



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, le 30 août 2016
sj.c(2016) 5385926
ORIG.: DE

À MONSIEUR LE PRÉSIDENT ET AUX MEMBRES DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

Observations écrites relatives à une demande de décision préjudicielle, présentées conformément à l'article 23, deuxième alinéa, du protocole sur le statut de la Cour de justice

La **Commission européenne**, représentée par M. Friedrich Erlbacher, son conseiller juridique, ainsi que MM. Julio Baquero Cruz, Luigi Malferrari et Tim Maxian Rusche, membres de son service juridique,

ayant élu domicile à l'antenne du service juridique de la Commission, 11 rue A. Weicker, L-2721 Luxembourg, et consentant à la signification de tous les actes de procédure via e-Curia,

a l'honneur, dans l'affaire **C-284/16**,

ayant pour objet un renvoi préjudiciel dans le litige opposant

la **République slovaque**, représentée par le ministère des finances de la République slovaque, en la personne du ministre des finances M. Peter Kažimír, Stefanovicova 5, Bratislava, République slovaque, représentée par le cabinet d'avocats von Plehwe & Schäfer,

partie demanderesse et requérante au pourvoi au principal,

à

Achmea B.V. (anciennement EUREKO B.V.), en la personne de son directeur M. Wilhelm A. J. van Duin, Handelsweg 2, Zeist, Pays-Bas, représentée par M^{es} Ziemons et Raeschke-Kessler,

partie défenderesse et défenderesse au pourvoi au principal,

(juridiction a quo: Bundesgerichtshof, Allemagne)

de présenter les observations écrites suivantes.

Table des matières

1.	INTRODUCTION.....	4
2.	DESCRIPTION DE LA PROCEDURE AU PRINCIPAL	9
3.	QUESTIONS PREJUDICIELLES.....	10
4.	DISPOSITIONS APPLICABLES.....	11
4.1.	Droit de l'Union	11
4.2.	Droit national et droit international public	12
5.	REMARQUES PRELIMINAIRES: CONSTATATIONS DU BUNDESGERICHTSHOF QUI NE FONT PAS PARTIE DE LA QUESTION PREJUDICIELLE MAIS REVETENT UNE IMPORTANCE DE PRINCIPE.....	15
5.1.	La règle de conflit applicable au rapport entre le TBI et le droit de l'Union	16
5.2.	La densité du contrôle d'ordre public	17
6.	APPRECIATION JURIDIQUE DES DEUX PREMIERES QUESTIONS PREJUDICIELLES PAR LA COMMISSION	17
6.1.	Remarque liminaire: Les deux premières questions préjudicielles appellent une réponse commune étant donné qu'elles portent sur les particularités de l'ordre juridique de l'Union en tant qu'ordre juridique nouveau, doté d'organes propres	17
6.2.	Les particularités de l'ordre juridique de l'Union, notamment de son système de protection juridictionnelle: un ordre juridique autonome avec un système de protection juridictionnelle complet.....	19
6.3.	Nature juridique et conséquences d'une clause comme l'article 8 du TBI.....	20
6.4.	Une clause telle que l'article 8 du TBI n'est pas compatible avec la spécificité de l'ordre juridique de l'Union et notamment avec le système de protection juridictionnelle complet prévu par les traités	25
6.4.1.	Le critère de contrôle applicable: la menace pour l'ordre juridique de l'Union	25
6.4.2.	Article 344 TFUE: les Pays-Bas et la Slovaquie sont convenus, dans un traité international entre États membres, de soumettre leurs différends relatifs à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par le droit de l'Union.....	26
6.4.2.1.	Il est acquis, sur la base de la jurisprudence des juridictions de l'Union, que l'article 344 TFUE n'est pas circonscrit aux différends entre États membres	27
6.4.2.2.	Un différend tombant sous le coup de l'article 8 du TBI est un différend relatif à l'interprétation et à l'application des traités	29
6.4.2.3.	Les termes de l'article 344 TFUE et le système du traité plaident en faveur de l'applicabilité de cet article à tout arbitrage entre investisseurs et État fondé sur une clause telle que l'article 8 du TBI	31

6.4.2.4.	Le sens et la finalité de l'article 344 TFUE corroborent également la position juridique de la Commission - contrairement à l'avis de la juridiction a quo.....	32
6.4.2.5.	Résumé: violation de l'article 344 TFUE.....	34
6.4.3.	Article 267 TFUE: les tribunaux arbitraux qui interviennent sur la base d'une règle telle que l'article 8 du TBI sont compétents pour l'interprétation et l'application du droit de l'Union sans avoir ni la possibilité ni l'obligation de saisir la Cour à titre préjudiciel: partant, ce type de règle nationale enfreint l'article 267 TFUE.....	34
6.4.3.1.	Une clause telle que l'article 8 du TBI est fondamentalement différente, de par sa nature juridique, d'une clause compromissoire conclue dans un contrat de droit privé ou commercial	35
6.4.3.2.	Le TBI est un accord de droit international public entre deux États membres et le droit de l'Union est un droit applicable dans sa globalité	39
6.4.4.	Compétence dans le domaine de la protection des investissements, article 19, paragraphe 1, TUE, principes généraux du droit de l'Union (autonomie, effectivité, cohérence et unité du droit de l'Union) et principe de confiance mutuelle dans le système juridictionnel des États membres	40
7.	APPRECIATION JURIDIQUE DE LA TROISIEME QUESTION PREJUDICIELLE PAR LA COMMISSION: UNE CLAUSE TELLE QUE L'ARTICLE 8 DU TBI CREE UNE DISCRIMINATION FONDEE SUR LA NATIONALITE; IL NE PEUT Y ETRE REMEDIE PAR UNE EXTENSION A TOUS LES INVESTISSEURS ORIGINAIRES D'AUTRES ÉTATS MEMBRES.....	42
7.1.	Existence d'une discrimination	42
7.2.	Conséquence juridique de la discrimination.....	44
8.	ACCORDS INTERNATIONAUX DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS CONCLUS AVEC DES PAYS TIERS.....	47
9.	PROPOSITION DE REPONSE AUX QUESTIONS PREJUDICIELLES	48

En réponse à la demande de décision préjudicielle de la Cour fédérale de justice (Bundesgerichtshof), la Commission a l'honneur de présenter les observations suivantes¹.

1. INTRODUCTION²

1. En 1991, le pays qui s'appelait alors la Tchécoslovaquie et le Royaume des Pays-Bas ont conclu, avec effet au 1^{er} octobre 1992, un accord relatif à la promotion et la protection réciproque des investissements («traité bilatéral d'investissement» [Bilateral investment treaty], ci-après le TBI; une version allemande de cet accord se trouve à l'annexe AST 27 du mémoire déposé par la partie demanderesse au principal le 31 janvier 2013 auprès du Tribunal régional supérieur de Francfort-sur-le-Main (OLG Frankfurt) et une traduction anglaise figure à l'**annexe S.1**). La Slovaquie, en tant qu'ayant droit de la Tchécoslovaquie, a succédé aux droits et obligations de cette dernière en vertu du TBI le 1^{er} janvier 1993.
2. L'article 8 du TBI stipule que les différends entre l'une des parties contractantes et un investisseur de l'autre partie contractante sont réglés par un tribunal arbitral qui opère conformément au règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (ci-après: le règlement d'arbitrage de la CNUDCI, joint en **annexe S.2**). Il s'agit là de ce que l'on appelle un «*arbitrage entre investisseurs et État*» [investor-State arbitration], connu aussi sous l'acronyme *RDIE*³.
3. Les traités internationaux de protection des investissements prévoyant la possibilité de régler les différends via l'arbitrage entre investisseurs et États ont été élaborés par les pays industriels occidentaux, exportateurs de capitaux, durant la seconde moitié du 20^{ème} siècle, en tant qu'instrument de protection juridictionnelle lors d'investissements dans les pays en développement (et à partir de 1990 dans les anciens pays à commerce d'État). Le *Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements* (CIRDI), institué au sein de la Banque mondiale par un traité international, à savoir la convention de Washington⁴, a joué un rôle important dans ce contexte. Les pays industrialisés occidentaux n'ont pas conclu

¹ La Commission a consulté le dossier judiciaire de l'affaire au principal au greffe de la Cour et a réalisé une copie des principaux documents. Elle s'y référera dans son mémoire lorsque cela lui paraîtra opportun.

² Voir également l'exposé des faits aux points 1 à 5 de l'ordonnance de renvoi.

³ L'acronyme signifie: *règlement des différends entre investisseurs et États*.

⁴ Recueil des traités des Nations unies, vol. 575 (1966), n° 8359 (p. 160 et suivantes).

de tels accords entre eux, chacun se fiant à son propre système juridique national (et aussi, dans le cas des États membres de l'Union, au droit de l'Union⁵).

4. Une procédure arbitrale fondée sur le TBI a opposé la requérante et la défenderesse au pourvoi au principal dans le cadre de la procédure au principal. Cette procédure arbitrale a démarré le 1^{er} octobre 2008, soit plus de quatre ans après l'adhésion de la Slovaquie à l'Union (voir la «*sentence sur la compétence, l'arbitrabilité et la suspension*» [award on jurisdiction, arbitrability and suspension] du tribunal arbitral du 26 octobre 2010, jointe en **annexe S.3**, point 10).
5. Le tribunal arbitral a fixé son siège à Francfort-sur-le-Main. Par conséquent, en vertu de l'article V, paragraphe 1, point c), de la convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (jointe en **annexe S.4**), ce sont les juridictions allemandes qui sont compétentes pour connaître de la procédure d'annulation des sentences arbitrales rendues durant cette procédure d'arbitrage (c'est-à-dire, outre la «*sentence sur la compétence, l'arbitrabilité et la suspension*» – la «*sentence finale*» [final award] du 7 décembre 2012, jointe en **annexe S.5**, ci-après: la sentence arbitrale attaquée).
6. Le critère d'appréciation à utiliser à cet égard résulte de l'article 1059 du code de procédure civile allemand (ZPO). Selon son paragraphe 2, point 1a, une sentence arbitrale doit notamment être annulée si l'intervention du tribunal arbitral était dépourvue de base juridique, autrement dit si la clause compromissoire ou le traité international de protection des investissements étaient nuls ou inapplicables.
7. Dans la procédure devant les juridictions allemandes compétentes, la Slovaquie a avancé toute une série d'arguments tendant à faire annuler la sentence arbitrale. La juridiction a quo concentre ses doutes en un point: elle se demande s'il est compatible avec le droit de l'Union de convenir, dans un traité international de protection des investissements entre deux États membres de l'Union, que les différends entre une partie contractante et un investisseur de l'autre partie contractante seront tranchés par un tribunal arbitral.
8. Ses doutes s'articulent autour de deux axes thématiques. En premier lieu, la juridiction a quo se demande si ce type d'arbitrage entre investisseurs et État est compatible avec les principes du système juridique de l'Union, notamment avec

⁵ Voir aussi les points 130 à 134 ci-après.

l'autonomie de son ordre juridique et le système de protection juridictionnelle prévu par les traités. Elle relie ces doutes aux articles 344 et 267 TFUE.

9. En deuxième lieu, la juridiction a quo relève que l'arbitrage entre investisseurs et État n'est pas une possibilité ouverte à tous les investisseurs originaires d'autres États membres, mais seulement à ceux de l'autre État partie au traité international de protection des investissements. Elle y voit une possible discrimination et se demande s'il en résulte qu'un arbitrage entre investisseurs et État tel qu'il est prévu dans le TBI constitue une violation du droit de l'Union.
10. La juridiction a quo conclut provisoirement qu'aucun de ces deux axes thématiques ne conduit à une violation du droit de l'Union. Concernant le premier, elle défend l'opinion juridique selon laquelle l'article 344 TFUE n'est applicable qu'aux différends entre États membres tandis que le respect de l'article 267 TFUE est garanti par la possibilité de saisine de la Cour de Justice dont disposent, dans le cadre d'un recours en annulation, les juridictions nationales du pays où le tribunal arbitral a son siège ou encore toute juridiction nationale d'un État membre dans le cadre d'une action en reconnaissance ou en exécution de la sentence arbitrale.
11. Concernant le deuxième axe thématique, la juridiction a quo part du principe qu'il y a discrimination fondée sur la nationalité. Selon elle, la conséquence juridique qui en découle n'est cependant pas l'incompatibilité d'une telle règle d'un traité international de protection des investissements avec le droit de l'Union, mais l'extension de son champ d'application de façon à y inclure tous les investisseurs des autres États membres.
12. La Commission défend la thèse opposée. Elle a exposé son opinion juridique dans une série d'observations en tant qu'*amicus curiae* devant plusieurs tribunaux arbitraux (dont celui qui a rendu la sentence arbitrale litigieuse en l'espèce). Elle y a notamment fait valoir qu'il est contraire au droit de l'Union de soumettre des différends à l'arbitrage entre investisseurs et État dans un traité international de protection des investissements conclu entre deux États membres.
13. En outre, elle considère que ces traités internationaux de protection des investissements sont dans leur ensemble incompatibles avec le droit de l'Union étant donné que le droit de l'Union offre une protection complète aux investisseurs (notamment à travers les libertés fondamentales et la charte des droits fondamentaux) et qu'il existe un risque d'incompatibilité entre la protection des investisseurs en droit de l'Union et celle convenue entre deux États membres en droit international public.

Ce risque d'incompatibilité est dû au fait que la protection des investissements en droit de l'Union et celle convenue entre États membres selon les règles du droit international public se recoupent sur le fond, sans offrir toutes les deux nécessairement le même niveau de protection puisque, d'une part, le contenu des règles n'est pas identique et d'autre part, la pratique des tribunaux arbitraux n'est pas uniforme. Les observations présentées par la Commission en tant qu'*amicus curiae* dans la procédure arbitrale litigieuse ainsi que dans une procédure arbitrale ultérieure, menée sur la base du même TBI (*US Steel* contre *Slovaquie*), à laquelle la juridiction a quo se réfère aux points 22, 38, 69 et 78 de l'ordonnance de renvoi, figurent aux **annexes S.6 et S.7**.

14. La Commission est également intervenue en tant qu'*amicus curiae* dans une série d'autres arbitrages entre investisseurs et État fondés sur des dispositions similaires, figurant dans d'autres traités internationaux de protection des investissements entre États membres, devant les juridictions arbitrales saisies de ces affaires et a défendu ce même point de vue. Elle s'abstient de produire ici les documents en question, mais elle les tient à la disposition de la Cour si celle-ci souhaite les consulter.
15. Avant l'élargissement de l'Union en 2004, il n'existait que deux traités internationaux de protection des investissements entre États membres, entre l'Allemagne et la Grèce ainsi qu'entre l'Allemagne et le Portugal. Ils avaient été conclus avant que la Grèce et la Portugal n'adhèrent à l'Union européenne. En outre, ils ne prévoyaient pas d'arbitrage entre investisseurs et État, mais uniquement une procédure arbitrale entre les États⁶.
16. L'élargissement de l'Union en 2004 a eu pour conséquence que les très nombreux traités internationaux de protection des investissements que les anciens et les nouveaux États membres avaient conclus avant l'élargissement sont devenus des traités internationaux entre États membres. Leur nombre a ainsi presque atteint 200 et la grande majorité d'entre eux autorise l'arbitrage entre investisseurs et État. (voir l'**annexe S.8** - «*Règlement des différends entre investisseurs et États: Suivi de l'évolution en 2015*» [Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2015], p. 4).

