Observations des Pays-Bas

Affaire C-284/16*

Pièce déposée par:

Le gouvernement néerlandais

Nom usuel de l'affaire:

ACHMEA

Date de dépôt:

25 août 2016 (original)

OBSERVATIONS ÉCRITES

du gouvernement néerlandais, présentées conformément à l'article 23, deuxième alinéa, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne,

dans l'affaire C-284/16, République slovaque contre Achmea BV

Le gouvernement néerlandais, représenté par Mme Mielle Bulterman et M. Jurian Langer, respectivement directrice et collaborateur du département de droit européen de la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères, La Haye, souhaite présenter les observations qui suivent dans l'affaire sous rubrique. **[Or. 2]**

I. Introduction

1 Par ordonnance de renvoi du 3 mars 2016, le *Bundesgerichtshof* (Cour fédérale de justice, Allemagne, ci-après la « juridiction de renvoi ») a, en application de l'article 267 TFUE, posé des questions préjudicielles à la Cour concernant l'interprétation des articles 344, 267 et 18 TFUE.

2 Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un litige opposant la République slovaque (ci-après la « Slovaquie ») au groupe d'assurance néerlandais Achmea BV (ci-après « Achmea »). Suite à la libéralisation du marché slovaque de l'assurance maladie, Achmea a commencé à offrir ses services en Slovaquie par l'intermédiaire de sa filiale Union Krankenversicherung AG. En 2006, la

* Langue de procédure: l'allemand.

libéralisation du marché slovaque de l'assurance maladie a été partiellement annulée, causant ainsi un préjudice à Achmea.

3 En 2008, Achmea a initié une procédure arbitrale contre la Slovaquie en invoquant l'accord bilatéral conclu entre la Tchécoslovaquie et le Royaume des Pays-Bas concernant la promotion et la protection réciproque des investissements [1]. Cet accord bilatéral concernant les investissements (« Bilateral investment treaty », ci-après le « TBI ») a été signé le 29 avril 1991 et est entré en vigueur le 1er octobre 1992. La Slovaquie, en tant qu'ayant droit de la République fédérale tchèque et slovaque, a succédé aux droits et obligations de cette dernière en vertu du TBI le 1er janvier 1993. Depuis l'adhésion le 1er mai 2004 de la Slovaquie à l'Union européenne, il s'agit d'un accord entre deux États membres de l'Union.

4 L'article 8 du TBI comporte une clause compromissoire. En vertu de son paragraphe 1, tout différend entre l'une des parties contractantes et un investisseur de l'autre partie contractante est, dans la mesure du possible, réglé à l'amiable. En cas d'échec, l'article 8, paragraphe 2, du TBI offre aux investisseurs des États contractants la possibilité d'initier contre l'État membre concerné une procédure arbitrale ou une procédure devant le juge étatique. Cette disposition contient une offre des États contractants à conclure des conventions d'arbitrage avec les investisseurs **[Or. 3]** des États concernés. Un investisseur peut accepter cette offre expressément ou implicitement.

5 Achmea a accepté l'offre susmentionnée en 2008 en initiant la procédure arbitrale contre la Slovaquie. Suite à la conclusion de la convention d'arbitrage entre Achmea et la Slovaquie, un tribunal arbitral a été créé et Francfort-sur-le-Main (en Allemagne) a été choisi comme lieu de l'arbitrage.

6 Par sentence arbitrale du [7] décembre 2012, le tribunal arbitral a condamné la Slovaquie à payer des dommages et intérêts d'un montant de 22 millions d'euros. Par une décision de décembre 2014, l'*Oberlandesgericht* Frankfurt am Main (tribunal régional supérieur de Francfort-sur-le-Main, Allemagne) a rejeté le recours en annulation introduit par la Slovaquie contre cette sentence arbitrale.

7 La Slovaquie a introduit un pourvoi en cassation contre cette décision devant la juridiction de renvoi. Dans la présente procédure, la Slovaquie soutient, en résumé, que, par son adhésion à l'Union européenne en 2004, l'offre de conclusion d'une convention d'arbitrage prévue à l'article 8, paragraphe 2, du TBI n'est plus valide car elle violerait les articles 344, 267 et 18 TFUE. C'est dans ce contexte que la juridiction de renvoi a posé les présentes questions.

