

Affaire C-155/21

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

10 mars 2021

Jurisdiction de renvoi :

Svea hovrätt (Suède)

Date de la décision de renvoi :

1er mars 2021

Partie requérante :

République italienne

Parties défenderesses :

Athena Investments A/S (anciennement Greentech Energy Systems A/S)

NovEnergia II Energy dantes Environment (SCA) SICAR

NovEnergia II Italian Portfolio SA

[OMISSIS]

DEMANDE DE DÉCISION PRÉJUDICIELLE

[OMISSIS]

Parties au litige au principal

République italienne
[OMISSIS]

Requérante :

[OMISSIS] :

[Or. 2]

Défenderesses :

1. Athena Investments A/S (anciennement Greentech Energy Systems A/S)

[OMISSIS]

Danemark

2. NovEnergia II Energy dantes Environment (SCA) SICAR

[OMISSIS]g

Luxembourg

3. NovEnergia II Italian Portfolio SA

[OMISSIS]

Luxembourg

[OMISSIS]

[Or. 3]

Objet du litige au principal et faits pertinents

Contexte

- 1 Au cours des années 2005 à 2012, la République italienne (ci-après l' « Italie ») a adopté une réglementation visant à encourager les investissements dans les énergies renouvelables. Certains actes législatifs subséquents ont supprimé ou limité les incitations financières. Ce fut le cas, en premier lieu, avec [le décret-loi] 91/2014, du 24 juin 2014 (dite « décret [spalma incentivi] »).
- 2 La société danoise d'investissement Athena Investments A/S, le fonds d'investissement luxembourgeois NovEnergia II Energy Environment (SCA) SICAR et la société anonyme luxembourgeoise NovEnergia II Italian Portfolio SA (ci-après, conjointement, les « investisseurs ») ont effectué des investissements en Italie entre 2008 et 2013. Les investisseurs se sont vus accorder des incitations financières par la société publique italienne GSE en vertu de confirmations écrites et d'accords entre GSE et les opérateurs d'énergie solaire dans lesquels les investisseurs avaient investi. Ces derniers ont considéré que, en promettant et en convenant d'abord des incitations financières, puis en les supprimant ou en les réduisant, l'Italie avait enfreint ses obligations découlant du traité sur la charte de l'énergie (ci-après le « TCE ») [JO 1994, L 380, p. 24]. Les investisseurs ont donc sollicité un arbitrage du Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut (Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, ci-après la « SCC »). La procédure s'est déroulée conformément au règlement d'arbitrage de la SCC du 1er janvier 2010. La sentence arbitrale a été rendue le 23 décembre 2018 [SCC Arbitration V (2015/095)].

- 3 Après le prononcé de la sentence arbitrale, l'Italie a introduit un recours tendant à l'annulation et à l'invalidité de la sentence arbitrale devant le Svea hovrätt (cour d'appel siégeant à Stockholm, Suède).

La procédure d'arbitrage

- 4 En juillet 2015, les investisseurs ont engagé la procédure d'arbitrage à l'égard de l'Italie au titre du mécanisme de règlement des différends prévu à l'article 26 du TCE. Les investisseurs ont soutenu que l'Italie avait manqué aux obligations qui lui incombait en vertu de l'article 10, paragraphe 1, du TCE en réduisant les primes comme elle l'avait fait, notamment, par l'adoption du décret [spalma incentivi]. Ils ont demandé une indemnisation d'un montant total de 26,3 millions d'euros.
- 5 La requête des investisseurs dans la procédure d'arbitrage a été déposée le 1er avril 2016. L'Italie a présenté son mémoire en défense le 15 septembre 2016. Dans son mémoire en défense, l'Italie a soulevé certaines objections à la compétence du tribunal arbitral pour trancher le prétendu différend interne à l'Union opposant les parties, c'est-à-dire un différend entre, [Or. 4] d'une part, un investisseur d'un État membre de l'Union et, d'autre part, un État membre [autre que l'État d'établissement] des investisseurs.
- 6 Le 21 décembre 2016, la Commission européenne a demandé à intervenir dans la procédure arbitrale. Cette demande a été accueillie et le mémoire amicus curia de la Commission a été déposé le 28 avril 2017.
- 7 Dans la sentence arbitrale, le tribunal arbitral a retenu sa compétence pour connaître du différend (points 335 à 403 de la sentence arbitrale). Le tribunal arbitral a considéré que le TCE ne prévoyait aucune exception expresse pour les litiges internes à l'Union. En outre, le tribunal arbitral a relevé que, si l'Union et ses États membres avaient entendu exclure de tels litiges, cela aurait été indiqué expressément. Le tribunal arbitral a estimé que le traité de Lisbonne n'avait pas modifié l'application du TCE entre les États membres de l'Union. Il n'y aurait pas non plus, selon lui, de conflit entre le TCE et l'article 344 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et donc entre le TCE et le droit de l'Union. Selon le tribunal arbitral, ce différend ne portait pas sur une interprétation ou une application des traités de l'Union, mais sur les droits et obligations découlant du TCE.
- 8 S'agissant de l'arrêt du 6 mars 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158), le tribunal arbitral a considéré que cet arrêt n'excluait pas sa compétence pour connaître de ce litige, notamment parce que le TCE n'est pas un traité bilatéral d'investissement entre deux États membres de l'Union. La clause de choix du droit applicable prévue à l'article 26, paragraphe 6, du TCE, qui renvoyait au droit international, ne pouvait, selon le tribunal arbitral, être considérée comme incluant le droit de l'Union. Le tribunal arbitral a donc estimé qu'il n'avait pas interprété ou appliqué le droit de l'Union dans le cadre du présent litige. En outre, il a

