'équivaut manifestement pas à la possibilité d'engager une procédure d'arbitrage en vertu de ce TBI. Comme cela a déjà été expliqué dans les présentes observations, la discrimination découlant des TBI internes à l'Union dans le domaine procédural résulte de l'impossibilité de choisir entre une juridiction de droit commun et un tribunal arbitral et, partant, de l'absence d'accès à la voie de recours préférée par l'investisseur. Du reste, il ne s'agit pas seulement de la possibilité de choisir une voie procédurale, mais aussi du mode de règlement des différends. Comme cela a déjà été indiqué, les tribunaux arbitraux statuent en vertu du TBI interne à l'Union en faisant abstraction du droit national et du droit

de l'Union qu'ils ne considèrent souvent que comme un élément du contexte factuel. Les juridictions de droit commun sont liées par le principe de primauté du droit de l'Union et, partant, procèdent à une interprétation conforme au droit de l'Union.

98 Ces considérations conduisent à conclure que la seule façon efficace de résoudre le problème de la discrimination résultant des TBI internes à l'Union semble être de mettre un terme à l'application de ces accords, c'est-à-dire de considérer à tout le moins leur clause compromissoire comme étant inapplicable ou tout simplement de les résilier et de soumettre les investisseurs à la seule protection résultant du droit de l'Union. La Pologne reviendra encore à la fin des présentes observations à la question de l'inapplicabilité des TBI internes à l'Union dans le contexte du règlement de la présente affaire. En ce qui concerne la résiliation des TBI internes à l'Union, il serait bon que tous les États membres parviennent à un accord. Il convient également de tenir compte du fait que la résiliation des TBI internes à l'Union doit être effectuée dans le respect des exigences découlant du droit international.

IV. PREMIÈRE QUESTION

99 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 ». L'article 344 TFUE vise à assurer ce qu'un accord international conclu par les États membres ne porte pas atteinte à l'ordre des compétences fixé par les traités et, partant, à l'autonomie du système juridique de l'Union dont la Cour assure le respect[40]. **[Or. 33]**

100 Il résulte des observations relatives à la troisième question que les règles de fond des TBI internes à l'Union coïncident avec les dispositions du traité FUE, même si elles prévoient une norme différente de protection des investisseurs.

101 Le maintien en vigueur d'un TBI interne à l'Union implique donc à tout le moins l'acceptation du fait que les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application du traité peuvent être soumis à une procédure d'arbitrage (pire encore, cela implique également l'acceptation du fait que les différends qui devraient être examinés au regard du traité et du droit de l'Union peuvent être examinés sans en tenir compte). Il ne fait pas de doute que la procédure d'arbitrage prévue dans les TBI internes à l'Union n'est pas un mode de règlement des différends prévu par le traité.

102 La juridiction de renvoi a indiqué, aux points [33 à 35] de l'ordonnance de renvoi, qu'un élément plaidant contre l'application de l'article 344 TFUE à un différend

[40] – Voir avis 2/13, du 18 décembre 2014, de la Cour sur le projet d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (EU:C:2014:2454, point 201).

opposant un État membre et un investisseur d'un autre État membre est le fait que ce différend ne peut pas être réglé dans le cadre d'une procédure se déroulant devant les juridictions de l'Union. Selon la juridiction de renvoi, le droit ou l'obligation pour les juridictions nationales de saisir la Cour d'une question préjudicielle n'est pas un mode de règlement des différends prévu par les traités au sens de l'article 344 TFUE.

103 La Pologne ne partage pas cet avis.

104 Conformément à l'article 19 TUE, les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union. Selon une jurisprudence constante, le traité établit un système complet de voies de recours juridictionnel, et le contrôle du respect du droit de l'Union est assuré non seulement par la Cour, mais également par les juridictions des États membres[41]. Les juridictions des États membres (les juridictions de droit commun) sont donc non seulement en même temps des juridictions de l'Union, mais elles constituent un élément fondamental du système de protection juridictionnelle prévu par le traité.