[1] – L'intitulé officiel de cet accord est le suivant : « *accord concernant la promotion et la protection réciproque des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et la République fédérale tchèque et slovaque* », et il est disponible au lien suivant : https://zoek.officielebekendmakingen.nl/trb-1991-94 (versions anglaise et néerlandaise disponibles).

8 Pour un exposé d'ensemble du cadre factuel et juridique, le gouvernement néerlandais se réfère à l'ordonnance de renvoi. En réaction au point 43 de l'ordonnance de renvoi, et à titre d'information de la Cour, le gouvernement néerlandais précise ce qui suit.

9 En 2015, la Commission a pris des mesures contre cinq États membres (dont la Slovaquie et le Royaume des Pays-Bas) en application de l'article 258 TFUE en ce qui concerne des prétendues violations du droit de l'Union suite à la conclusion d'accords bilatéraux d'investissement par ces États membres [2]. Elle a, en même temps, dans le cadre de la procédure « EU Pilot », posé des questions à 21 États membres concernant les accords bilatéraux d'investissement conclus par ces États.

10 Le Royaume des Pays-Bas (ci-après les « Pays-Bas ») a, par lettre du 18 juin 2015, reçu une mise en demeure. La Commission a, par cette mise en demeure, informé les Pays-Bas qu'ils **[Or. 4]** n'ont pas rempli leurs obligations et elle leur a demandé de mettre fin à l'accord bilatéral d'investissement. Par lettre du 16 octobre 2015, les Pays-Bas ont contesté les allégations de la Commission. Cette dernière n'a, depuis, pas pris de mesures supplémentaires contre les Pays-Bas.

II. La thèse des Pays-Bas

Sur la première question

11 Par sa première question, la juridiction de renvoi souhaite savoir si l'article 344 TFUE fait obstacle à une clause compromissoire telle que celle prévue à l'article 8 du TBI. Elle souhaite en substance savoir si l'article 344 TFUE fait obstacle à une offre par un État membre de soumettre un différend l'opposant à un investisseur à la décision d'un tribunal arbitral.

12 Le gouvernement néerlandais considère qu'une telle offre n'est pas contraire à l'article 344 TFUE. Voici pourquoi.

L'article 344 TFUE ne vise pas les différends avec des personnes morales de droit privé

13 Le gouvernement néerlandais considère, tout comme la juridiction de renvoi (voir point 15 de l'ordonnance de renvoi)[*] que l'article 344 TFUE ne vise pas les différends entre les États membres et les personnes morales de droit privé.

14 En vertu de l'article 344 TFUE, les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci.

[2] – Voir http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_en.htm.
[*] Il s'agit du résumé en langue néerlandaise.

15 Le libellé de l'article 344 TFUE ne fait pas référence aux personnes (morales) de droit privé ni aux différends entre les États membres et les personnes de droit privé. Cette omission indique clairement que cette disposition ne s'applique pas aux différends entre les États membres et les personnes privées. Si le législateur avait eu l'intention d'inclure de tels litiges dans le champ d'application de l'article 344 TFUE, il l'aurait indiqué expressément. **[Or. 5]**

16 Cette lecture de l'article 344 TFUE est confirmée par la jurisprudence de la Cour. La Cour a, dans l'avis 1/09 (avis 1/09, du 8 mars 2011, EU:C:2011:123) concernant l'accord envisagé sur une juridiction du brevet européen et du brevet communautaire, souligné ce qui suit :

« *La création de la JB* [juridiction du brevet européen et du brevet communautaire] *ne saurait non plus 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 JB ne porteraient que sur les seuls litiges entre particuliers dans le domaine des brevets* » (voir point 63 de l'avis).

17 Le gouvernement néerlandais comprend que l'absence de dispositions dans les traités prévoyant une procédure devant la Cour pour les litiges entre particuliers constitue donc un élément décisif pour cette dernière. En effet, les procédures prévues par les traités visent des différends entre les États membres et les institutions (voir articles 258 et 263 TFUE) et entre les États membres (voir article 259 TFUE), mais pas les litiges entre particuliers.