considéré que la circonstance que l'Union avait signé le TCE excluait la qualification du TCE en tant qu'« accord entre États membres » et que, dès lors, l'arrêt Achmea n'était pas applicable à le TCE. Sur le fond, le tribunal arbitral a estimé que l'Italie avait manqué à ses obligations au titre du TCE et a accordé aux investisseurs une somme de 11,9 millions d'euros, majorée des intérêts et des dépens.

[Or. 5] *Le recours en invalidation et en annulation de la sentence arbitrale devant le Svea hovrätt (cour d'appel siégeant à Stockholm),*

Les conclusions de l'Italie ainsi que les moyens du recours et certaines thèses en droit

- 9 L'Italie a demandé au Svea hovrätt (cour d'appel siégeant à Stockholm) d'annuler ou d'invalider la sentence arbitrale. Au soutien de son recours, l'Italie a principalement invoqué les éléments suivants. La sentence arbitrale doit être invalidée, car elle ne résulte pas d'une convention d'arbitrage valable entre les parties. Aucune convention d'arbitrage valable n'aurait pu être conclue entre les investisseurs et l'Italie sur la base de l'article 26 du TCE, cette disposition ne pouvant être interprétée comme étant applicable à un litige interne à l'Union. Si, en cas d'interprétation, il devait être considéré que l'article 26 du TCE s'applique aux litiges internes à l'Union, la clause d'arbitrage prévue à l'article 26 du TCE ne serait, en tout état de cause, pas conforme au droit de l'Union. L'article 4, paragraphe 3, et l'article 19 du traité sur l'Union européenne (TUE) ainsi que les articles 267 et 344 TFUE s'opposent à la clause d'arbitrage prévue à l'article 26 du TCE entre États membres. Elle n'est donc pas applicable ou valable dans les litiges internes à l'Union. Il n'y aurait donc pas d'offre valable pouvant servir de base à une convention d'arbitrage valable. Le fait que l'Union soit partie à le TCE ne change rien à cette appréciation. Aucune convention d'arbitrage valable n'a donc été conclue entre l'Italie et les investisseurs.
- 10 La sentence arbitrale est invalide dans la mesure où elle implique l'examen de questions qui, en vertu de la loi suédoise, ne peuvent pas être tranchées par des arbitres. La Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la « Cour ») a jugé que les litiges intra-Union en matière d'investissements ne sauraient être portés devant des arbitres, ni par anticipation ni au moment où ils surviennent. Il existe donc une restriction légale – en l'occurrence, aux articles 267 et 344 TFUE ainsi qu'à l'article 4, paragraphe 3, et à l'article 19 TUE. Il existe ainsi un obstacle procédural d'ordre public. Ces litiges ne peuvent donc pas faire l'objet d'un arbitrage et une sentence arbitrale rendue dans un tel litige est invalide. Les litiges intra-Union en matière d'investissements échappent au domaine de l'arbitrage également du fait qu'ils touchent de manière sensible à des questions d'intérêt public. La préservation des caractéristiques spécifiques du droit de l'Union et de son autonomie constitue un intérêt public de nature à priver un litige de la possibilité d'être soumis à l'arbitrage.