105 Cela signifie que le traité prévoit une procédure juridictionnelle dans le cadre de laquelle l'investisseur peut faire valoir ses demandes d'indemnisation à l'égard d'un État membre. Cette procédure est le recours devant une juridiction de droit commun qui a la possibilité ou l'obligation de déférer des questions préjudicielles à la Cour. **[Or. 43]**

106 Il convient d'examiner si l'article 344 TFUE s'applique aux litiges entre un État membre et un particulier (un investisseur), ou uniquement aux litiges entre États membres. Le libellé de cette disposition n'apporte pas de réponse claire à cette question, bien qu'il plaide plutôt en faveur de la première option, c'est-à-dire en faveur d'une interprétation large. En effet, cette disposition interdit aux États membres de « soumettre un différend » et non pas de « soumettre un différend entre États membres ». Si l'article 344 TFUE concernait uniquement les différends entre États membres, les auteurs du traité l'auraient clairement indiqué dans son libellé, comme ils l'ont fait par exemple à l'article 273 TFUE qui concerne précisément les « différends entre États membres ». Toutefois, l'article 344 TFUE a été formulé différemment de l'article 273 TFUE, ce qui plaide en faveur d'une interprétation plus large de cet article. Par conséquent, il convient de considérer que l'autre partie au différend que l'État membre n'est pas autorisé à soumettre à un mode de règlement autre que ceux prévus par les traités peut être aussi bien un autre État membre qu'une entité autre qu'un État, notamment un opérateur économique.

107 L'interprétation systémique de l'article 344 TFUE confirme cette conclusion. Selon la Pologne, il convient d'interpréter cette disposition à la lumière des

[41] – Voir par exemple arrêt du 28 avril 2015, T & L Sugars et Sidul Açúcares/Commission, C-456/13 P, EU:C:2015:284, point 45 et jurisprudence citée.

principes fondamentaux du droit de l'Union tels que le principe de primauté, d'uniformité et d'efficacité du droit de l'Union, ainsi que le principe d'égalité de traitement. Il résulte des observations relatives à la troisième question que l'application de la procédure d'arbitrage prévue dans les TBI internes à l'Union peut entraîner la violation de principes fondamentaux du droit de l'Union et, partant, la remise en cause de l'autonomie du système juridique de l'Union.

108 Au point [28] de l'ordonnance de renvoi, la juridiction nationale a cité l'avis 1/09[42]. Au point 63 de cet avis, la Cour a déclaré que la création de la juridiction du brevet ne saurait se heurter à l'article 344 TFUE, étant donné que cet article se borne à interdire aux États membres de 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. Or, les compétences que le projet d'accord vise à attribuer à la juridiction du brevet ne porteraient que sur les seuls litiges entre particuliers dans le domaine des brevets.

109 Dans ce contexte, la Pologne observe cependant que la présente affaire et l'affaire examinée par la Cour dans l'avis 1/09 présentent des différences susceptibles de justifier une appréciation différente des deux cas de figure au regard **[Or. 35]** de l'article 344 TFUE. Premièrement, dans l'avis 1/09, l'appréciation portait sur le mode de règlement des seuls litiges entre particuliers, et non pas des litiges entre un particulier et un État membre. Deuxièmement, la juridiction instaurée en vertu de l'accord analysé dans l'avis 1/09 avait obtenu la possibilité de poser des questions préjudicielles à la Cour, ce qui garantissait l'uniformité de l'interprétation et de l'application du droit de l'Union. Troisièmement, la violation de l'article 344 TFUE était, dans l'avis 1/09, analysée dans le contexte de l'article 262 TFUE qui prévoit seulement la possibilité de conférer la compétence à la Cour concernant les litiges relatifs aux droits de propriété intellectuelle et ne préjuge donc pas de la compétence exclusive de la Cour dans ce domaine.

110 En l'espèce, on a affaire à un mode de règlement des différends dans le domaine d'application du droit de l'Union créé par les États membres en vertu d'un accord bilatéral qui peut à tout le moins en partie englober des différends relatifs à l'interprétation ou à l'application des traités et qui est concurrent et non pas complémentaire des procédures prévues par les traités. Il s'agit donc d'un mode de règlement contraire à l'article 344 TFUE.

V. DEUXIÈME QUESTION

111 Conformément à l'article 267 TFUE, la Cour de justice est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation des traités, et sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de l'Union. Lorsqu'une telle

[42] – Avis 1/09, du 8 mars 2011, de la Cour sur le projet d'accord international créant une juridiction compétente pour le contentieux des brevets européens et communautaires (EU:C:2011:123).

question est soulevée devant une juridiction d'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. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour.

112 L'article 267 TFUE, en combinaison avec l'article 344 TFUE, vise à prévenir les divergences dans l'interprétation du droit de l'Union et à garantir l'uniformité et l'efficacité de ce droit.