18 Bien que le point 63 de l'avis 1/09 cité ci-dessus vise des différends entre particuliers, le raisonnement qui y est exposé vaut également pour les différends entre un État membre et un investisseur particulier. En effet, le droit de l'Union ne prévoit pas non plus la possibilité pour une personne de droit privé de poursuivre un État membre devant la Cour. En l'absence d'une telle possibilité, il ne saurait donc y avoir de violation de l'article 344 TFUE.

L'article 344 TFUE vise uniquement l'interprétation ou l'application des traités

19 Le gouvernement néerlandais relève qu'il ne peut y avoir de violation de l'article 344 TFUE que si le différend porte spécifiquement sur l'interprétation ou la violation des traités. Cette constatation ne ressort pas uniquement du libellé de cette disposition, mais, notamment, également du point 204 de l'avis 2/13 concernant l'adhésion de l'Union à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (avis 2/13, du 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454), dans lequel la Cour a considéré ce qui suit s'agissant de l'article 344 TFUE : **[Or. 6]**

« *Par conséquent, lorsque celui-ci* [le droit de l'Union] *est en cause, la Cour est exclusivement compétente pour connaître de tout litige entre les États membres*

ainsi qu'entre ces derniers et l'Union au sujet du respect de cette convention » (soulignement ajouté).

20 À cet égard, selon la jurisprudence de la Cour, il ne suffit pas qu'un tribunal arbitral prenne en compte le droit de l'Union en tant que critère d'interprétation d'une disposition ne relevant pas du droit de l'Union. Il n'y a une violation de l'article 344 que lorsque c'est l'interprétation et l'application du droit de l'Union qui font l'objet de la décision du tribunal arbitral (voir arrêt du 30 mai 2006, Commission/Irlande, C‑459/03, EU:C:2006:345, points 150 et suiv.).

21 Ainsi que la juridiction de renvoi l'a souligné (voir point 19 de l'ordonnance de renvoi), l'affaire au principal ne concerne pas l'interprétation et l'application du droit de l'Union. La Slovaquie a, dans la procédure devant le tribunal arbitral, notamment invoqué l'article 63 TFUE. Le tribunal arbitral a toutefois fondé sa décision sur les obligations de la Slovaquie envers les investisseurs, telles qu'elles figurent dans le TBI.

Conclusion

22 Compte tenu des considérations qui précèdent, le gouvernement néerlandais conclut que l'article 344 TFUE ne fait pas obstacle à une offre par un État membre de soumettre un litige l'opposant à un investisseur à la décision d'un tribunal arbitral ainsi qu'il est prévu à l'article 8, paragraphe 2, du TBI.

La deuxième question

23 En cas de réponse négative à la première question, la juridiction de renvoi souhaite savoir, par sa deuxième question, si l'article 267 TFUE fait obstacle à une offre telle que celle prévue dans l'affaire au principal à l'article 8, paragraphe 2, du TBI.

24 Le gouvernement néerlandais partage l'avis de la juridiction de renvoi (voir point 26 de l'ordonnance de renvoi) et considère lui aussi que l'article 267 TFUE ne fait pas obstacle à une telle offre. À cet égard, le gouvernement néerlandais précise ce qui suit. **[Or. 7]**

25 Dans l'avis 1/09 (avis 1/09, du 8 mars 2011, EU:C:2011:123), la Cour a constaté ce qui suit :

« *Le système instauré à l'article 267 TFUE établit, dès lors, une coopération directe entre la Cour et les juridictions nationales dans le cadre de laquelle ces dernières participent de façon étroite à la bonne application et à l'interprétation uniforme du droit de l'Union ainsi qu'à la protection des droits conférés par cet ordre juridique aux particuliers* » (voir point 84 de l'avis).

26 Le gouvernement néerlandais considère qu'une offre par un État membre de régler un différend l'opposant à une partie privée par voie arbitrale n'est pas contraire à

la coopération directe entre la Cour et les juridictions nationales mentionnée ci-dessus.

27 En cas de recours à un tribunal arbitral, ce dernier doit fonder sa décision sur les obligations qui découlent du TBI. La sentence arbitrale rendue par le tribunal arbitral peut ensuite être exécutée. Avant qu'elle ne soit exécutée, les parties peuvent soumettre cette sentence arbitrale au contrôle des juridictions étatiques. Il en va de même dans la présente affaire, où la juridiction allemande peut contrôler la conformité de la sentence arbitrale avec le droit de l'Union (voir point 29 de l'ordonnance de renvoi).