⁶ Voir l'article 11 du traité du 27 mars 1961 entre la République fédérale d'Allemagne et le Royaume de Grèce concernant la promotion et la protection réciproque des investissements ainsi que l'article 10 du traité du 16 septembre 1980 entre la République fédérale d'Allemagne et la République portugaise concernant la promotion et la protection réciproque des investissements.

17. Jusqu'à présent, les juridictions arbitrales, y compris le tribunal dont la sentence a été attaquée par la Slovaquie devant la juridiction a quo, n'ont pas suivi la position juridique de la Commission.
18. Cette dernière a donc, en vertu de l'article 258, premier alinéa, TFUE, initié des procédures d'infraction visant, entre autres, les Pays-Bas et la Slovaquie. La Commission voit un manquement aux obligations du traité dans le fait que, premièrement, le TBI est resté formellement en vigueur, en droit international public, au-delà du 1^{er} mai 2004, date de l'adhésion de la Slovaquie à l'Union, puisque les Pays-Bas et la Slovaquie ne l'ont pas expressément éliminé de l'ordre juridique international et, deuxièmement, les procédures arbitrales pendantes à cette date se sont poursuivies sur la base du TBI. La Commission a envoyé une lettre de mise en demeure aux deux États membres en juin 2015 (la lettre adressée à la Slovaquie a déjà été produite en tant qu'annexe RBB1 au mémoire de la partie requérante au pourvoi au principal dans la procédure au principal, le 5 octobre 2015; la Commission présente à la Cour, en **annexe S.9**, la version de travail de cette lettre, en anglais). En sus des questions litigieuses en l'espèce, la Commission y fait valoir que le TBI enfreint l'article 3, paragraphe 2, TFUE tel qu'il a été interprété par l'arrêt dans l'affaire *Pringle*⁷, les articles 49 et 63 TFUE, 107 et 108 TFUE ainsi que l'article 75, premier alinéa, et l'article 215 TFUE.
19. Parallèlement à cela, la Commission a également envoyé des lettres de mise en demeure au titre de l'article 258, premier alinéa, TFUE à la Roumanie, la Suède et l'Autriche au sujet du traité international de protection des investissements entre la Roumanie et la Suède et de celui entre l'Autriche et la Slovaquie. Deux arbitrages entre investisseurs et État avaient été réalisés sur la base de ces traités, l'un dans l'affaire *Micula contre Roumanie* et l'autre dans l'affaire *European-American Investment Bank (EURAM) contre Slovaquie*, dans lesquelles la Commission était également intervenue en tant qu'*amicus curiae*. Dans l'affaire *Micula contre Roumanie*, la Commission a considéré le versement de l'indemnisation octroyée par la sentence arbitrale comme une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, et a interdit à la Roumanie de la mettre à exécution⁸. Cette décision est au cœur de

⁷ Arrêt *Pringle*, C-370/12, EU:C:2012:756, points 100 et 101.

⁸ Décision (UE) 2015/1470 de la Commission du 30 mars 2015 concernant l'aide d'État SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) mise en œuvre par la Roumanie — Sentence arbitrale dans l'affaire *Micula/Roumanie* du 11 décembre 2013 (JO L 232 du 4.9.2015, p. 43)

plusieurs procédures pendantes devant le Tribunal⁹. En outre, diverses procédures judiciaires nationales sont pendantes aux États-Unis, en Belgique, au Luxembourg, en France, en Roumanie et au Royaume-Uni, dans lesquelles les Frères *Micula* et leurs entreprises s'efforcent de faire reconnaître et exécuter la sentence arbitrale, contre la décision de la Commission. La Commission s'est constituée partie intervenante dans toutes ces procédures¹⁰.

20. La présente affaire est donc d'une importance fondamentale pour l'unité du droit de l'Union et l'intégrité du système de protection juridictionnelle prévu par les traités.

2. DESCRIPTION DE LA PROCEDURE AU PRINCIPAL¹¹

21. Depuis l'année 2004, la Slovaquie a ouvert le secteur de l'assurance maladie à la concurrence. Elle a ainsi attiré d'importants investissements directs en provenance d'autres États membres, notamment de la part de la partie défenderesse au pourvoi au principal. Après un changement de gouvernement, la Slovaquie a recommencé, en 2006, à réglementer ce secteur davantage. Elle a notamment imposé de nouvelles exigences réglementaires aux organismes d'assurance maladie privés, dont une interdiction de bénéfice.

22. Dans le cadre de la procédure au principal, la partie défenderesse au pourvoi au principal a sollicité une protection juridictionnelle contre cette décision uniquement en faisant jouer l'arbitrage entre investisseurs et État. Elle a réclamé dans ce contexte des dommages et intérêts pour les coûts supplémentaires que lui avaient occasionnés les nouvelles exigences réglementaires.

23. A la suite d'un recours interinstitutionnel formé par un groupe de députés du Parlement slovaque, la Cour constitutionnelle slovaque a annulé l'une de ces nouvelles exigences réglementaires, à savoir l'interdiction de bénéfice, avec effet pour l'avenir.

24. Le tribunal arbitral a attribué des dommages et intérêts à hauteur de 22 millions d'euros à la défenderesse.

⁹ Affaires T-704/15, T-694/15 et T-624/15.

¹⁰ La base juridique de son intervention est constituée par l'article 29, paragraphe 2, du règlement (UE) 2015/1589 du 13 juillet 2015 portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JO L 248 du 24.9.2015, p. 9.

¹¹ Voir également les points 6 à 8 de l'ordonnance de renvoi.

25. Au total, quatre procédures se sont déroulées devant les juridictions allemandes. Pour commencer, la Slovaquie a attaqué la *sentence sur la compétence, l'arbitrabilité et la suspension* du tribunal arbitral du 26 octobre 2010 (**annexe S.3**) devant l'OLG Frankfurt. Son recours a échoué. Un premier pourvoi, introduit contre cet arrêt de l'OLG Frankfurt auprès du Bundesgerichtshof, est devenu sans objet car le tribunal arbitral a rendu sa *sentence finale* le 7 décembre 2012 (**annexe S.5**), avant que le Bundesgerichtshof ne statue sur le pourvoi. En vertu du droit allemand applicable, la Slovaquie devait alors attaquer la *sentence finale* devant l'OLG Frankfurt, ce qu'elle a fait, mais l'OLG Frankfurt l'a de nouveau déboutée. La Slovaquie a donc réintroduit un pourvoi devant le Bundesgerichtshof.
26. C'est dans le cadre de cette procédure que le Bundesgerichtshof saisit aujourd'hui la Cour de justice de trois questions préjudicielles. Le Bundesgerichtshof partage la position juridique du tribunal arbitral et de l'OLG Frankfurt, qui sont d'avis que l'arbitrage entre investisseurs et État prévu à l'article 8 du TBI ne viole pas le droit de l'Union. S'il a néanmoins choisi de procéder à ce renvoi préjudiciel, c'est notamment en raison de la position juridique contraire exprimée par la Commission dans ses observations en tant qu'*amicus curiae* dans la procédure arbitrale litigieuse et dans la procédure arbitrale *U.S. Steel* contre *Slovaquie* (**annexes S.6 et S.7**) ainsi que dans la lettre de mise en demeure envoyée au titre de l'article 258 TFUE (voir le point 18 *supra* et l'**annexe S.9**) (voir les points 22, 38, 69 et 78 de l'ordonnance de renvoi).

3. QUESTIONS PREJUDICIELLES

27. Le Bundesgerichtshof saisit la Cour des questions relatives à l'interprétation des articles 344 et 267 TFUE et de l'article 18, premier alinéa, TFUE 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?»

4. DISPOSITIONS APPLICABLES

4.1. Droit de l'Union

28. Les éléments du système de protection juridictionnelle de l'Union qui sont déterminants en l'espèce sont définis à l'article 19, paragraphe 1, TUE et aux articles 267 et 344 TFUE comme suit:

«Article 19 TUE

1. La Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés. Elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités.

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.

Article 267 TFUE

La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel:

- a) sur l'interprétation des traités,
- b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union.

Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction 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. [...]

Article 344

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.»

29. Les dispositions relatives à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux ainsi qu'au principe général de non-discrimination sont inscrites aux articles 49, 63 et 18 TFUE:

«Article 49

«Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions

à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre.

La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux.»

Article 63 TFUE

1. Dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites.

2. Dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites.

Article 18 TFUE

Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité. [...]»

4.2. Droit national et droit international public¹²

30. Les articles 1040 et 1059 du code de procédure civile allemand sont libellés comme suit:

Article 1040 Compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence

(1) Le tribunal peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. À cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat.

(2) L'exception d'incompétence du tribunal arbitral peut être soulevée au plus tard lors du dépôt des conclusions en défense. Le fait pour une partie d'avoir désigné un arbitre ou d'avoir participé à sa désignation ne la prive pas du droit de soulever cette exception. L'exception prise de ce que la question litigieuse excéderait les pouvoirs des arbitres doit être soulevée dès que la question alléguée comme excédant leurs pouvoirs est soulevée pendant la procédure arbitrale. Le tribunal arbitral peut, dans l'un ou l'autre cas, admettre une exception soulevée après le délai prévu, s'il estime que le retard est dû à une cause valable.

(3) Si le tribunal arbitral estime qu'il est compétent, il statue sur l'exception visée au paragraphe 2 en règle générale par une sentence intérimaire. Dans cette

¹² Les dispositions du droit international pertinentes en l'espèce ne font pas partie du droit de l'Union puisque le TBI n'en fait pas partie non plus et que l'application du règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 résulte du TBI.

hypothèse, chaque partie peut, dans un délai d'un mois, après avoir été avisée de cette sentence, demander à un tribunal étatique de rendre une décision. En attendant qu'il soit statué sur cette demande, le tribunal arbitral est libre de poursuivre la procédure arbitrale et de rendre une sentence.

Article 1059 Demande d'annulation

(1) Le recours formé devant un tribunal étatique contre une sentence arbitrale ne peut prendre la forme que d'une demande d'annulation conformément aux paragraphes 2 et 3.

(2) La sentence arbitrale ne peut être annulée que si

1. la partie en faisant la demande est fondée à faire valoir
 - a) qu'une partie à la convention d'arbitrage visée aux articles 1029, 1031 était, en vertu de la loi à elle applicable, frappée d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi allemande ou
 - b) qu'elle n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses moyens, ou
 - c) que la sentence porte sur un différend non visé par le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des dispositions qui dépassent les termes de la convention d'arbitrage; étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions non soumises à l'arbitrage pourra être annulée; ou
 - d) que la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme aux dispositions du présent livre ou à une convention licite des parties et qu'il doit être présumé que ce défaut avait un effet sur la sentence, ou
2. si le juge national compétent constate
 - a) que l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi allemande, ou
 - b) que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence conduirait à un résultat contraire à l'ordre public.

(3) Sauf convention contraire des parties, une demande d'annulation doit être présentée devant le juge national compétent dans un délai de trois mois. Le délai court à compter de la date à laquelle la partie présentant cette demande a reçu

communication de la sentence. Si une demande a été faite en vertu de l'article 1058, le délai est prorogé d'un mois au maximum, à compter de la réception de la décision sur cette demande. La demande d'annulation ne peut plus être introduite si la sentence arbitrale a été déclarée exécutoire par un tribunal allemand.

(4) Lorsqu'il est prié d'annuler une sentence, le juge national compétent peut, le cas échéant et à la demande d'une partie, renvoyer l'affaire au tribunal arbitral en annulant la sentence.

(5) L'annulation a, en cas de doute, pour conséquence que la convention d'arbitrage sera remise en vigueur à l'égard de l'objet du litige.»

31. L'article 8 du TBI (**annexe S.1**) est rédigé comme suit:

«Article 8

(1) Tout différend entre l'une des parties contractantes et un investisseur de l'autre partie contractante relatif à un investissement de ce dernier est, autant que possible, réglé à l'amiable.

(2) Chacune des parties contractantes consent par la présente à ce qu'un différend au sens du paragraphe 1 du présent article soit soumis à un tribunal arbitral s'il n'a pas été réglé à l'amiable dans un délai de six mois à partir de la date à laquelle l'une des parties au différend en a demandé le règlement amiable.

(3) Le tribunal arbitral visé au paragraphe 2 du présent article est constitué pour chaque cas de la manière suivante: chaque partie au différend désigne un arbitre et les deux arbitres ainsi désignés choisissent ensemble un troisième arbitre, ressortissant d'un État tiers, qui sera président du tribunal; chaque partie au différend désigne son arbitre dans les deux mois à compter de la date à laquelle l'investisseur a notifié l'autre partie contractante de sa décision de soumettre le différend à un tribunal arbitral, et le président est désigné dans un délai de trois mois à compter de la même date.

(4) Si les désignations n'ont pas eu lieu dans les délais sus-indiqués, chaque partie au différend peut inviter le président de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm à procéder aux désignations nécessaires. Si le président est ressortissant de l'une des parties contractantes ou s'il est dans l'impossibilité d'exercer ladite fonction pour toute autre raison, c'est le vice-président qui est invité à procéder aux désignations nécessaires. Si le vice-président est un ressortissant de l'une des parties contractantes ou s'il est également dans l'impossibilité d'exercer ladite fonction, c'est le membre le plus âgé de l'Institut d'arbitrage qui n'a pas la nationalité de l'une des parties contractantes qui est invité à procéder aux désignations nécessaires.

(5) Le tribunal arbitral fixe ses propres règles de procédure conformément au règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

(6) Le tribunal arbitral statue en droit, en tenant compte notamment, mais non exclusivement:

- du droit en vigueur dans la partie contractante concernée;

- des dispositions du présent accord et de tout autre accord pertinent entre les parties contractantes;
- des dispositions d'accords spéciaux relatifs à l'investissement;
- des principes généraux du droit international.

(7) Le tribunal statue à la majorité des votes; sa décision est définitive et obligatoire pour les parties au différend.»

32. Les articles 16 et 33 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 (**annexe S.2**) comportent les termes suivants:

«LIEU DE L'ARBITRAGE

Article 16

1. À défaut d'accord entre les parties sur le lieu de l'arbitrage, ce lieu est déterminé par le tribunal arbitral compte tenu des circonstances de l'arbitrage. [...]

4. La sentence est rendue au lieu de l'arbitrage.

LOI APPLICABLE, AMIABLE COMPOSITEUR

Article 33

1. Le tribunal arbitral applique la loi désignée par les parties comme étant la loi applicable au fond du litige. À défaut d'une telle indication par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce.

2. Le tribunal arbitral ne statue en qualité d'"amiable compositeur" (ex aequo et bono) que si le tribunal arbitral y a été expressément autorisé par les parties et si ce type d'arbitrage est permis par la loi applicable à la procédure arbitrale.

3. Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction.»

5. REMARQUES PRELIMINAIRES: CONSTATATIONS DU BUNDESGERICHTSHOF QUI NE FONT PAS PARTIE DE LA QUESTION PREJUDICIELLE MAIS REVETENT UNE IMPORTANCE DE PRINCIPE

33. La Commission se permet de commencer par souligner deux points de droit que le Bundesgerichtshof constate de manière définitive dans l'ordonnance de renvoi sans en faire l'objet de sa question préjudicielle mais qui sont d'une importance de principe et méritent donc d'être explicitement mentionnés ici. Il s'agit d'une part de la règle de conflit applicable au rapport entre le TBI et le droit de l'Union et d'autre part de la densité du contrôle d'ordre public.

5.1. La règle de conflit applicable au rapport entre le TBI et le droit de l'Union

34. La juridiction a quo considère à juste titre, aux points 16 à 22 de l'ordonnance de renvoi, que le droit de l'Union prévaut dans le rapport entre le TBI et le droit de l'Union.
35. Pour commencer, elle constate qu'en vertu de l'article 8, paragraphe 6, premier tiret, du TBI, le droit applicable à la procédure arbitrale est le droit de la Slovaquie, qui inclut le droit de l'Union en tant que droit de rang supérieur depuis le 1^{er} mai 2004.
36. Cette primauté s'applique également lorsqu'il s'agit de déterminer si le TBI est valable et si un tribunal arbitral peut donc fonder sa compétence sur son article 8 (point 18 de l'ordonnance de renvoi). Selon la juridiction de renvoi, la conclusion est identique si l'on se fonde sur l'article 8, paragraphe 6, deuxième tiret, du TBI puisque les dispositions du droit de l'Union sont supranationales (c'est-à-dire feraient partie du droit international) et applicables aux deux États contractants.
37. Ensuite, au point 21 de l'ordonnance de renvoi, la juridiction a quo rappelle que, selon la jurisprudence constante de la Cour, en cas de conflit, les dispositions du droit de l'Union priment, dans les matières qu'elles régissent, les règles convenues, avant leur entrée en vigueur, dans d'autres conventions entre les États membres¹³ et qu'une convention conclue par un État membre avec un autre État ne peut, à partir de l'adhésion de ce second État à l'Union européenne, s'appliquer dans les relations entre ces États, si elle se révèle contraire au droit de l'Union¹⁴. Toujours selon la juridiction de renvoi, il s'agirait là d'une règle spéciale du droit international, applicable aux relations entre États membres, qui l'emporte sur les dispositions de la convention de Vienne sur le droit des traités¹⁵ (voir aussi le point 85 de l'ordonnance de renvoi).
38. Vu que cette question reste extrêmement controversée dans la doctrine malgré la jurisprudence constante précitée de la Cour de justice et que de nombreux tribunaux arbitraux la tranchent autrement, la Commission trouverait opportun que ces règles de conflit fondamentales de droit de l'Union soient reconfirmées dans la présente procédure.

¹³ Arrêt *Matteucci*, 235/87, EU:C:1988:460, point 22 avec d'autres références.

¹⁴ Arrêts *Exportur*, C-3/91, EU:C:1992:420, point 8; *American Bud II*, C-478/07, EU:C:2009:521, point 98; et *Commission/Allemagne*, C-546/07, EU:C:2010:25, point 44.

¹⁵ Recueil des traités des Nations unies, vol. 1155 (1980), n° 18232 (p. 331).

5.2. La densité du contrôle d'ordre public

39. Sans motivation précise, la juridiction a quo déclare que la violation des dispositions du droit de l'Union sur la libre circulation des capitaux que la requérante au pourvoi reproche au tribunal arbitral n'est pas un motif susceptible de justifier l'annulation de la sentence pour cause de violation de l'ordre public (point 20 de l'ordonnance de renvoi). Il n'est pas clair si la raison en est que la juridiction a quo est d'avis que les dispositions du droit de l'Union relatives à la libre circulation des capitaux ne font pas partie de l'ordre public ou que cet argument ne peut être accueilli sur le fond car la violation n'a pas été établie.
40. Afin d'éviter tout malentendu, y compris dans la perspective de futures procédures devant des juridictions nationales, la Commission tient à souligner qu'elle considère les dispositions relatives à la libre circulation des capitaux et à la liberté d'établissement comme faisant partie intégrante de l'ordre public des États membres¹⁶, tout comme le droit de la concurrence ou celui de la protection des consommateurs¹⁷. Par ailleurs, la Commission considère que le TBI enfreint en lui-même la libre circulation des capitaux et la liberté d'établissement¹⁸.

6. APPRECIATION JURIDIQUE DES DEUX PREMIERES QUESTIONS PREJUDICIELLES PAR LA COMMISSION

6.1. Remarque liminaire: Les deux premières questions préjudicielles appellent une réponse commune étant donné qu'elles portent sur les particularités de l'ordre juridique de l'Union en tant qu'ordre juridique nouveau, doté d'organes propres

41. Les deux premières questions préjudicielles portent sur la compatibilité, avec l'ordre juridique de l'Union, d'un système autonome de règlement des différends instauré entre deux États membres par un traité international et habilité à appliquer et à interpréter le droit de l'Union.
42. La Cour de justice a pris position sur des questions similaires dans toute une série de décisions. Les avis 2/13 sur l'adhésion de l'Union européenne à

¹⁶ Concernant la libre circulation des capitaux, voir p.ex. l'arrêt *Commission/Espagne* («Régime d'autorisation administrative relatif à des entreprises privatisées»), C-463/00, EU:C:2003:272, point 68; s'agissant de la liberté d'établissement, voir l'arrêt *Commission/Belgique* («Notaires»), EU:C:2011:334, point 38.

¹⁷ Arrêt *Asturcom*, C-40/08, EU:C:2009:615, points 51 et 52; arrêt *Eco Swiss*, C-126/97, EU:C:1999:269, points 36 à 40.

¹⁸ Voir, pour plus de détails, la lettre de mise en demeure, **annexe S.9**, ainsi que les observations présentées par la Commission en tant *amicus curiae*, **annexes S.6 et S.7**.

la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, 1/09 sur la juridiction du brevet européen ou 1/91 sur la création de l'Espace économique européen sont particulièrement pertinents à ce propos.

43. Les avis 1/09 et 1/91 ont pour point commun de porter sur des projets de conventions internationales prévoyant un système autonome de règlement des différends habilité à appliquer et à interpréter le droit de l'Union. La notion de droit de l'Union doit être comprise ici au sens large, c'est-à-dire comme n'incluant pas uniquement la convention elle-même (qui devient partie intégrante du droit de l'Union dès que l'Union y adhère) mais également le droit de l'Union tel qu'il dérive des traités de l'UE. En outre, ces avis ont trait à l'application du droit de l'Union dans les relations juridiques entre États membres. De plus, dans l'avis 2/13, la Cour de justice a fait des constatations relatives aux caractéristiques de base de l'ordre juridique de l'Union qui sont importantes pour les questions de droit qui nous occupent ici.
44. Dans ses avis, la Cour n'a pas procédé à une appréciation isolée de la compatibilité des différents projets d'accords internationaux qu'elle devait analyser avec l'un ou l'autre article du traité, mais a examiné la compatibilité de ces accords avec les particularités de l'ordre juridique de l'Union en tant qu'ordre juridique nouveau, doté d'organes propres, autrement dit: avec le «droit constitutionnel de l'Union».
45. La Commission trouve donc judicieux de regrouper ses observations concernant la première et la deuxième question préjudicielle et de se pencher également sur l'article 19, paragraphe 1, TUE ainsi que sur les principes généraux du droit de l'Union d'autonomie, d'effectivité, de cohérence et d'unité et sur le principe de confiance mutuelle entre les systèmes juridictionnels des États membres. Ils font en effet partie intégrante des modes de règlement des différends relatifs à l'interprétation ou à l'application des traités qui sont prévus par ces derniers, dont il est question à l'article 344 TFUE. La Commission commencera donc par analyser les particularités de l'ordre juridique de l'Union, plus particulièrement de son système de protection juridictionnelle (voir **6.2**). Ensuite, elle examinera en détail la nature juridique et les conséquences d'une clause telle que l'article 8 du TBI, qui met en place, dans un traité international de protection des investissements conclu entre deux États membres, un arbitrage entre investisseurs et État (voir **6.3**). Dans un troisième stade, la Commission montrera qu'une telle clause n'est pas compatible avec les particularités de l'ordre juridique de l'Union et notamment pas avec le système de protection juridictionnelle complet prévu par les traités et qu'elle enfreint donc les articles 267 et

344 TFUE (sur lesquels la juridiction a quo s'appuie) ainsi que l'article 19, paragraphe 1, TUE, de même que les principes généraux du droit de l'Union d'autonomie, d'effectivité, de cohérence et d'unité (voir 6.4).

6.2. Les particularités de l'ordre juridique de l'Union, notamment de son système de protection juridictionnelle: un ordre juridique autonome avec un système de protection juridictionnelle complet

46. Aux points 157 à 176 et 191 de l'avis 2/13, aux points 65 à 70 et 83 de l'avis 1/09 et aux points 21, 30 et 35 de l'avis 1/91, la Cour de justice a décrit de manière détaillée les particularités de l'ordre juridique de l'Union, notamment de son système de protection juridictionnelle.

47. Les aspects les plus importants pour la présente procédure sont les suivants:

48. Pour commencer, la Cour a constaté, dans l'avis 2/13, aux points 174 à 176 (en se référant notamment à l'avis 1/09) que:

«Pour garantir la préservation des caractéristiques spécifiques et de l'autonomie de cet ordre juridique, les traités ont institué un système juridictionnel destiné à assurer la cohérence et l'unité dans l'interprétation du droit de l'Union.

Dans ce cadre, il appartient aux juridictions nationales et à la Cour de garantir la pleine application du droit de l'Union dans l'ensemble des États membres ainsi que la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent dudit droit (avis 1/09, EU:C:2011:123, point 68 et jurisprudence citée).

En particulier, la clef de voûte du système juridictionnel ainsi conçu est constituée par la procédure du renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE qui, en instaurant un dialogue de juge à juge précisément entre la Cour et les juridictions des États membres, a pour but d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union (voir, en ce sens, arrêt van Gend & Loos, EU:C:1963:1, p. 23), permettant ainsi d'assurer sa cohérence, son plein effet et son autonomie ainsi que, en dernière instance, le caractère propre du droit institué par les traités (voir, en ce sens, avis 1/09, EU:C:2011:123, points 67 et 83).»

49. Ensuite, la Cour a souligné que ce système juridictionnel prévu par le droit de l'Union, qui est composé, d'après l'article 19, paragraphe 1, TUE, des juridictions nationales et de la Cour de justice, est un ensemble complet de voies de recours¹⁹, autrement dit que la protection juridictionnelle y est assurée sans aucune lacune.

50. La Cour a également mis en exergue l'importance fondamentale que revêt, en droit de l'Union, le principe de la confiance mutuelle entre États membres²⁰, qui inclut en

¹⁹ Avis 1/09, point 70; arrêt *Unión de Pequeños Agricultores*, C-50/00P, EU:C:2002:462, point 40.

²⁰ Avis 2/13, points 168, 191, 194 et point 258, premier tiret; arrêts *Gazprom*, C-536/13, EU:C:2015:316; *N.S. e.a.*, C-411/10 et C-493/10, EU:C:2011:865, point 83; *Rinau*, C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, point 50; *Allianz SpA et Generali Assicurazioni Generali SpA contre West Tankers*, C-185/07,

particulier la confiance mutuelle entre leurs systèmes juridiques et judiciaires respectifs²¹.

51. Au sein de ce système de protection juridictionnelle complet créé par les traités et applicable aux actes de puissance publique adoptés par les institutions ou les États membres en application du droit de l'Union, le système prévu par les traités est grosso modo le suivant: les différends entre États membres ainsi que ceux qui opposent un État membre (ou une personne physique ou morale²²) et une institution de l'Union ou encore ceux qui opposent les institutions de l'Union entre elles sont résolus par la voie d'un recours direct devant les juridictions de l'Union; pour les différends entre personnes privées ou entre un État membre et une personne privée, ce sont les juridictions nationales qui sont compétentes, en tant que *juges de droit commun du droit communautaire*; les juridictions nationales peuvent - ou doivent notamment lorsqu'elles statuent en dernière instance - déférer à la Cour de justice pour décision préjudicielle les questions juridiques qui touchent le droit de l'Union.

6.3. Nature juridique et conséquences d'une clause comme l'article 8 du TBI

52. Le point de départ de l'analyse de la compatibilité du TBI avec l'ordre juridique de l'Union est le fait que l'article 8 du TBI créé un système nouveau et autonome de règlement des différends, sous la forme d'un arbitrage entre investisseurs et État fondé sur le règlement d'arbitrage de la CNUDCI.
53. Selon l'article 8, paragraphe 6, du TBI, le droit applicable par le tribunal arbitral dans le cadre de l'arbitrage entre investisseurs et État est le «*droit en vigueur dans la partie contractante concernée*» et les «*dispositions du présent accord et de tout autre accord pertinent entre les parties contractantes*». L'article 33 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI accepte cette élection de droit.
54. L'article 8, paragraphe 7, énonce que la sentence arbitrale qui met fin à l'arbitrage entre investisseurs et État est obligatoire et définitive («*binding and final*»).

EU:C:2009:69; *Turner*, C-159/02, EU:C:2004:228, point 24, et *Gözütok et Brügger*, C-187/01 et C-385/01, EU:C:2003:87, point 33.

²¹ *Ibid.*

²² Ceci ne vaut pas pour les litiges ayant pour base des contrats régis par le droit privé. Pour ceux-ci, les parties peuvent décider elles-mêmes du for.

55. Selon l'article 16 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le tribunal arbitral fixe son siège librement. Vu que le TBI ne contient aucune prescription à cet égard, le siège peut se trouver à l'intérieur ou à l'extérieur de l'Union.
56. Le TBI fait partie intégrante aussi bien de l'ordre juridique des Pays-Bas que de celui de la Slovaquie. Par conséquent, les Pays-Bas et la Slovaquie ont transféré les différends concernant la protection des investissements, pour ce qui est des investisseurs originaires de l'autre pays, à un organe spécifique de règlement des différends, à savoir à un tribunal arbitral à mettre sur pied pour chaque cas particulier.
57. Le droit que cet organe spécifique de règlement des différends doit appliquer inclut le droit de l'Union. Ce dernier fait en effet partie intégrante du droit national et est donc visé par l'article 8, paragraphe 6, premier tiret, du TBI (la juridiction a quo en a très justement jugé ainsi, dans le cadre de son appréciation souveraine du TBI, dont l'interprétation lui appartient étant donné qu'il s'agit d'un acte de droit international public n'appartenant pas au droit de l'Union; ce point est également accepté par les parties ainsi que par la sentence arbitrale litigieuse). De plus, le droit de l'Union est un droit supranational qui s'applique aux Pays-Bas et à la Slovaquie ainsi qu'à l'intérieur de ces États membres et qui doit donc être appliqué par cet organe de règlement des différends conformément à l'article 8, paragraphe 6, deuxième tiret, du TBI²³. Ainsi que la Commission l'a exposé de manière détaillée dans la lettre de mise en demeure (**annexe S.9**) ainsi que dans ses observations en tant qu'*amicus curiae* devant les tribunaux arbitraux (**annexes S.6 et S.7**), le droit de l'Union contient un droit complet de protection des investissements. Celui se compose notamment de la libre circulation des capitaux, de la liberté d'établissement et de la charte des droits fondamentaux, qui s'applique dans le champ d'application des libertés fondamentales. Un tribunal arbitral constitué sur la base de l'article 8 du TBI doit donc appliquer deux systèmes de droit de protection des investissements qui se recoupent: d'une part les dispositions matérielles du TBI, d'autre part les dispositions du droit de l'Union relatives à la protection des investissements.