113 Il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour que les tribunaux arbitraux ne sont pas habilités à poser des questions préjudicielles en vertu de l'article 267 TFUE[43]. **[Or. 36]**

114 Simultanément toutefois, le système du droit de l'Union n'exclut pas en principe la possibilité de faire valoir des droits devant les tribunaux arbitraux. La jurisprudence de la Cour indique seulement qu'une juridiction nationale (de droit commun) saisie d'une demande en annulation ou d'un recours en exécution forcée d'une sentence arbitrale définitive qui doit, selon les règles de procédure internes, apprécier d'office la conformité de cette sentence avec les règles nationales d'ordre public, est également tenue d'apprécier sa conformité avec les dispositions du droit de l'Union, conformément au principe d'équivalence [44]. Comme l'indique à juste titre la juridiction nationale au point [62] de l'ordonnance de renvoi, le pouvoir de contrôle des juridictions nationales s'agissant de sentences arbitrales peut donc valablement être limité.

115 Il semble toutefois que cette limitation du contrôle des juridictions de droit commun (et en conséquence aussi de la Cour de justice) sur les sentences arbitrales qui est acceptable s'agissant de cas typiques d'arbitrage, c'est-à-dire lorsque des entités privées soumettent par voie de convention privée à l'examen d'un tribunal arbitral des différends qui les opposent, est bien plus difficile à accepter lorsqu'un État membre crée par le biais d'une convention internationale un système spécifique d'arbitrage excluant un nombre important d'affaires relevant du champ d'application du droit de l'Union de la compétence des juridictions de droit commun.

116 Dans une telle hypothèse, on n'a plus affaire à différentes sentences arbitrales qui peuvent être, dans une mesure limitée, soumises à un contrôle (y compris du point de vue de leur conformité au droit de l'Union) en vertu de l'exception d'ordre public. On a affaire à une solution systémique qui, en tant que telle, prive dans une mesure excessive les juridictions de droit commun de leurs compétences concernant l'interprétation et l'application du droit de l'Union ainsi que la Cour de

[43] – Voir par exemple arrêt du 27 janvier 2005, Denuit et Cordenier, C-125/04, EU:C:2005:69.

[44] – Voir arrêts du 1er juin 1999, Eco Swiss, C-126/97, EU:C:1999:269, point 41, et du 6 octobre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, point 53.

la sienne pour interpréter ce droit dans le cadre d'un renvoi préjudiciel. L'exception d'ordre public appliquée au stade consécutif à l'arbitrage ne constitue que l'ultime refuge et, dans le cas du système spécifique d'arbitrage que constituent les TBI internes à l'Union, on ne saurait la considérer comme un instrument qui garantit un contrôle suffisant de la conformité de ces sentences avec le droit de l'Union.

117 Malgré des différences manifestes, les ressemblances entre le système de sentences arbitrales créé par les TBI internes à l'Union et le système de règlement des litiges en matière de brevets qui a été remis en question par la Cour dans l'avis 1/09 [45] sont frappantes. **[Or. 37]**

118 Dans les deux cas, le système alternatif au système judiciaire des États membres (de droit commun) a été établi par le biais de conventions internationales.

119 Dans les deux cas, on a exclu de vastes domaines soumis au droit de l'Union de la compétence des juridictions de droit commun.

120 Aussi, dans les deux cas, le système alternatif de règlement des litiges a entraîné d'importantes difficultés pour imputer à un quelconque État membre la responsabilité pour les décisions des tribunaux (arbitraux ou compétents en matière de brevets) portant atteinte au droit de l'Union. Pire encore, en ce qui concerne la jurisprudence arbitrale en matière d'investissements, les sentences portant atteinte au droit de l'Union sont en principe contraignantes pour l'État partie à la procédure.

121 Au point 89 de l'avis 1/09, la Cour a déclaré : « Par conséquent, l'accord envisagé, en attribuant une compétence exclusive pour connaître un important nombre d'actions intentées par des particuliers dans le domaine du brevet communautaire ainsi que pour interpréter et appliquer le droit de l'Union dans ce domaine à une juridiction internationale, qui se situe en dehors du cadre institutionnel et juridictionnel de l'Union, priverait les juridictions des États membres de leurs compétences concernant l'interprétation et l'application du droit de l'Union ainsi que la Cour de la sienne pour répondre, à titre préjudiciel, aux questions posées par lesdites juridictions et, de ce fait, dénaturerait les compétences que les traités confèrent aux institutions de l'Union et aux États membres qui sont essentielles à la préservation de la nature même du droit de l'Union ». Selon la Pologne, cette thèse contenue dans l'avis 1/09 peut s'appliquer par analogie à l'appréciation du système de sentences arbitrales fonctionnant sur la base de clauses compromissoires contenues dans les TBI internes à l'Union.