28 Si le droit de l'Union doit être appliqué par la juridiction étatique lors de ce contrôle et qu'il existe des doutes quant à l'interprétation et à la validité de ce droit, cette juridiction peut faire une demande de décision préjudicielle en application de l'article 267 TFUE. S'il s'agit d'une juridiction suprême, elle est même obligée de poser des questions préjudicielles. Compte tenu de ces considérations, l'interprétation uniforme du droit de l'Union garantie par l'article 267 TFUE est donc garantie dans l'affaire au principal.

29 Dans la présente affaire, il est en outre pertinent que, en vertu du droit allemand, lors de l'appréciation de la question de savoir s'il existe un motif d'annulation, le juge national doit contrôler d'office la compatibilité de la sentence arbitrale avec le droit de l'Union.

30 Le gouvernement néerlandais comprend que le juge allemand (tout comme le juge néerlandais) doit annuler une sentence arbitrale en cas d'incompatibilité avec **[Or. 8]** l'ordre public, après examen aussi bien du droit national que du droit de l'Union. Conformément à l'arrêt Eco Swiss (arrêt du 1er juin 1999, Eco Swiss, C‑126/97, EU:C:1999:269, point 36), il doit à cet égard examiner si la sentence arbitrale méconnait une disposition fondamentale indispensable pour l'accomplissement des missions confiées à l'Union.

31 Dans le cadre de l'appréciation précitée, le juge allemand peut donc saisir la Cour en application de l'article 267 TFUE. La compétence de la Cour pour statuer dans le cadre d'un litige en dernière instance est ainsi préservée, ce qui ressort également du fait que les questions en cause lui ont été posées.

Conclusion

32 Compte tenu des considérations qui précèdent, le gouvernement néerlandais conclut que, dans des conditions telles que celles de l'affaire au principal, l'article 267 TFUE ne fait pas obstacle à une offre par un État membre de soumettre un différend l'opposant à un investisseur à la décision d'un tribunal arbitral, ainsi que le prévoit l'article 8, paragraphe 2, du TBI dans l'affaire au principal.

La troisième question

33 En cas de réponse négative à la première et à la deuxième question, la juridiction de renvoi souhaite, par sa troisième question, savoir si l'article 18 TFUE fait obstacle à une offre telle que celle prévue dans l'affaire au principal à l'article 8, paragraphe 2, du TBI.

34 Avant de répondre à cette question, le gouvernement néerlandais se demande tout d'abord si la réponse à cette question est nécessaire à la résolution concrète du différend opposant les parties à la procédure devant la juridiction de renvoi.

35 Dans l'affaire au principal, la Slovaquie considère que les investisseurs potentiels des autres États membres pourraient faire l'objet d'une discrimination par rapport à Achmea. L'affaire au principal porte toutefois sur un différend entre la Slovaquie et Achmea. La résolution du différend ne nécessite pas d'examiner la position juridique d'investisseurs hypothétiques d'autres États membres. Achmea n'a pas non plus considéré qu'elle faisait l'objet d'une discrimination qui découlerait de l'article 8, paragraphe 2, du TBI. Dans ces conditions, le gouvernement néerlandais n'est pas certain qu'il soit nécessaire de répondre à la troisième question pour statuer dans l'affaire au principal. **[Or. 9]**

36 Si la Cour devait en juger autrement, le gouvernement néerlandais considère que l'article 18 TFUE ne fait pas obstacle à une offre par un État membre de soumettre un litige l'opposant à un investisseur à la décision d'un tribunal arbitral, comme le prévoit l'article 8, paragraphe 2, du TBI dans l'affaire au principal.

37 Le gouvernement néerlandais ne comprend pas bien comment des investisseurs hypothétiques d'autres États membres seraient défavorisés par rapport à Achmea. Le droit de l'Union est entièrement applicable en Slovaquie et aux Pays-Bas et protège sans restriction les investisseurs étrangers des États membres autres que la Slovaquie et les Pays-Bas contre d'éventuelles mesures ou pratiques qui seraient contraires au droit de l'Union.