²³ Voir, concernant le droit de l'Union en tant que droit applicable dans le cadre d'un traité international de protection des investissements entre deux États membres, l'exposé détaillé d'Andrea Giardina, «La question du droit applicable: L'application directe du droit européen et son influence sur le droit et l'arbitrage des investissements», dans: Catherine Kessedjian (Éd.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, Paris, 2011, p. 149 à 164.

58. Comme l'explique en détail la juridiction a quo, le tribunal arbitral n'a ni la possibilité ni l'obligation de saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel fondé sur l'article 267 TFUE (points 47 à 49 de l'ordonnance de renvoi).
59. La Commission n'ignore pas que l'avocat général *Wathelet*²⁴ a défendu récemment une position juridique différente à ce propos et que les auteurs de doctrine sont de plus en plus nombreux à considérer, y compris en application de la loi actuellement en vigueur, qu'un tribunal arbitral peut poser des questions préjudicielles conformément à l'article 267 TFUE²⁵.
60. Outre que ces opinions juridiques vont à l'encontre de la jurisprudence constante de la Cour, elles négligent un point décisif. Ainsi que le démontre de manière convaincante et minutieuse la juridiction a quo, la Cour de justice se fonde, pour déterminer si la juridiction qui la saisit est une juridiction nationale au sens de l'article 267 TFUE, sur toute une série de caractéristiques qui sont les suivantes: l'origine légale de l'organisme, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application, par l'organisme, des règles de droit, l'exercice d'une activité juridictionnelle ainsi que l'indépendance²⁶.
61. Dans le cas d'un arbitrage entre investisseurs et État fondé sur un accord international de protection des investissements entre deux États membres, la permanence et le caractère obligatoire de la juridiction font régulièrement défaut: le tribunal arbitral est en effet désigné de manière ad hoc et n'est donc pas permanent et, comme l'a dûment expliqué la juridiction a quo au point 49 de l'ordonnance de renvoi, il n'a pas de juridiction obligatoire. L'investisseur peut choisir entre le recours devant les juridictions ordinaires ou l'arbitrage entre investisseurs et État (et peut aussi, dans bien des cas, mener les deux en parallèle).

²⁴ Conclusions dans l'affaire *Genentech*, C-567/14, EU:C:2016:177, note en bas de page n° 34.

²⁵ Outre la doctrine citée au point 49 de l'ordonnance de renvoi, voir également, à titre d'exemple, Jürgen Basedow, «EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice» 32 *Journal of International Arbitration* (2015), p. 367–386; Konstanze von Papp, «Clash of "autonomous legal orders": Can EU Member States Courts bridge the jurisdictional divide between investment tribunals and the ECJ? A plea for direct referral from investment tribunals to the ECJ» 50 *Common Market Law Review* (2013), p. 1039-1082; John P. Gaffney, «Should Investment Treaty Tribunals Be Permitted to Request Preliminary Rulings From the Court of Justice of the European Union?» 2 *Transnational Dispute Management* (2013); Milos Olik et David Fyrbach, «The Competence of Investment Tribunals to Seek Preliminary Rulings from European Courts», *Czech Yearbook of International Law* 2011, p. 191-205.

²⁶ Voir par exemple l'arrêt *Dorsch Consult*, C-54/96, EU:C:1997:413, points 22 à 37, et, en dernier lieu, l'arrêt *Ascendi Beiras Litoral e Alta*, C-377/13, EU:C:2014:1754, points 23 à 34.

62. Partant, - et c'est un point qui jouera aussi un rôle crucial dans le cadre de la troisième question préjudicielle - le tribunal arbitral prévu par le TBI entre la Slovaquie et les Pays-Bas n'est pas un organe étatique. Au contraire, il opère dans l'espace transnational, sans attaches dans les États contractants. Cela a notamment pour conséquence - exactement comme pour la proposition initiale d'une Juridiction du brevet européen - qu'en cas de violation du droit de l'Union par le tribunal arbitral, la Commission serait dans l'impossibilité de lancer une procédure en manquement contre les États membres concernés et les particuliers ne pourraient pas former d'action en responsabilité de l'État contre ces États membres²⁷.
63. Comme l'a constaté la juridiction a quo, dans son appréciation souveraine du droit international public n'appartenant pas à l'ordre juridique de l'Union, à savoir du règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976, auquel renvoie l'article 8, paragraphe 5, du TBI (points 50 à 52 de l'ordonnance de renvoi), un tribunal arbitral créé en vertu du TBI n'est pas habilité à transmettre une question préjudicielle à la Cour de justice par l'intermédiaire du juge national étant donné que l'article 27 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI s'y oppose.
64. La sentence arbitrale est «contraignante et définitive»: tout contrôle juridictionnel par une instance supérieure est donc exclu. Le droit allemand ne permet - à l'instar de nombreux autres ordres juridiques nationaux des États membres - qu'un contrôle sommaire et limité de la sentence dans le pays où le tribunal arbitral a son siège.
65. En l'espèce, l'ordre juridique national autorise la vérification d'un point spécifique du droit de l'Union, à savoir la compatibilité de l'article 8 du TBI avec le droit de l'Union et donc la compétence du tribunal arbitral. C'est pour cette raison que la juridiction a quo peut effectivement poser une question préjudicielle sur ce point de «droit constitutionnel UE» spécifique.
66. Il s'agit toutefois là d'une exception et non de la règle, comme l'illustrent les deux exemples suivants.
67. Premièrement, cette possibilité existe uniquement si le tribunal arbitral a son siège dans l'Union ou si la sentence arbitrale doit y être exécutée. Or c'est de moins en moins fréquent. En pratique, les arbitres choisissent souvent de fixer leur siège en Suisse. En outre, le choix opéré n'est pas définitif. La Commission a connaissance de cas où le tribunal arbitral a transféré son siège d'un pays de l'Union vers la Suisse

²⁷ Concernant l'importance de cet aspect, voir l'avis 1/09, points 87 et 88.

après que la Commission a demandé à intervenir en tant qu'*amicus curiae*, afin d'empêcher²⁸ ou à tout le moins de compliquer²⁹ le recours au droit de l'Union (notamment au droit applicable aux aides d'État) durant la procédure d'annulation. Enfin, il faut signaler que, dans certaines circonstances, les ordres juridiques de la France, des Pays-Bas et des États-Unis acceptent l'exécution d'une sentence arbitrale, y compris lorsque celle-ci a été annulée par le tribunal compétent du pays où le tribunal arbitral avait son siège. Lors de leur propre contrôle de la sentence arbitrale annulée, les ordres juridiques des Pays-Bas et des États-Unis appliquent les critères de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (**annexe S.4**) tandis que les juridictions françaises appliquent les dispositions du droit français, qui sont nettement plus favorables aux juridictions arbitrales³⁰. L'allégation de la défenderesse au pourvoi au principal, à la page 19 de sa réponse du 27 août 2015 au pourvoi au principal, qui prétend qu'il est «*exclu qu'une décision irrévocable soit prise sans qu'il soit possible de saisir la Cour de justice européenne à titre préjudiciel de questions relatives à l'application ou à l'interprétation des traités*» est donc inexacte.

68. Deuxièmement, aucun contrôle de questions juridiques relevant du droit matériel de l'Union n'a lieu si ce dernier n'est pas réputé appartenir à l'ordre public. Supposons qu'un tribunal arbitral doive juger si le droit de l'Union applicable oblige ou non un État membre à protéger certaines espèces animales d'une façon donnée, par exemple à les préserver des eaux de refroidissement d'une centrale électrique rejetées dans le fleuve après réchauffement: une interprétation et application simplement erronées du

²⁸ Le Tribunal fédéral suisse est d'avis que le droit de l'UE en matière de concurrence ne fait pas partie de l'ordre public international. Il refuse donc tout contrôle de l'application des dispositions de ce droit par les tribunaux arbitraux, voir l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 8 mars 2006, 4P.278/2005, (http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr_2005/Entscheide_4P_2005/4P.278_2005.html)

²⁹ La Commission a dû s'engager, envers les tribunaux arbitraux concernés, à réserver un traitement confidentiel à l'ordonnance en question. Si la Cour de justice souhaite la consulter, elle est invitée à en informer la Commission. Celle-ci prendrait alors contact en ce sens avec les tribunaux arbitraux concernés. À titre d'exemples de situations où des tribunaux arbitraux ont fixé leur siège en Suisse lors de procédures arbitrales intra-UE et où le Tribunal fédéral suisse compétent est intervenu dans le cadre d'une procédure en annulation, voir l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 6 octobre 2015, Hongrie/Électricité de France, 4A.34/2015 (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4467.pdf>); arrêt du Tribunal fédéral suisse du 7 septembre 2006, Saluka/République tchèque, 4P.114/2006 (voir <http://www.italaw.com/documents/Saluka-SwissChallenge.pdf>).

³⁰ Voir en détail, avec une présentation des arrêts en question, Albert Jan van den Berg, «Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished?» in *ICSID Review* (2014), p. 1–26, joint en **annexe S.10**. Les juridictions françaises ont notamment exécuté des sentences arbitrales qui avaient été annulées par les tribunaux d'autres États membres (Autriche et Royaume-Uni). La norme de contrôle française - qui est très favorable aux juridictions arbitrales, voir le point 124 ci-dessous et les preuves à la note en bas de page n° 56 - devient ainsi de facto la norme de contrôle européenne.

droit de l'Union sur ce point n'est normalement pas un motif suffisant pour annuler la sentence arbitrale³¹.

6.4. Une clause telle que l'article 8 du TBI n'est pas compatible avec la spécificité de l'ordre juridique de l'Union et notamment avec le système de protection juridictionnelle complet prévu par les traités

69. Après cette présentation générale des particularités de l'ordre juridique de l'Union et notamment du système judiciaire complet prévu par les traités (6.2) ainsi que de la nature juridique et des conséquences d'une règle telle que l'article 8 du TBI (6.3), il reste à vérifier si pareille règle est compatible avec l'ordre juridique de l'Union.
70. Pour ce faire, la Commission commencera par définir le critère de contrôle applicable, à savoir le risque de conflit avec le droit de l'Union (6.4.1). Elle expliquera ensuite qu'il existe effectivement un risque de conflit avec les deux dispositions spécifiquement mentionnées par la juridiction a quo, à savoir l'article 344 TFUE et l'article 267 TFUE³² (6.4.2 et 6.4.3). Pour finir, elle se penchera encore sur les autres éléments importants de l'ordre juridique de l'Union, notamment la question de la compétence en matière de protection des investissements, l'article 19, paragraphe 1, TUE, les principes généraux du droit de l'Union d'autonomie, d'effectivité, de cohérence et d'unité ainsi que le principe de confiance mutuelle dans le système juridictionnel des États membres (6.4.4).

6.4.1. Le critère de contrôle applicable: la menace pour l'ordre juridique de l'Union

71. À titre préliminaire, il y a lieu de déterminer le critère à utiliser pour apprécier l'incompatibilité d'une clause telle que l'article 8 du TBI avec le droit de l'Union, qui rendrait cette clause inapplicable. Théoriquement, deux critères différents sont envisageables: celui du conflit concrètement prouvé dans un cas particulier ou celui du risque de conflit.

³¹ À titre d'exemple d'une situation où cela aurait pu se produire, voir le communiqué de presse IP/15/4669 de la Commission et la procédure ARB/09/6 devant le CIRDI relative à la centrale au charbon de Hambourg/Moorburg. En outre, en cas de tribunaux arbitraux institués sous les auspices du CIRDI - qui n'est pas d'application pour le TBI mais l'est pour de nombreux autres traités internationaux de protection des investissements, tels que celui conclu entre la Roumanie et la Suède, visé par l'affaire *Micula* - il n'est même plus possible, en droit international public, de faire jouer une exception d'ordre public en raison de l'article 54 de la convention de Washington.

³² Il y a eu conflit effectif dans au moins un cas, à savoir dans l'affaire *Micula*: voir la décision (UE) 2015/1470 de la Commission du 30 mars 2015 concernant l'aide d'État SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) mise en œuvre par la Roumanie — Sentence arbitrale dans l'affaire *Micula/Roumanie* du 11 décembre 2013 (JO L 232 du 4.9.2015, p. 43).

72. La Cour de justice s'est penchée sur cette question, notamment³³ dans ses arrêts sur les traités internationaux de protection des investissements conclus par l'Autriche, la Suède et la Finlande avec des pays tiers ainsi que dans ses avis 2/13 et 1/91.
73. Dans ses arrêts relatifs aux traités internationaux de protection des investissements de l'Autriche, de la Suède et de la Finlande avec des pays tiers, la Cour a fondé sa constatation d'incompatibilité avec le droit de l'Union sur le «*risque de conflit*»³⁴.
74. Dans son avis 2/13, elle a dit à ce propos que le «*risque de contournement de la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE*» aboutit à l'incompatibilité de l'adhésion de l'Union à la convention européenne des droits de l'homme³⁵. Et dans l'avis 1/91, il est renvoyé au «*danger que représente le système juridictionnel de l'accord pour l'autonomie de l'ordre juridique communautaire*»³⁶.
75. En d'autres termes, le critère de contrôle applicable en l'espèce n'est pas l'incompatibilité concrète de la sentence arbitrale avec le droit de l'Union, mais la question de savoir si le système de règlement des différends institué par l'article 8 du TBI représente, en lui-même, un danger pour l'ordre juridique de l'Union. La juridiction a quo l'a d'ailleurs très justement résumé au point 44 de l'ordonnance de renvoi.

6.4.2. *Article 344 TFUE: les Pays-Bas et la Slovaquie sont convenus, dans un traité international entre États membres, de soumettre leurs différends relatifs à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par le droit de l'Union*

76. En signant le TBI, les Pays-Bas et la Slovaquie ont conclu un traité international entre États membres qui soumet leurs différends relatifs à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par le droit de l'Union. Ce faisant, ils ont violé l'obligation qui leur incombe en vertu de l'article 344 TFUE, qui exige des États membres qu'ils ne soumettent pas un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci.

³³ Voir aussi auparavant l'arrêt *Commission/Belgique* («Ciel ouvert»), C-471/98, EU:C:2002:628, points 137 à 142.