[45] – Avis 1/09, du 8 mars 2011, de la Cour sur le projet d'accord international créant une juridiction compétente pour le contentieux des brevets européens et communautaires (EU:C:2011:123).

VI. OBSERVATIONS FINALES

122 Pour conclure les présentes observations, il convient d'examiner brièvement les conséquences de l'arrêt rendu en l'espèce dans l'hypothèse où la Cour prononcerait l'incompatibilité des clauses compromissoires contenues dans les TBI internes à l'Union avec les dispositions du traité FUE. **[Or. 38]**

123 Dans ce contexte, il convient d'observer qu'en l'état actuel de la législation, une sentence arbitrale rendue en vertu d'un TBI interne à l'Union peut faire l'objet d'un contrôle au regard de l'exception d'ordre public dans le cadre d'un recours formé devant une juridiction de droit commun en annulation ou en exécution forcée de cette sentence. Ce contrôle est effectué au cas par cas et nécessite une appréciation individuelle de chaque situation. Soulignons une fois encore qu'une affaire donnée peut ne pas du tout aller jusqu'au stade consécutif à l'arbitrage.

124 Si l'exception d'ordre public qui couvre les cas de violation des principes fondamentaux de l'ordre juridique d'un État membre, notamment du droit de l'Union, peut constituer un remède adéquat en cas de contenu erroné d'une sentence arbitrale ou d'appréciation erronée de la compétence du tribunal arbitral, cette exception ne peut constituer un tel remède lorsque la sentence a été prononcée sur la base d'une clause compromissoire entachée d'un vice. La procédure engagée devant une juridiction de droit commun en annulation ou en exécution forcée d'une sentence arbitrale couvre uniquement l'examen de questions fondamentales concernant la légalité et l'étendue de la convention d'arbitrage ainsi que l'examen de la violation des principes fondamentaux de l'ordre juridique. Afin de garantir l'effet utile du droit de l'Union, il convient à tout le moins de changer les bases du contrôle des sentences arbitrales de manière à ce qu'elles soient contrôlées du point de vue de l'inapplicabilité de la clause compromissoire contenue dans le TBI.

125 Pour résumer, le fait pour la Cour de déclarer que l'application d'une clause compromissoire est incompatible avec les dispositions du traité FUE, en particulier avec l'article 18 TFUE, ferait passer la procédure consécutive à l'arbitrage ouverte devant une juridiction de droit commun d'une appréciation au cas par cas de la sentence arbitrale concernée au regard de l'exception d'ordre public à une appréciation de l'illégalité de la clause compromissoire (et, partant, de l'illégalité du concept de la « *standing offer of arbitration* » [l'offre d'arbitrage permanente] [46]). Cela renforcerait significativement l'efficacité de la protection contre les violations de l'article 18 TFUE en permettant à l'État membre attaqué (bien plus efficacement qu'à l'heure actuelle) de soulever le moyen tiré de l'incompétence du tribunal arbitral. **[Or. 39]**

[46] – Il s'agit de l'illégalité de l'offre publique d'arbitrage contenue dans la clause qui, du fait de son incompatibilité avec l'article 18 TFUE, ne peut être maintenue. L'article 18 TFUE fait obstacle à la reconnaissance de cette offre comme étant contraignante, et donc à son acceptation.

126 Par ailleurs, la Pologne estime que les conséquences de l'arrêt de la Cour en l'espèce (dans l'hypothèse où elle conclurait à l'incompatibilité de la clause compromissoire avec les dispositions du traité FUE) et les modalités d'exécution de cet arrêt doivent être déterminées aussi précisément que possible dans l'arrêt lui-même de manière à lui assurer un maximum d'utilité. Il semble aussi que les conséquences de cet arrêt ne devraient pas conduire à remettre en cause les sentences arbitrales antérieures.

VII. PROPOSITION DE RÉPONSE

127 Compte tenu de l'argumentation qui précède, la Pologne propose à la Cour de justice de répondre comme suit aux questions posées par la juridiction de renvoi :

À la première question :

L'article 344 TFUE fait 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.

À la deuxième question :

L'article 267 TFUE fait obstacle à l'application d'une telle disposition.

À la troisième question :

Dans les conditions décrites dans la première question, l'article 18, premier alinéa, TFUE fait obstacle à l'application d'une telle disposition.

Bogusław Majczyna

Représentant de la République de Pologne