- 11 La sentence arbitrale, ou la façon dont elle a été rendue, est manifestement incompatible avec l'ordre public suédois. Les règles de droit de l'Union en cause en l'espèce sont des règles et des principes fondamentaux qui sont à la base de l'ordre juridique de l'Union. La sentence arbitrale est fondée sur une convention d'arbitrage prétendument conclue en vertu d'une clause d'arbitrage invalide en vertu des dispositions fondamentales du droit de l'Union. Le tribunal arbitral s'est néanmoins reconnu compétent pour **[Or. 6]** connaître de ce litige. La sentence arbitrale est donc manifestement incompatible avec l'ordre public suédois, tant par elle-même que par la façon dont elle a été rendue.
- 12 L'Italie n'a pas perdu le droit de se prévaloir de l'absence d'une convention d'arbitrage valable au motif que la clause d'arbitrage prévue à l'article 26 du TCE est contraire au droit de l'Union et, partant, n'est pas applicable ou invalide. L'Italie avait déjà soulevé l'incompétence du tribunal arbitral dans son mémoire en défense dans la procédure arbitrale en raison, notamment, de la non-conformité de la clause d'arbitrage prévue à l'article 26 du TCE au droit de l'Union (à supposer qu'il s'applique aux litiges internes à l'Union). Par la suite, l'Italie a maintenu et précisé l'objection en cause au cours de la procédure arbitrale (notamment en se référant à l'arrêt *Achmea* et au fait que l'offre d'arbitrage visée à l'article 26 du TCE n'est pas applicable ou valable). À aucun moment au cours de la procédure arbitrale, les investisseurs n'ont fait valoir que l'objection avait été soulevée hors délai ; au contraire, ils ont répondu au fond sur ce grief et ont accepté qu'il soit examiné.
- 13 L'invalidation ou l'annulation de la sentence arbitrale ne violerait pas le principe de proportionnalité prévu par le droit de l'Union.

Sur la position des investisseurs, sur le fondement de la contestation et sur certaines thèses juridiques

- 14 Les investisseurs contestent les demandes de l'Italie. À l'appui de leur contestation, ils s'appuient sur les arguments suivants. L'article 26 du TCE contient une offre valable et contraignante d'arbitrage de la part de tous les États parties à le TCE aux investisseurs de tous les autres États parties à ce traité. Ni le libellé de l'article 26 du TCE ni son contexte ne permettent d'exclure les différends internes à l'Union du mécanisme de règlement des différends prévu par le TCE. L'offre visée à l'article 26 du TCE est valable. Le moyen invoqué par l'Italie au soutien de l'annulation de la sentence arbitrale est dépourvu de fondement, car l'applicabilité de l'article 26 du TCE, y compris l'offre d'arbitrage, est régie par le droit international public et non par le droit de l'Union. Même si le droit de l'Union était applicable, l'article 26 du TCE ne serait pas contraire à ce droit, y compris à l'arrêt *Achmea*. Le TCE est un traité multilatéral conclu par les États membres, des pays tiers et l'Union elle-même. Le droit de l'Union n'est pas le droit matériel applicable dans le cadre des procédures au titre du TCE. En cas de conflit entre le traité de Lisbonne et le TCE, la primauté du TCE résulte de son article 16.