³⁴ Arrêts *Commission/Suède*, C-249/06, EU:C:2009:119, point 42; *Commission/Autriche*, C-205/06, EU:C:2009:118, point 42; et, en des termes similaires, arrêt *Commission/Finlande*, C-118/07, EU:C:2009:715, point 33.

³⁵ Avis 2/13, points 198 et 199; voir également le point 208, qui n'évoque aussi qu'une simple possibilité.

³⁶ Avis 1/91, point 47.

77. Devant la juridiction a quo, la requérante au pourvoi au principal a déclaré que l'article 344 TFUE couvre tous les différends auxquels un État membre est partie et qui concernent l'application ou l'interprétation du droit de l'Union (point 23 de l'ordonnance de renvoi).
78. Pour sa part, la défenderesse au pourvoi au principal est d'avis que l'article 344 TFUE ne couvre que les différends entre États membres (ce qui est manifestement erroné vu la jurisprudence, voir ci-dessous, **6.4.2.1**). La juridiction a quo tend à partager la position juridique de la défenderesse dans l'affaire au principal, aux points 24 et 33 à 39 de l'ordonnance de renvoi, et s'appuie à cet égard sur des arguments systémiques et sur le sens et la finalité de l'article 344 TFUE (voir ci-dessous **6.4.2.4**). Elle doute de surcroît, aux points 30 à 32 de l'ordonnance de renvoi, qu'un différend fondé sur un traité international de protection des investissements entre deux États membres soit un différend relatif à l'interprétation et à l'application des traités (ce qui est incontestablement le cas, voir **6.4.2.2**). En revanche, elle admet que l'on peut aussi déduire du libellé et de la place de l'article 344 dans le TFUE des arguments tendant à indiquer que cet article est violé par une clause telle que l'article 8 du TBI (**6.4.2.3**).

6.4.2.1. Il est acquis, sur la base de la jurisprudence des juridictions de l'Union, que l'article 344 TFUE n'est pas circonscrit aux différends entre États membres

79. Dans ses avis 2/13, 1/00 et 1/91, la Cour a déjà constaté que l'article 344 TFUE s'applique aussi aux litiges entre État membre et institutions de l'Union (ou l'Union elle-même)³⁷. En revanche, dans son avis 1/09, la Cour a souligné que l'article 344 TFUE n'est pas d'application lorsque la structure juridictionnelle créée par l'accord international s'applique exclusivement aux particuliers³⁸.
80. Certes, la Cour ne s'est pas encore explicitement penchée sur un mécanisme de règlement des litiges nouveau, mis en place dans un accord entre États membres et portant sur les différends entre un État membre et une personne privée. Le système juridictionnel visé par l'avis 1/91 incluait toutefois aussi les recours formés, en matière de concurrence, dans le cadre d'actions engagées par des personnes privées contre l'autorité de surveillance de l'AELE³⁹.

³⁷ Avis 2/13, points 202 à 204; Avis 1/00, point 17; Avis 1/19, point 35. Le Tribunal partage également cet avis, voir l'arrêt *République tchèque/Commission*, T-465/08, EU:T:2011:186, points 101 à 102.

³⁸ Avis 1/09, point 63.

³⁹ Avis 1/91, point 6.

81. De surcroît, il convient de rappeler ce qui suit: lorsqu'un investisseur entame une procédure contre l'État d'accueil dans un arbitrage entre investisseurs et État, il n'exerce nullement un droit qui est le sien. En réalité, une règle telle que l'article 8 du TBI permet simplement à l'investisseur de faire valoir un droit reconnu en droit international public à l'un des deux pays contractants, et ce à la place de ce pays. L'investisseur n'agit donc pas dans l'exercice d'un droit qui lui est propre, mais en lieu et place d'un État. La Cour permanente de justice internationale a rendu une décision de principe sur ce point dans l'affaire *Mavrommatis*⁴⁰, confirmée ultérieurement par des tribunaux arbitraux d'investissement⁴¹. Partant, ce type de procédure n'est pas non plus une procédure de droit privé ou commercial, mais de droit international public.

⁴⁰ Arrêt de la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis à Jérusalem*, du 30 août 1924, CPJI Recueil des arrêts, Série A, n° 2, p. 12: «*En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre.*»

⁴¹ Historiquement, le droit international de protection des investissements s'est développé à partir de la protection diplomatique au cœur de l'affaire *Mavrommatis*. Voir *Loewen Group a.o. contre États-Unis d'Amérique*, CIRDI, affaire n° ARB(AF)/98/3, ALENA, sentence sur le fond, 26 juin 2003 (soulignement ajouté par la Commission), point 233:

«Les droits de recours au titre du droit privé résultent d'obligations personnelles (même si elles sont dues à ou par un État) nées du droit national et exécutoires via les cours et tribunaux nationaux. Les recours au titre de l'ALENA ont un caractère tout à fait différent puisqu'ils trouvent leur origine dans un endroit du droit international public dans lequel, par traité, le pouvoir reconnu aux États par ce droit, de prendre des mesures internationales pour réparer le tort fait à leurs ressortissants, a été remplacé par une définition ad hoc de certains types de torts, associés à des moyens de compensation spécifiques. Ces moyens de compensation sont distincts et exclusifs des voies de recours pour actes illicites prévues par le droit privé: voir les articles 1121, 1131, 2021 et 2022. Il est vrai que certains aspects du règlement des différends nés dans le cadre du commerce international privé sont intégrés dans le système de l'ALENA à travers l'article 1120.1(c) et que le traitement des différends au sein de ce système, par des professionnels expérimentés dans le traitement d'arbitrages internationaux majeurs, a contribué, dans la pratique, à faire naître l'impression que c'est l'arbitrage ALENA qui est la procédure la plus familière. Cependant, cette ressemblance apparente est trompeuse. Les deux formes de procédure et les droits mis en œuvre n'ont rien en commun. Rien ne permet de transposer des règles dérivant du droit privé à un domaine du droit international où les plaignants sont autorisés, par facilité, à faire valoir des droits qui sont originellement des droits appartenant aux États contractants.»

[«Rights of action under private law arise from personal obligations (albeit they may be owed by or to a State) brought into existence by domestic law and enforceable through domestic tribunals and courts. NAFTA claims have a quite different character, stemming from a corner of public international law in which, by treaty, the power of States under that law to take international measures for the correction of wrongs done to its nationals has been replaced by an ad hoc definition of certain kinds of wrong, coupled with specialist means of compensation. These means are both distinct from and exclusive of the remedies for wrongful acts under private law: see Articles 1121, 1131, 2021 and 2022. It is true that some aspects of the resolution of disputes arising in relation to private international commerce are imported into the NAFTA system via Article 1120.1(c), and that the handling of disputes within that system by professionals experienced in the handling of major international arbitrations has tended in practice to make a NAFTA arbitration look like the more familiar kind of process. But this apparent resemblance is misleading. The two forms of process, and the rights which they enforce, have nothing in common. There is no warrant for transferring rules derived from private law into a field of international law where claimants are permitted for convenience to enforce what are in origin the rights of Party states.»]

82. Une telle procédure internationale d'arbitrage, instaurée entre deux États membres dans un traité international, tombe sous le coup de l'article 344 TFUE, y compris lorsque c'est une partie privée qui est chargée de faire valoir un droit reconnu en droit international à son Etat d'origine. Les droits substantiels en cause restent en effet des droits reconnus en droit international public à l'État concerné et non à l'investisseur. L'article 344 TFUE ne peut pas cesser d'être applicable au motif que l'État membre délègue l'exercice d'un tel droit originaire du droit international public à une partie privée.
83. À la lumière des considérations qui précèdent, il suffit de se concentrer sur la situation particulière dans laquelle, en raison d'une règle telle que l'article 8 du TBI, présente dans un accord international entre États membres, une personne privée fait valoir un droit originaire du droit international public et appartenant à un État membre en lieu et place de cet État.

6.4.2.2. Un différend tombant sous le coup de l'article 8 du TBI est un différend relatif à l'interprétation et à l'application des traités

84. La juridiction a quo se demande ensuite si un différend tombant sous le coup de l'article 8 du TBI est un différend relatif à l'interprétation et à l'application des traités au sens de l'article 344 TFUE (points 30 à 32 de l'ordonnance de renvoi). Elle déclare à cet égard qu'en l'espèce, bien que la défenderesse au principal ait invoqué la libre circulation des capitaux garantie par le droit de l'Union devant le tribunal arbitral, ce dernier a déduit le droit à dommages et intérêts de 22 millions d'euros de l'article 3,

Ces considérations ont été itérativement confirmées par la suite, par exemple dans l'affaire *Archer Daniels Midland Company et Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. contre Les États-Unis mexicains*, CIRDI, affaire n° ARB (AF)/04/5, ALENA, sentence sur le fond, 21 novembre 2007, points 167 à 179, notamment point 178:

«Le Tribunal admet, comme relevé dans l'affaire Feldman, que le mécanisme du chapitre 11 confère des droits relatifs au traitement des investisseurs, mais ce sont des droits que l'État d'accueil reconnaît non pas aux investisseurs, mais à l'État d'origine des investisseurs. Partant, les droits visés à la section A n'existent que sur le plan international, entre les parties à l'ALENA. Les investisseurs sont les objets ou de simples bénéficiaires de ces droits. Par conséquent, les États membres ont l'obligation, conformément au chapitre 11, de traiter les investisseurs originaires des autres parties à l'ALENA dans le respect des normes visées à la section A, mais ils n'ont cette obligation qu'envers l'État dont l'investisseur a la nationalité.»

[«The Tribunal agrees, as referred to in the Feldman case, that the Chapter Eleven scheme establishes rights regarding the treatment of investors, but these rights are not owed by the host State to the investors, but to the investors' home State. Therefore, the rights provided by Section A only exist at the international plane between the NAFTA Parties. Investors are the objects or mere beneficiaries of those rights. Accordingly, under Chapter Eleven, the Member States have an obligation to treat investors of the other NAFTA Parties under the standards addressed in Section A, but this obligation is only owed to the state of the investor's nationality.»]

paragraphe 1, du TBI⁴² et estimé en outre que les dispositions matérielles du TBI étaient compatibles avec le droit de l'Union.

85. La juridiction a quo renvoie à l'arrêt dans l'affaire *Commission/Irlande* («usine MOX»), selon lequel il n'est pas suffisant, pour que la violation de l'article 344 TFUE soit constituée, que le tribunal arbitral tienne compte du droit de l'Union en tant que critère d'interprétation d'une norme qui ne fait elle-même pas partie du droit de l'Union. Une violation de l'article 344 TFUE ne pourrait être constituée que si la décision du tribunal avait pour objet l'interprétation et l'application des dispositions de droit de l'Union elles-mêmes.
86. Cet argument ne saurait convaincre, pour toute une série de raisons.
87. Premièrement, il y a lieu de rappeler qu'il suffit, pour juger de la compatibilité d'une règle telle que l'article 8 du TBI avec le droit de l'Union, qu'il existe un risque abstrait de conflit et qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait infraction concrète (voir le point 6.4.1 ci-dessus; la juridiction a quo l'a d'ailleurs parfaitement reconnu au point 44 de l'ordonnance de renvoi).
88. Deuxièmement, une sentence rendue par un tribunal arbitral constitué sur la base d'une règle telle que l'article 8 du TBI a en tout état de cause pour objet l'interprétation et l'application des dispositions de droit de l'Union elles-mêmes. C'était également le cas de la sentence arbitrale attaquée en l'espèce. Le droit de l'Union fait en effet partie du droit à appliquer par le tribunal arbitral puisqu'il est un élément à la fois du droit national des États contractants et d'un traité international conclu entre les États contractants, à savoir les traités sur lesquels se fonde l'Union européenne (voir les points 35, 36 et 57 ci-dessus).
89. Il en va déjà ainsi pour trancher la question de la compétence du tribunal arbitral: pour conclure à l'applicabilité de l'article 8 du TBI et donc à la compétence du tribunal arbitral, il faut déterminer la compétence de ce tribunal sur la base de la règle de conflit applicable (qui fait partie du droit de l'Union, voir le point 5.1 ci-dessus).
90. Il en va également ainsi pour apprécier le bien-fondé de la prétention: en l'espèce, la défenderesse au principal avait fait valoir une violation du droit de l'Union - en sus d'une violation du TBI - , ce qui aurait pu, en théorie, déboucher sur une prétention

⁴² Il s'agit là d'une erreur de fait puisqu'en réalité, le tribunal arbitral a conclu à la violation de l'article 3, paragraphe 1, et de l'article 4 du TBI (voir le point 335 et le dispositif de la sentence arbitrale attaquée).

fondée sur cette base (même si, en l'occurrence, le tribunal arbitral n'en a pas jugé ainsi).

91. Pour finir, le tribunal arbitral a également porté un jugement, quoiqu'implicite, sur la compatibilité du droit à dommages et intérêts résultant de l'article 3, paragraphe 1, du TBI (et de l'article 4 du TBI)⁴³ avec le droit de l'Union en tant que droit prévalant au fond, et il a donc nécessairement, bien que de façon implicite, appliqué le droit de l'Union.

92. C'est pourquoi les doutes de la juridiction a quo concernant le critère «différend relatif à l'interprétation et à l'application du droit de l'Union» ne sont pas fondés.

6.4.2.3. Les termes de l'article 344 TFUE et le système du traité plaident en faveur de l'applicabilité de cet article à tout arbitrage entre investisseurs et État fondé sur une clause telle que l'article 8 du TBI

93. La juridiction a quo constate à juste titre que l'article 344 TFUE ne s'applique pas uniquement, d'après ses termes et contrairement à l'article 273 TFUE, aux «différend[s] entre États membres». Au contraire, il énonce une obligation générale des États membres de ne pas réguler la résolution des différends relatifs à l'interprétation et à l'application du droit de l'Union autrement que de la manière prévue par les traités.

94. Partant, l'article 344 TFUE interdit aussi la conclusion de traités internationaux de protection des investissements entre États membres qui stipulent l'applicabilité du droit de l'Union en tant qu'élément du droit applicable à un différend entre l'investisseur et l'État membre et prévoient un arbitrage entre investisseurs et État en tant que mécanisme de résolution des différends. En effet, lors de la conclusion du traité de protection des investissements, ce sont incontestablement et uniquement les deux États membres concernés qui agissent et la simple conclusion de ce traité viole déjà l'obligation qui incombe aux États membres en vertu de l'article 344 TFUE, indépendamment de toute procédure d'arbitrage concrètement engagée sur cette base⁴⁴.

95. L'article 344 TFUE couvre donc non seulement les procédures concrètes d'arbitrage mais aussi la conclusion, en amont, de traités internationaux de protection des

⁴³ Voir la note de bas de page précédente.

⁴⁴ Avis 2/13, points 205 à 208; voir aussi l'arrêt *Commission/Belgique* («Ciel ouvert»), C-471/98, EU:C:2002:628, points 137 à 142.

investissements permettant le recours à ces procédures. C'est une conclusion qui découle également de l'économie des traités: l'article 273 TFUE porte uniquement sur des arbitrages concrets alors que l'article 344 TFUE va plus loin et énonce une obligation plus générale d'abstention, destinée à éviter que l'unité du droit de l'Union ne soit menacée.