38 De même, le gouvernement néerlandais considère qu'il n'y a pas de discrimination résultant du seul fait qu'une clause compromissoire telle que celle prévue à l'article 8 du TBI confère des droits procéduraux à des investisseurs d'un État membre spécifique.

39 En effet, la Cour a, dans l'arrêt D (arrêt du 5 juillet 2005, D., C‑376/03, EU:C:2005:424) clairement indiqué que l'existence de conventions bilatérales qui accordent des avantages à des personnes ou à des entreprises établies dans certains États membres, alors que ce même avantage n'est pas accordé à des personnes ou à des entreprises établies dans d'autres États membres, ne viole pas en soi les dispositions relatives à la libre circulation. La Cour a également jugé dans cet arrêt que le fait que des droits et obligations réciproques ne s'appliquent qu'à des personnes résidentes de l'un des deux États membres contractants est une

conséquence inhérente à ce type de conventions bilatérales, d'où il découle que les personnes qui résident, ou les entreprises qui sont établies, dans un autre État membre ne se trouvent pas dans la même situation (voir point 61 de l'arrêt).

40 Dans ce contexte, le gouvernement néerlandais considère qu'une offre par un État membre de régler un litige l'opposant à un particulier par la voie arbitrale ne saurait entraîner une discrimination, dès lors qu'un investisseur d'un autre État membre que la Slovaquie ou les Pays-Bas ne se trouve pas dans la même situation que les investisseurs de ces États membres. **[Or. 10]**

41 Dans la mesure où il conviendrait de considérer qu'une telle offre donne lieu à une distinction, en Slovaquie, entre les investisseurs des Pays-Bas et de la Slovaquie, d'une part, et les investisseurs des autres États membres de l'Union, le gouvernement néerlandais présente les observations qui suivent.

42 Il découle de la jurisprudence de la Cour que la suppression d'un avantage n'est pas le seul moyen de remédier à une éventuelle discrimination. Le droit de l'Union laisse aux États membres la liberté de supprimer une discrimination qui résulte d'une convention bilatérale en accordant l'avantage *aux ressortissants des autres États membres* (arrêts du 27 septembre 1988, Matteucci, 235/87, EU:C:1988:460, point 16 ; du 21 septembre 1999, Saint-Gobain ZN, C‑307/97, EU:C:1999:438, points 57 à 59 et du 15 janvier 2002, Gottardo, C‑55/00, EU:C:2002:16, point 34).

43 Compte tenu des considérations qui précèdent, le gouvernement néerlandais est d'avis que le droit de l'Union ne comporte pas d'exigences ou d'obligations juridiques en ce sens que la clause compromissoire prévue à l'article 8 du TBI ne peut s'appliquer dans un différend opposant l'une des parties contractantes à un investisseur de l'un de ces États membres. La clause reste valable et peut, le cas échéant, être appliquée à l'égard d'investisseurs d'autres États membres.

Conclusion

44 Compte tenu des considérations qui précèdent, le gouvernement néerlandais conclut que l'article 18 TFUE ne fait pas obstacle à une offre par un État membre de soumettre un litige qui l'oppose à un investisseur à la décision d'un tribunal arbitral comme le prévoit l'article 8, paragraphe 2, du TBI dans l'affaire au principal.

Observations complémentaires

45 Dans le cas où la Cour devait considérer que l'article 8 du TBI doit être examiné au regard de la liberté d'établissement et/ou de la libre circulation des capitaux prévues aux articles 49 et 63 TFUE, le gouvernement néerlandais relève que les considérations ci-dessus relatives à l'article 18 TFUE sont applicables mutatis mutandis à une appréciation au regard de la liberté d'établissement et/ou de la libre circulation des capitaux. **[Or. 11]**

III. Conclusion

46 Compte tenu des considérations qui précèdent, le gouvernement néerlandais invite la Cour à répondre aux questions préjudicielles comme suit :

« *Les articles 344, 267 et 18 TFUE ne font pas obstacle à une offre d'un État membre de soumettre un différend qui l'oppose à un investisseur à la décision d'un tribunal arbitral comme le prévoit l'article 8, paragraphe 2, du TBI* ».

Mielle Bulterman Jurian Langer

En qualité d'agents

La Haye, le 25 août 2016