96. Le point 208 de l'avis 2/13 en apporte confirmation:

«L'existence même d'une telle possibilité [d'une procédure de règlement des différends fondée sur l'article 33 de la CEDH] porte atteinte à l'exigence énoncée à l'article 344 TFUE.»

97. Ce résultat est conforté par la place de l'article 344 TFUE dans le traité. Il figure dans la Septième partie, intitulée «Dispositions générales et finales» et non dans la Sixième partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 5, qui régit la Cour de justice (voir en détail à ce propos le rapport des professeurs Ingolf Pernice et Steffen Hindelang, annexe AST 9 à la requête de la demanderesse au principal du 31 janvier 2013 devant l'OLG Frankfurt, p. 12). Cela montre que l'article 344 TFUE - contrairement à l'opinion exprimée par la juridiction a quo au point 38 de l'ordonnance de renvoi - est une norme générale de garantie des compétences, comme bon nombre des autres dispositions de la Septième Partie, et pas uniquement une règle destinée à renforcer l'article 259 TFUE.

98. Les termes et l'économie viennent donc à l'appui de l'opinion juridique de la Commission.

6.4.2.4. Le sens et la finalité de l'article 344 TFUE corroborent également la position juridique de la Commission - contrairement à l'avis de la juridiction a quo

99. En ce qui concerne le sens et la finalité de l'article 344 TFUE, la juridiction a quo fait valoir deux points.

100. Premièrement, elle affirme que les traités ne prévoient pas de procédure juridictionnelle permettant à l'investisseur de réclamer des dommages et intérêts à l'État d'accueil. Il n'existerait donc pas, dans le système de protection juridictionnelle des traités, de voie de recours ayant la même fonction que celle qui est créée par une règle comme l'article 8 du TBI (points 33 à 35, 38 et 39 de l'ordonnance de renvoi).

101. Cet argument est erroné. L'investisseur peut en effet saisir le juge national en tant que *juge de droit commun du droit de l'Union*⁴⁵. Naturellement, sa requête devrait

⁴⁵ Avis 1/09, point 80.

être fondée sur les règles de protection des investissements prévues par le droit de l'Union et non sur les règles de protection des investissements convenues entre les deux États membres en droit international (qui - comme expliqué dans la lettre de mise en demeure [annexe S.9] - ne sont pas compatibles avec le droit de l'Union étant donné qu'elles recourent les règles de protection des investissements du droit de l'Union).

102. La procédure devant le juge national, habilité à procéder à un renvoi préjudiciel, est l'une des possibilités de règlement des différends prévues par les traités, qui forment un système complet de protection juridictionnelle⁴⁶.
103. Deuxièmement, la juridiction a quo résume certes correctement au point 37 de l'ordonnance de renvoi le sens et la finalité de l'article 344 TFUE, qui est de garantir l'autonomie du système juridique de l'Union, mais elle tire ensuite, aux points 38 et 39 de l'ordonnance de renvoi, de l'avis 1/09, la conclusion erronée selon laquelle l'article 344 TFUE ne s'applique que dans les cas où le droit de l'Union confère aux parties à un différend la possibilité de saisir directement la Cour de justice.
104. Ce faisant, la juridiction a quo méconnaît d'abord le fait que le recours devant le juge national - qui est une option incontestablement ouverte à l'investisseur, y compris de l'avis de la juridiction a quo (voir le point 49 de l'ordonnance de renvoi, qui contient une constatation des faits par la juridiction a quo) - est une forme de règlement des différends relatifs à l'interprétation et à l'application des traités UE qui est prévue par ces traités (voir les points 101 et 102 ci-dessus à ce sujet). Le droit de l'Union protège l'investisseur de manière globale, tant sur le fond (critère de protection applicable constitué par les quatre libertés fondamentales, notamment la libre circulation des capitaux et la liberté d'établissement, ainsi que la charte des droits fondamentaux) que du point de vue procédural (recours devant le juge national avec primauté du droit de l'Union sur le droit national, applicabilité directe de ce droit et possibilité de recours en dommages-intérêts, y compris dans le cas de mauvaise application du droit par le juge national, et possibilité, voire obligation, de saisine préjudicielle de la Cour de justice)⁴⁷.
105. Troisièmement, il y a lieu de signaler que le sens et la finalité de l'article 344 TFUE sont correctement mais pas exhaustivement décrits au point 37 de l'ordonnance de

⁴⁶ Voir également l'arrêt *Unión de Pequeños Agricultores*, C-50/00P, EU:C:2002:462, point 40.

⁴⁷ Voir la lettre de mise en demeure pour plus de détails (annexe S.9).

renvoi. La Cour a notamment déclaré que l'article 344 TFUE est l'expression du principe général de droit suivant⁴⁸:

«[...] un accord international ne saurait porter 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.»

106. Or cet ordre des compétences est compromis par une règle comme l'article 8 du TBI puisque l'investisseur se voit octroyer la possibilité de soustraire un litige relatif à l'interprétation et à l'application du droit de l'Union au juge national compétent en vertu de l'ordre des compétences fixé par les traités et de le confier à un tribunal arbitral. Par opposition, la possibilité de laisser un tribunal arbitral trancher un litige de droit privé ou commercial entre un investisseur et un État membre dépend normalement de la volonté des deux parties (c'est-à-dire de l'État et de l'investisseur). En outre, une règle comme l'article 8 du TBI prive les tiers du droit d'intervenir éventuellement dans un tel différend (par exemple au soutien de l'État).

6.4.2.5. Résumé: violation de l'article 344 TFUE

107. En conclusion, une clause comme l'article 8 du TBI viole l'article 344 TFUE et les principes généraux du droit de l'Union qu'il reflète.

6.4.3. *Article 267 TFUE: les tribunaux arbitraux qui interviennent sur la base d'une règle telle que l'article 8 du TBI sont compétents pour l'interprétation et l'application du droit de l'Union sans avoir ni la possibilité ni l'obligation de saisir la Cour à titre préjudiciel: partant, ce type de règle nationale enfreint l'article 267 TFUE.*

108. Ainsi que la Commission l'a déjà amplement exposé plus haut, dans la section 6.3, il appert des constatations factuelles de la juridiction a quo qu'un tribunal arbitral institué sur la base de l'article 8 du TBI est compétent pour l'interprétation et l'application du droit de l'Union.

109. Comme expliqué aux points 59 à 62, ce tribunal arbitral n'est pas habilité à saisir la Cour à titre préjudiciel en vertu de l'article 267 TFUE car il n'est pas une «juridiction d'un des États membres» au sens de cet article. D'après la constatation souveraine du droit national et du droit international public n'appartenant pas au droit de l'Union

⁴⁸ Avis 2/13, points 201 et 202; Avis 1/91, point 35; voir aussi l'avis 1/00, EU:C:2002:231, points 11 et 12; arrêts *Commission/Irlande* («usine MOX»), C-459/03, EU:C:2006:345, points 123 et 136, et *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission*, EU:C:2008:461, point 282.

opérée par la juridiction a quo, la saisine préjudicielle par l'intermédiaire d'une juridiction nationale mandatée en ce sens est également exclue⁴⁹.

110. Dans son avis 1/09, qui portait sur une nouvelle structure juridictionnelle chargée de juger les différends entre personnes privées, la Cour de justice a déjà conclu à l'incompatibilité avec l'article 267 TFUE d'une disposition de ce genre, figurant dans un traité international et transférant à un nouveau système de règlement des différends, créé par ce traité, la compétence en matière d'interprétation et d'application du droit de l'Union sans possibilité ni obligation d'introduire un renvoi préjudiciel.

111. La juridiction a quo présente deux arguments à l'encontre de ce raisonnement, que la Commission réfutera ci-dessous.

6.4.3.1. Une clause telle que l'article 8 du TBI est fondamentalement différente, de par sa nature juridique, d'une clause compromissoire conclue dans un contrat de droit privé ou commercial

112. Pour commencer, la juridiction a quo est d'avis que l'article 8 du TBI correspond à une clause compromissoire conclue dans un contrat de droit privé ou commercial. Elle fait valoir que, dans le cas d'une procédure d'arbitrage en droit privé ou commercial, la Cour a admis que l'article 267 TFUE était respecté à travers le contrôle limité du droit de l'Union, dans le cadre de l'exception d'ordre public, qui a lieu lors du recours en annulation de la sentence arbitrale devant la juridiction nationale compétente et aussi lors de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence par les juridictions nationales compétentes (points 54 à 56 et 62 à 67 de l'ordonnance de renvoi).

113. L'idée que l'article 8 du TBI correspond à une clause compromissoire de droit privé ou commercial est erronée, pour trois raisons distinctes l'une de l'autre:

114. En premier lieu, la nature juridique d'une règle telle que l'article 8 du TBI la rattache non pas au droit privé ou commercial, mais au droit international public (et donc au droit public). Le TBI a été conclu entre deux États en tant que sujets de droit international public, dans l'exercice de leurs compétences régaliennes. Il devient partie intégrante de la législation nationale - soit directement dans un système

⁴⁹ L'analyse figurant dans ce passage ainsi qu'aux points précédents correspond à celle de la juridiction a quo, points 46 à 52 de l'ordonnance de renvoi.

moniste, soit par transposition dans l'ordre juridique national dans un système dualiste.

115. Cette nature juridique a été décrite comme suit:

«Vu la mesure dans laquelle les traités d'investissement intègrent un mode de justice privée, l'arbitrage d'investissement peut sembler peu différent de l'arbitrage commercial. Mais c'est une erreur de confondre les deux. [...] L]arbitrage commercial est constitué par un accord conclu entre personnes privées afin d'arbitrer les différends surgissant entre elles et son autorité découle du pouvoir autonome des particuliers d'organiser leurs affaires privées à leur guise. L'arbitrage d'investissement en revanche trouve sa source dans le pouvoir de l'État d'utiliser l'arbitrage pour résoudre des différends réglementaires entre l'État et des personnes privées. Il est à la fois constitué par un acte souverain de l'État et utilisé pour régler des différends dérivant d'omissions ou d'actes souverains de l'État. Partant, assimiler l'arbitrage d'investissement à l'arbitrage commercial revient, à la base, à confondre autorité publique et autorité privée.»⁵⁰

"Given the extent to which investment treaties incorporate a private model of adjudication, investment treaty arbitration may appear little different from commercial arbitration. But it is a mistake to confuse the two. [...] commercial arbitration is constituted by an agreement between private parties to arbitrate disputes between themselves and its authority derives from the autonomy of individuals to order their private affairs as they wish. Investment treaty arbitration,

⁵⁰ Gus van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press 2007, p. 58 et 59. Voir aussi l'opinion similaire exprimée par Andreas Kulick, *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge University Press 2012, qui décrit la juridiction arbitrale fondée sur des traités internationaux de protection des investissements comme une «*Global Administrative Law*» [droit administratif global] (p. 83) tout en soulignant son caractère de droit public, ainsi que par Stephan Schill, «*Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator*», dans: *23 Leiden Journal of International Law* (2010), S. 401-430, qui considère, aux pages 410 à 412:

«*Premièrement, contrairement aux litiges commerciaux, les arbitrages d'investissement portent souvent sur des questions relatives à l'ampleur et aux limites des pouvoirs réglementaires de l'État d'accueil. [...] Deuxièmement, les arbitrages d'investissement impliquent des obligations d'une autre nature que l'arbitrage commercial. Les droits invoqués par un investisseur étranger ne naissent pas d'un contrat librement négocié, mais d'obligations que l'État d'accueil a assumées en vertu d'un traité international conclu avec l'État d'origine de l'investisseur. [...] Pour finir, le consentement de l'État d'accueil concernant le recours à l'arbitrage en cas de différends liés à un traité d'investissement n'est pas de la même nature que dans le contexte commercial. [...] La juridiction arbitrale dans les arbitrages d'investissement n'est pas fondée sur des clauses compromissoires contractuelles: elle repose sur une offre unilatérale faite par l'État d'accueil dans un traité d'investissement. [...] Il s'agit d'un acte souverain. »*

“*First, unlike a commercial dispute, investment treaty arbitrations often involve questions about the scope and limits of the host state’s regulatory powers. [...] Second, investment treaty arbitrations involve obligations of a different nature compared with commercial arbitration. The rights invoked by a foreign investor do not originate from a freely negotiated contract, but from obligations the host state has assumed under an international treaty with the investor’s home state. [...] Finally, the host state’s consent to arbitration in investment treaty disputes is of a different nature compared with the commercial context. [...] Arbitral jurisdiction in investment treaty arbitrations is not based on contractual arbitration clauses, but involves a unilaterally offer of the host state in an investment treaty. [...] It constitutes a sovereign act. “*

in contrast, originates in the authority of the state to use adjudication to resolve regulatory disputes between individuals and the state. It is both constituted by a sovereign act of the state and used to resolve disputes that arise from sovereign acts or omissions of the state. Thus, at its root, the misapprehension of investment treaty arbitration as commercial arbitration confuses public for private authority."

116. La nature juridique d'une procédure arbitrale de droit public fondée sur un traité international de protection des investissements se distingue à trois égards de la nature juridique d'une procédure arbitrale de droit privé ou commercial fondée sur une clause compromissoire dans un contrat de droit civil: premièrement, l'acte juridique qui fonde la compétence est, dans le premier cas, un *actum jure imperii*, et dans le deuxième cas, un *actum jure gestionis*. Deuxièmement, l'objet de la procédure d'arbitrage est, dans le premier cas, une action exécutive, réglementaire ou législative de l'État tandis que dans le deuxième, c'est le non-respect d'un contrat⁵¹. Troisièmement, la procédure se fonde dans le premier cas sur un droit reconnu en droit international public à l'État d'origine de l'investisseur, que l'investisseur exerce en lieu et place de son État d'origine (voir supra, points 81 et 82), tandis que, dans le deuxième cas, elle s'appuie sur un droit subjectif de droit civil propre à l'investisseur.
117. Étant donné que la possibilité accordée à l'investisseur d'entamer une procédure arbitrale représente l'exercice d'un droit reconnu en droit international public à l'un des deux États contractants, les États peuvent aussi mettre fin à cette possibilité à tout instant.

⁵¹ Voir par exemple *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. contre Royaume hachémite de Jordanie*, CIRDI, affaire n° ARB/02/13, décision sur la compétence du 9 novembre 2004, point 151:

«En fait l'État, ou son émanation, peut s'être comporté comme un cocontractant ordinaire ayant une différence d'approche, en fait ou en droit, avec l'investisseur. Pour que la violation alléguée du contrat puisse constituer un traitement injuste ou inéquitable au sens de l'accord bilatéral, elle doit résulter d'un comportement excédant ce qu'une partie contractante ordinaire pourrait adopter. Seul l'État, dans l'exercice de son autorité souveraine (puissance publique) et non en tant que partie contractante, a assumé des obligations au titre de l'accord bilatéral. En d'autres termes, un traité de protection des investissements ne peut être utilisé pour accorder une compensation à un investisseur déçu par les résultats financiers de l'opération menée, à moins qu'il ne prouve que sa déception est une conséquence d'un comportement de l'État d'accueil contraire aux obligations qu'il avait assumées en vertu du traité.» [*In fact, the State, or its emanation, may have behaved as ordinary cocontractants having a difference of approach, in fact or in law, with the investor. In order that the alleged breach of contract may constitute unfair or inequitable treatment within the meaning of the bilateral agreement, it must be the result of behaviour going beyond that which an ordinary contracting party could adopt. Only the State, in the exercise of its sovereign authority (puissance publique), and not as a contracting party, has assumed obligations under the bilateral agreement. In other words, an investment protection treaty cannot be used to compensate an investor deceived by the financial results of the operation undertaken, unless he proves that his deception was a consequence of the behaviour of the receiving State acting in breach of the obligations which it had assumed under the treaty»]*

118. Au lieu d'analyser de façon isolée une procédure arbitrale donnée, comme le fait le Bundesgerichtshof, il y a lieu d'étudier le système qui constitue le fondement de cette procédure arbitrale et qui n'est pas compatible avec le droit de l'Union.
119. En deuxième lieu, les États membres ont agi en tant que sujets de droit international public et législateurs nationaux lors de la conclusion du TBI et non en tant que partie à un contrat de droit privé ou commercial fondé sur l'autonomie de la volonté.
120. Dans leur rôle en tant que sujet de droit international et législateur national, ils ont décidé de créer une règle nouvelle, instituant un système de règlement des différends nouveau, qui est extérieur aux traités, doit interpréter et appliquer le droit de l'Union et est dans l'impossibilité de former un recours préjudiciel au titre de l'article 267 TFUE.
121. En agissant ainsi, les États membres ont restreint le champ d'application de l'article 267 TFUE, voire contourné cette disposition. Il est acquis, au plus tard depuis l'arrêt *Rheinmühlen* que le législateur n'a pas le droit d'agir ainsi⁵². Dans l'avis 1/09, la Cour a explicitement confirmé que tel était également le cas lorsque les États agissaient en tant que sujets de droit international⁵³.
122. En troisième lieu, la solution esquissée par la juridiction a quo est inopérante lorsque le tribunal arbitral fixe son siège dans un État situé hors de l'Union, ce qui a pour effet que la juridiction compétente en cas d'une éventuelle procédure d'annulation n'est pas une juridiction d'un État membre. C'est une option qui est rendue possible par le silence du TBI au sujet du siège du tribunal arbitral et par la règle de l'article 16 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976, déclarée applicable par le TBI, et elle est régulièrement mise en pratique, surtout lorsqu'il y a un risque de conflit concret avec le droit de l'Union (voir supra, points 55 et 67).
123. Vu que les États membres possèdent souvent aussi des biens dans des pays tiers, sur lesquels l'investisseur peut mettre la main via l'exécution de la sentence arbitrale, l'intervention des juridictions de l'Union n'est pas non plus nécessaire dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale.
124. Vu ce contexte, il est inacceptable, pour les différends liés à la protection des investissements et qui touchent l'action de l'État en tant que puissance publique -

⁵² Arrêt *Rheinmühlen*, 166/73, EU:C:1974:3, point 4; voir en dernier lieu l'arrêt *Puligienica*, C-689/13, EU:C:2016:199, points 31 à 36.

⁵³ Avis 1/09, points 80 à 85.

contrairement aux procédures arbitrales relatives au droit privé ou commercial - , que le contrôle de l'interprétation correcte du droit de l'Union se limite à un contrôle d'ordre public. D'une part en effet, ce contrôle (lorsqu'il est possible) n'englobe pas la totalité du droit de l'Union mais uniquement celles de ses dispositions qui sont indispensables pour l'accomplissement des missions confiées à l'Union et, en particulier, pour le fonctionnement du marché intérieur⁵⁴, comme l'explique très justement le point 56 de l'ordonnance de renvoi. D'autre part, la densité du contrôle, qui repose sur le principe général d'équivalence inhérent au droit de l'Union, dépend de l'ampleur du contrôle exercé par le droit national sur les sentences arbitrales civiles et commerciales⁵⁵ (et il existe de grandes divergences à cet égard: ainsi la pratique de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation française en matière de sentences arbitrales se limite-elle à juger les violations flagrantes, effectives et concrètes de la reconnaissance ou de l'exécution, et donc pas de la sentence arbitrale elle-même, contre l'ordre public international⁵⁶).

6.4.3.2. Le TBI est un accord de droit international public entre deux États membres et le droit de l'Union est un droit applicable dans sa globalité

125. La juridiction a quo fait encore remarquer que la Cour admet, dans sa jurisprudence, que les accords internationaux que l'Union conclut avec des pays tiers donnent compétence à des juridictions spéciales extérieures à l'ordre juridique de l'Union pour l'interprétation et l'application des dispositions de ces accords, pour autant que l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union ne soit pas affectée (points 58 à 61).

126. La Commission rappelle toutefois que cette jurisprudence de la Cour ne se rapporte qu'à des accords de l'Union avec un pays tiers. Elle ne peut être transposée à des accords entre deux États membres, notamment parce qu'en pareil cas, il n'existe aucune raison de créer un mécanisme particulier de règlement des différends (voir aussi ci-dessous, la section **8**.)

⁵⁴ Arrêt *Eco Swiss*, C-126/97, EU:C:1999:269, point 36, et arrêt *Renault*, C-38/98, EU:C:2000:225, point 32.

⁵⁵ Arrêt *Eco Swiss*, C-126/97, EU:C:1999:269, point 32 et notamment point 37: «dans la mesure où une juridiction nationale doit, selon ses règles de procédure internes, faire droit à une demande en annulation d'une sentence arbitrale fondée sur la méconnaissance des règles nationales d'ordre public».

⁵⁶ Voir en dernier lieu l'arrêt de la *Cour de Cassation*, 12 février 2014, n° 10-17.076, FR:CCASS:2014:C100123, joint avec un commentaire d'arrêt en **annexe S.11**. Le contrôle de la Cour de cassation se limite à vérifier si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence arbitrale (donc pas la sentence elle-même!) «heurte de manière flagrante, effective et concrète l'ordre public international».

127. En outre, d'après cette jurisprudence, la création d'un tribunal extérieur à l'ordre juridique de l'Union n'est en tout état de cause licite que si la compétence du tribunal créé ou désigné par de tels accords est limitée à l'interprétation et à l'application de l'accord en cause⁵⁷.
128. En revanche, lorsque le tribunal ainsi créé ou désigné doit interpréter ou appliquer le reste du droit de l'Union ou du moins des points importants de ce droit, comme c'est le cas pour un système de règlement des différends tel que celui institué par l'article 8 du TBI (voir les points 35, 36 et 57 ci-dessus), pareille création ou désignation d'un tribunal extérieur à l'ordre juridique de l'Union n'est pas compatible avec le droit de l'Union.
129. Partant, il convient de conclure qu'une clause telle que l'article 8 du TBI enfreint également l'article 267 TFUE: les articles 344 et 267 s'opposent donc à une clause telle que l'article 8 du TBI.

6.4.4. Compétence dans le domaine de la protection des investissements, article 19, paragraphe 1, TUE, principes généraux du droit de l'Union (autonomie, effectivité, cohérence et unité du droit de l'Union) et principe de confiance mutuelle dans le système juridictionnel des États membres

130. Ainsi que la Commission l'a longuement expliqué dans sa lettre de mise en demeure (**annexe S.9**) ainsi que dans ses observations en tant qu'*amicus curiae* devant les tribunaux arbitraux (**annexes S.6 et S.7**), le droit de l'Union, avec en particulier la libre circulation des capitaux, la liberté d'établissement et la charte des droits fondamentaux, qui est applicable dans le champ d'application des libertés fondamentales, forme un droit de protection des investissements complet.
131. Ce droit de protection des investissements peut aussi être invoqué devant le juge compétent, généralement les juridictions des États membres, en tant que *judges de droit commun du droit communautaire*. L'opposabilité de ce droit est notamment assurée par les principes de primauté, d'applicabilité directe et de responsabilité de l'État, y compris en particulier pour les jugements nationaux contraires au droit de l'Union.
132. L'article 19, paragraphe 1, TUE garantit que les États membres confèrent une protection juridictionnelle devant leurs juridictions nationales.

⁵⁷ La juridiction a quo se réfère à ce propos à l'avis 1/09; en réalité, c'est surtout l'avis 1/91, point 40, qui est pertinent en l'espèce.

133. En outre, l'une des prémisses du droit de l'Union est que chaque État membre fait confiance à l'effectivité de la protection juridictionnelle assurée à tous les citoyens et à toutes les entreprises de l'Union par les autres États membres⁵⁸.
134. Si des problèmes surgissent dans ce contexte, la voie de recours prévue est le recours en manquement aux obligations du traité, qui peut être formé soit par la Commission, soit par l'État membre d'où est originaire l'investisseur. La création parallèle d'un autre instrument d'exécution du droit, sous la forme d'un traité international de protection des investissements entre deux États membres, viole l'article 344 TFUE et s'avère de surcroît problématique du point de vue du principe de la confiance mutuelle dans la juridiction des États membres.
135. Enfin, il a été amplement question de l'importance des principes généraux du droit de l'Union, de l'autonomie, l'effectivité, la cohérence et l'unité dans les passages précédents, aux sections 6.2, 6.4.2 et 6.4.3. Elle est manifeste dans le cas où des mécanismes de règlement des différends extérieurs aux traités interprètent et appliquent le droit de l'Union en tant que droit applicable.
136. Une brève remarque supplémentaire ne s'impose qu'au sujet du droit de l'UE en matière d'aides d'État. L'affaire *Micula* montre à ce propos que les mécanismes de règlement des différends tels que l'article 8 du TBI peuvent être utilisés pour compromettre l'effectivité de la mise en œuvre du droit en matière d'aides d'État⁵⁹.
137. En résumé, les deux premières questions préjudicielles appellent donc une réponse positive: les articles 344 et 267 TFUE font obstacle à une clause de TBI prévoyant qu'un investisseur d'un État contractant peut, en cas de différend concernant ses investissements dans l'autre État contractant, introduire une procédure contre ce dernier devant un tribunal arbitral.

⁵⁸ Avis 2/13, points 168, 191, 194 et point 258, premier tiret; arrêts *Gazprom*, C-536/13, EU:C:2015:316; *N.S. e.a.*, C-411/10 et C-493/10, EU:C:2011:865, point 83; *Rinau*, C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, point 50; *Allianz SpA et Generali Assicurazioni Generali SpA contre West Tankers*, C-185/07, EU:C:2009:69; et *Gözütok et Brügger*, C-187/01 et C-385/01, EU:C:2003:87, point 33.

⁵⁹ Décision (UE) 2015/1470 de la Commission du 30 mars 2015 concernant l'aide d'État SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) mise en œuvre par la Roumanie — Sentence arbitrale dans l'affaire *Micula/Roumanie* du 11 décembre 2013 (JO L 232 du 4.9.2015, p. 43)

7. APPRECIATION JURIDIQUE DE LA TROISIEME QUESTION PREJUDICIELLE PAR LA COMMISSION: UNE CLAUSE TELLE QUE L'ARTICLE 8 DU TBI CREE UNE DISCRIMINATION FONDEE SUR LA NATIONALITE; IL NE PEUT Y ETRE REMEDIE PAR UNE EXTENSION A TOUS LES INVESTISSEURS ORIGINAIRES D'AUTRES ÉTATS MEMBRES

138. Par sa troisième question préjudicielle, la juridiction a quo voudrait savoir si une clause telle que l'article 8 du TBI enfreint le droit de l'Union parce qu'elle constitue une discrimination en raison de la nationalité.

139. À titre préliminaire, il y a lieu de noter que les dispositions pertinentes du traité en l'espèce sont les articles 49 et 63 TFUE qui constituent, par rapport à l'interdiction générale des discriminations fondées sur la nationalité ancrée à l'article 18 TFUE, des règles spéciales. Or il est de jurisprudence constante que 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 ne prévoit pas de règles spécifiques de non-discrimination⁶⁰.

7.1. Existence d'une discrimination

140. Les articles 2, 3, 4 et 8 du TBI constituent une discrimination fondée sur la nationalité puisqu'ils confèrent aux investisseurs de deux États membres des droits dont ne jouissent pas les investisseurs d'autres États membres. Les mesures nationales qui traitent un investisseur originaire d'un autre État membre moins bien que les investisseurs nationaux en raison de sa nationalité violent les articles 49 et 63 TFUE⁶¹.

141. En se référant à la jurisprudence de la Cour relative aux conventions sur la double imposition, la juridiction a quo commence par douter de la comparabilité de la situation des investisseurs originaires des Pays-Bas et de la Slovaquie avec celle des investisseurs d'autres États membres. Il appert toutefois de la jurisprudence citée par la juridiction a quo qu'elle est spécifiquement fondée sur l'essence des conventions bilatérales préventives de la double imposition⁶².

⁶⁰ Arrêts *Attanasio Group*, C-384/08, EU:C:2010:133, point 37, et *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi*, C-385/12, EU:C:2014:47, point 25.

⁶¹ S'agissant de la liberté d'établissement, voir les arrêts *Factortame I*, C-221/89, EU:C:1991:320 points 23 et suivants, et *Commission/Belgique* («Notaires»), EU:C:2011:334, point 79. Pour la libre circulation des capitaux, voir l'arrêt *Konle*, EU:C:1999:271, C-302/97, point 40.

⁶² Arrêt *The Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, C-374/04, EU:C:2006:773, point 91.

142. Dans l'arrêt *Saint Gobain*, la Cour a d'abord dit pour droit que les conventions sur la double imposition devaient, elles aussi, respecter l'interdiction de discrimination⁶³. Ce n'est que dans les situations particulières à l'origine des arrêts dans les affaires *D*⁶⁴ et *Test Claimants*⁶⁵ qu'elle a conclu qu'il n'y avait pas violation de l'interdiction de discrimination parce que les entreprises des autres États membres ne se trouvaient pas dans une situation comparable.
143. Il existe également d'autres raisons pour lesquelles les arrêts dans les affaires *D* et *Test Claimants* ne peuvent être étendus aux accords internationaux de protection des investissements entre États membres: avant l'entrée en vigueur du TFUE, les conventions sur la double imposition avaient leur propre base juridique à l'article 293, deuxième tiret, CE; de plus, l'article 65, paragraphe 1, TFUE autorise expressément un certain degré de discrimination dans le domaine du droit fiscal et - contrairement au domaine du droit de protection des investissements -, il n'existe pas de cadre juridique complet en droit de l'Union pour la double imposition (voir, concernant le caractère complet du droit de protection des investissements en droit de l'Union, les points 57 et 130 à 134 ci-dessus)
144. Du reste, la juridiction a quo elle-même ne semble pas convaincue par la comparaison avec les conventions sur la double imposition (point 74 de l'ordonnance de renvoi). Elle relève notamment que la règle de l'article 8 du TBI n'est pas si indissociable des règles de fond du TBI que, sans elle, l'équilibre de l'accord bilatéral d'investissement serait compromis. Or c'est précisément ce critère de l'indissociabilité qui sous-tend les arrêts dans les affaires *D* et *Test Claimants*⁶⁶.
145. Cependant, selon la Commission, la question n'est même pas là car, contrairement aux conventions sur la double imposition, qui sont en principe couvertes par le traité, la protection des investisseurs dispose d'un cadre juridique complet, composé de dispositions de droit de l'Union.

⁶³ Arrêt *Saint Gobain*, C-307/97, EU:C:1999:438, points 47 à 60.

⁶⁴ Arrêt *D.*, C-376/03, EU:C:2005:424, points 60 et 61.

⁶⁵ Arrêt *The Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, C-374/04, EU:C:2006:773, point 91.

⁶⁶ Voir aussi à ce sujet, pour plus de détails, Steffen Hindelang, «Member State BITs – There's still (some) life in the old dog yet», dans: *Yearbook on international investment law and policy* 2010/11, p. 217 à 242, note en bas de page n° 27, p. 223 et 224.

146. Quoi qu'il en soit, même en appliquant les critères établis en matière de conventions sur la double imposition dans les affaires *D* et *Test Claimants*, il s'avère qu'une règle telle que l'article 8 du TBI est discriminatoire et n'est donc pas compatible avec les articles 49 et 63 TFUE.

7.2. Conséquence juridique de la discrimination

147. La juridiction a quo estime que ladite discrimination ne débouche pas sur l'inapplicabilité d'une clause telle que l'article 8 du TBI.

148. Elle réfute dans ce contexte à juste titre toute protection d'une quelconque confiance légitime. Mais ce n'est pas uniquement une conséquence du fait que la défenderesse au principal a réalisé ses investissements après l'adhésion de la Slovaquie à l'Union (comme le pense la juridiction a quo au point 76 de l'ordonnance de renvoi). En réalité, s'il ne peut y avoir protection d'une quelconque confiance légitime, c'est parce que l'investisseur ne dispose pas d'un droit acquis autonome et subjectif, mais fait valoir un droit reconnu en droit international public à l'un des deux États contractants (voir les points 81 et 82 supra) et qu'il n'est en tout cas jamais protégé contre une future modification de l'état du droit⁶⁷.

149. La juridiction a quo pense toutefois qu'il pourrait être remédié à la discrimination créée par une règle telle que l'article 8 du TBI si son champ d'application était étendu aux investisseurs de tous les autres États membres. Elle renvoie dans ce contexte à la jurisprudence de la Cour selon laquelle une personne défavorisée a le droit d'être traitée de la même façon que la personne avantagée (voir le point 77 de l'ordonnance de renvoi avec des renvois à la jurisprudence).

150. Cette opinion ne saurait convaincre, et ce pour quatre raisons.

151. Premièrement, cette jurisprudence porte uniquement sur la question des voies de recours ouvertes à une victime de discrimination. Elle ne vaut que jusqu'à ce que l'État membre ait accompli son devoir de modification de la législation concernée et adapté son comportement au droit de l'Union. Elle est comparable à cet égard à l'interprétation conforme ou à l'effet direct vertical d'une directive: ce sont des artifices qui servent à atténuer l'infraction aux traités mais ils ne peuvent y remédier complètement. Pour ce faire, le mal doit être attaqué à la racine et le droit national

⁶⁷ Voir au sujet de la protection de la confiance légitime en droit de l'Union en général, à titre d'exemple, l'arrêt *VEMW*, C-17/03, EU:C:2005:362, points 73 à 85. S'agissant d'obligations de droit international public plus anciennes, contraires au droit de l'Union, voir les arrêts *Crujeiras Tome et Yurrita*, 180/80 et 266/80, EU:C:1981:294, point 20, et *RTE et ITP/Commission*, C-241/91 P et C-242/91 P, EU:C:1995:98, points 83 à 87.

ou conventionnel en vigueur doit être modifié⁶⁸. De plus, il n'existe aucun fondement textuel pour l'extension suggérée, de sorte qu'elle créerait aussi une insécurité juridique.

152. Deuxièmement, le tribunal arbitral ne fait pas partie de l'État (sur ce point, la juridiction a quo est d'accord avec la Commission, voir supra, points 58 à 62, notamment 62, ainsi que point 49 de l'ordonnance de renvoi). Or une extension de l'avantage n'est envisageable que dans la mesure où c'est un organe de l'État qui agit. Le tribunal arbitral, qui n'est pas un organe de l'État, n'est pas tenu d'étendre sa compétence pour éviter une violation du droit de l'Union. De plus, l'État ne peut pas se soustraire à son obligation de comportement conforme aux traités en s'en remettant à un tribunal arbitral international dont les décisions ne lui sont même pas imputables et sur lequel il n'exerce aucune influence.

153. La pratique arbitrale internationale a montré que les tribunaux arbitraux refusent, en pratique, d'étendre ainsi l'accès aux tribunaux arbitraux sans base juridique dans le droit conventionnel international. Le problème était le suivant: l'État A avait conclu avec l'État B un traité international de protection des investissements n'autorisant qu'un accès restrictif à l'arbitrage entre investisseurs et État mais prévoyant aussi l'application du principe du traitement de la nation la plus favorisée. Ensuite, l'État A avait conclu avec l'État C un traité international de protection des investissements comportant un accès nettement plus large à l'arbitrage entre investisseurs et État. Les investisseurs originaires de l'État B ont alors engagé une procédure d'arbitrage entre investisseurs et État contre l'État A, en faisant valoir qu'ils avaient droit à une extension de l'accès à l'arbitrage entre investisseurs et État du fait de la clause relative à la nation la plus favorisée. Les tribunaux arbitraux ont rejeté cette argumentation⁶⁹.

⁶⁸ Arrêt *Commission/France*(«Marins»), 167/73, EU:C:1974:35, points 39 à 48.

⁶⁹ Voir par exemple l'affaire *Plama* contre *Bulgaria*, CIRDI, affaire n° ARB/03/24, *décision sur la compétence*, points 183 à 227, qui précisent notamment qu'une extension du consentement via une référence à un autre texte n'est possible que lorsque cette incorporation résulte «clairement et sans ambiguïté» du texte; l'affaire *Salini* contre *Jordan*, CIRDI, affaire n° ARB/02/13, *décision sur la compétence*, points 118 et 119, et pour finir, en termes particulièrement détaillés, l'affaire *Telenor Mobile* contre *Hongrie*, CIRDI, affaire n° ARB/04/15, points 91 à 101, où le tribunal arbitral énumère «au moins quatre raisons impérieuses pour lesquelles une clause NPF dans un TBI, accordant le traitement de la nation la plus favorisée aux investissements, ne devrait pas être interprétée comme étendant la compétence du tribunal arbitral à des catégories de différends autres que ceux indiqués dans le TBI lui-même, en l'absence d'indications claires quant au fait que telle est l'intention des parties». [«at least four compelling reasons why an MFN clause in a BIT providing for most favoured nation treatment of investment should not be construed as extending the jurisdiction of the arbitral tribunal to categories of dispute beyond those set out in the BIT itself in the absence of clear language that this is the intention of the parties.»] Les passages pertinents sont joints en annexes S.12 à S.14 respectivement.

154. Troisièmement, le droit coutumier international empêche les tribunaux arbitraux d'étendre le consentement («*consent*») exprimé par un État au sujet de sa soumission à une juridiction internationale tant que cet État n'a pas explicitement donné ce consentement⁷⁰. C'est aussi pour ce motif que l'extension de l'article 8 du TBI aux investisseurs de tous les États membres, proposée par la juridiction a quo, est vouée à l'échec.
155. Pour finir, il existe encore une quatrième raison interdisant toute extension. Ainsi que la Commission l'a expliqué dans la lettre de mise en demeure (**annexe S.9**) ainsi que dans ses observations en tant qu'*amicus curiae* (**annexes S.6 et S.7**), ce n'est pas uniquement une règle telle que l'article 8 du TBI qui est incompatible avec le droit de l'Union, mais le TBI lui-même⁷¹. Étendre une réglementation non conforme au droit de l'Union à un nombre encore plus grand de personnes n'est pas conciliable avec le sens et la finalité du droit de l'Union.

⁷⁰ Voir par exemple *Wintershall contre Argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/04/14, *sentence*, point 160, paragraphe 3:

«En outre, c'est un principe général de droit international que les cours et tribunaux internationaux ne peuvent exercer leur compétence sur un État qu'avec son consentement. Ce principe est souvent décrit comme le corollaire de la souveraineté et de l'indépendance de l'État. [note en bas de page n° 135: «Il est bien établi en droit international qu'aucun État ne saurait être obligé de soumettre ses différends ... soit à la médiation, soit à l'arbitrage, soit enfin à n'importe quel procédé de solution pacifique, sans son consentement» (statut de la Carélie orientale, [1923], CPJI, Série B, n° 5, p. 27). «La Cour ne se départit pas du principe bien établi en droit international et accepté par sa jurisprudence ainsi que par celle de la Cour permanente de Justice internationale, d'après lequel un État ne saurait être obligé de soumettre ses différends à arbitrage sans son consentement (Ambatielos, Fond: obligation d'arbitrage [1953], CIJ Recueil, 1953, p. 19). Un consentement présumé n'est pas réputé suffisant parce qu'aucune limitation de l'indépendance d'un État (non consentie) ne doit être présumée par les juridictions. Voir l'affaire du Lotus (1927, CPJI, Série A, n° 10, p. 18.136» [«Besides, it is a general principle of international law that international courts and tribunals can exercise jurisdiction over a State only with its consent. The principle is often described as a corollary to the sovereignty and independence of the State. [footnote 135: "It is well established in international law that no State can, without its consent, be compelled to submit its disputes ... either to mediation or to arbitration, or to any other kind of peaceful settlement" (Status of Eastern Carelia case (1923), PCIJ, Series B, No. 5, p. 27) "The Court is not departing from the principle. which is well established in international law and accepted by its own jurisprudence as well as that of the Permanent Court of International Justice, to the effect that a State may not be compelled to submit its disputes to arbitration without its consent" (Ambatielos, Merits: Obligation to Arbitrate case (1953), ICJ Reports, 1953, p. 19)] A presumed consent is not regarded as sufficient, because any restriction upon the independence of a State (not agreed to) cannot be presumed by courts. See the Lotus case (1927), PCIJ, Series A, No. 10, at p. 18.136»].

⁷¹ Voir aussi à ce propos, pour un exposé détaillé, Bruno Poulain, «Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union européenne», dans: 111 *Revue générale de droit international public* (2007), p. 803-828; et Eric Teynier, «L'applicabilité des traités bilatéraux sur les investissements entre États membres de l'Union européenne», dans: 128 *La Gazette du Palais* (2008), p. 690-697.

156. C'est pourquoi il convient aussi de répondre par l'affirmative à la troisième question préjudicielle (en la reformulant de façon à ce qu'elle se réfère aussi aux articles 49 et 63 TFUE).

8. ACCORDS INTERNATIONAUX DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS CONCLUS AVEC DES PAYS TIERS

157. L'affaire qui nous occupe ne concerne qu'un accord international de protection des investissements entre deux États membres.

158. Par souci d'exhaustivité et pour prévenir tout malentendu, la Commission souligne une fois de plus (voir déjà ci-dessus, au point 127) que les considérations exposées dans le présent mémoire ne sont pas transposables aux accords internationaux de protection des investissements de l'Union avec des pays tiers, comme ceux qu'elle s'apprête à conclure avec Singapour, le Vietnam et le Canada.

159. Les accords internationaux de protection des investissements de l'Union avec des pays tiers portent sur les relations entre l'Union et ces pays. Ils sont très différents, à de nombreux égards, des TBI conclus entre États membres.

160. Premièrement, la Cour a explicitement admis la compatibilité de la création de mécanismes de règlement des différends dans des accords avec des pays tiers⁷².

161. Deuxièmement, dans la relation avec des pays tiers, ni l'article 344 TFUE, ni la prémisse de confiance mutuelle dans la juridiction des États membres, qui complète le système de protection juridictionnelle de l'Union, ne sont d'application.

162. Troisièmement, les accords de protection des investissements de l'Union avec des pays tiers, tels que ceux qui vont être conclus avec Singapour, le Vietnam et le Canada, stipulent régulièrement en termes explicites que le droit de l'Union ne s'applique pas, ni en tant qu'élément du droit du pays d'accueil, ni en tant que droit international. Ce dernier point est presque une évidence puisque le pays tiers n'est pas membre de l'Union. Les mécanismes de règlement des différends institués par ces accords ne concernent ainsi que l'application et l'interprétation de l'accord et non du reste du droit de l'Union. Son interprétation ne joue un rôle qu'en tant qu'élément factuel dans le cadre de la constatation d'une éventuelle violation de l'accord et ne lie en aucune façon les juridictions de l'Union.

⁷² Avis 2/13, point 182; avis 1/09, point 74; et avis 1/91, points 40 et 70;

163. Les tribunaux arbitraux qui interviennent sur la base de ces accords doivent donc uniquement appliquer les règles de protection des investissements ancrées en droit international entre l'Union et le pays tiers, et non celles prévues par le droit de l'Union. C'est pourquoi, en cas d'accord de protection des investissements avec des pays tiers, le problème des recoupements matériels avec la protection des investissements prévue par le droit de l'Union ne se pose pas de la même façon qu'avec les accords internationaux de protection des investissements conclus entre États membres.
164. Enfin, dans les relations avec les pays tiers, il convient également de tenir compte des avantages qu'en retirent les investisseurs originaires de l'Union. Les investisseurs étrangers ne se trouvent pas dans la même situation que les investisseurs nationaux devant les juridictions nationales puisqu'ils risquent d'y être désavantagés. C'est une crainte qui vaut à tout le moins pour certains pays tiers; elle ne peut être apaisée qu'à travers l'octroi réciproque de la possibilité d'accéder à des mécanismes autonomes de règlement des différends.

9. PROPOSITION DE REPONSE AUX QUESTIONS PREJUDICIELLES

165. Eu égard aux considérations qui précèdent, la Commission propose de répondre aux deux premières questions préjudicielles comme suit:

«L'article 19, paragraphe 1, TUE, les articles 267 et 344 TFUE, et les principes généraux d'autonomie, d'effectivité, de cohérence et d'unité du droit de l'Union s'opposent à une clause telle que l'article 8 TBI, c'est-à-dire une clause d'un accord international de protection des investissements entre États membres de l'Union qui autorise un investisseur de l'un des États contractants à engager une procédure devant un tribunal arbitral contre l'autre État contractant en cas de différend relatif à un investissement dans ce dernier État.»

166. Si la Cour répond aux deux premières questions préjudicielles d'une façon contraire à la proposition de la Commission et qu'il y a donc lieu de répondre également à la troisième question préjudicielle, la Commission propose, pour cette troisième question, une réponse rédigée dans les termes suivants:

«Les articles 49 et 63 TFUE s'opposent à une clause telle que l'article 8 du TBI.»

Friedrich Erlbacher

Julio Baquero Cruz

Luigi Malferrari

Tim Maxian Rusche

Agents de la Commission