- 15 Selon les investisseurs, la sentence arbitrale ne porte pas sur l'examen d'une question qui, en vertu de la loi suédoise, ne peut pas être examinée par des arbitres. Les parties auraient pu régler leurs relations, c'est-à-dire la question de l'indemnisation de la défaillance de l'Italie, par voie de règlement amiable. Ces questions peuvent donc faire l'objet d'un arbitrage [Or. 7]. Un tribunal arbitral appelé à trancher un litige au titre du TCE n'est pas susceptible d'appliquer le droit de l'Union.
- 16 Dans les cas où le contenu substantiel d'une sentence arbitrale, ou la procédure d'arbitrage qui a abouti à la sentence arbitrale, est contraire à l'ordre public suédois, qui inclut certaines dispositions fondamentales du droit de l'Union, une sentence arbitrale peut être annulée comme manifestement incompatible avec l'ordre public suédois. Ni la sentence arbitrale ni la façon dont elle a été rendue ne sont manifestement incompatibles avec l'ordre public suédois.
- 17 L'Italie a perdu le droit de faire valoir que l'offre visée à l'article 26 du TCE était invalide. Au cours de la procédure arbitrale, l'Italie s'est bornée à faire valoir que l'article 26 du TCE devait être interprété en ce sens qu'il ne comporte pas une offre d'arbitrage d'un État membre de l'Union à un investisseur d'un autre État membre. L'Italie ne s'est pas prévalu au cours de la procédure arbitrale de l'argument qu'elle invoque désormais, c'est-à-dire l'absence de convention d'arbitrage valable au motif que l'offre en vertu de l'article 26 du TCE doit être considérée comme invalide pour violation du droit de l'Union.
- 18 L'invalidation ou l'annulation de la sentence arbitrale sur la base du droit de l'Union serait contraire au principe de proportionnalité. Si la sentence arbitrale devait être annulée sur un fondement tiré du droit de l'Union, les investisseurs subiraient un préjudice grave et l'Italie serait récompensée pour avoir conclu un traité international (également conclu par l'Union elle-même et auquel les investisseurs se sont fiés) en violation des obligations de l'Italie au regard du droit de l'Union.

Les dispositions pertinentes du droit suédois et du droit de l'Union

La loi sur l'arbitrage

- 19 En vertu de l'article 1er, premier alinéa, de la lagen (1999:116) om skiljeförfarande (la loi no 116 de 1999 relative à l'arbitrage, ci-après la « loi sur l'arbitrage »), les différends portant sur des questions sur lesquelles les parties sont libres de transiger contractuellement peuvent être soumis à la décision d'un ou de plusieurs arbitres. Son premier alinéa est libellé comme suit :

« Les différends portant sur des questions sur lesquelles les parties sont libres de transiger peuvent, en vertu d'une convention d'arbitrage, être soumis à un ou plusieurs arbitres. Une telle convention peut porter sur un

litige à venir afférent à une situation juridique qu'elle détermine. Le différend peut porter sur l'existence d'une circonstance déterminée. »

[...]

- 20 La procédure d'arbitrage est fondée sur la convention d'arbitrage. La convention repose sur le droit des parties à disposer de l'objet du litige. L'impossibilité de soumettre un litige sur une question donnée à l'arbitrage peut également résulter de certaines dispositions législatives. [OMISSIS]

[Or. 8]

- 21 Une sentence arbitrale est invalide si elle implique l'examen d'une question qui, en vertu de la loi suédoise, ne peut être tranchée par des arbitres (article 33, premier alinéa, point 1, de la loi sur l'arbitrage). Une sentence arbitrale est également invalide si cette sentence ou la façon dont elle a été rendue sont manifestement incompatibles avec l'ordre public suédois [article 33, premier alinéa, point 2]. Ces dispositions de l'article 33 de la loi sur l'arbitrage sont libellées comme suit :

« Une sentence arbitrale est invalide :

1. si elle se prononce sur une question qui, selon le droit suédois, ne peut être tranchée par des arbitres ;
2. si elle-même, ou la façon dont elle a été rendue, est manifestement incompatible avec l'ordre public suédois ; ou

[...] »

- 22 Les causes d'invalidité doivent être examinées d'office par la juridiction saisie.
- 23 En vertu de l'article 34, premier alinéa, point 1, de la loi sur l'arbitrage, une sentence arbitrale est, sur recours d'une partie, annulée totalement ou partiellement, lorsqu'elle n'a pas fait l'objet d'une convention d'arbitrage valide conclue entre les parties. À cet égard, une partie ne peut invoquer une circonstance si, en participant à la procédure sans formuler d'objections ou d'une autre manière, il y a lieu de considérer qu'elle a renoncé à l'invoquer (deuxième alinéa dudit article). Les passages pertinents de l'article 34 de la loi sur l'arbitrage sont libellés comme suit :

« Article 34

Une sentence arbitrale qui ne peut être attaquée en vertu de l'Article 36 doit, sur recours d'une partie, être totalement ou partiellement annulée :

1. si elle n'est pas fondée sur une convention d'arbitrage valable entre les parties ;

[...]

Une partie ne peut invoquer une circonstance si, en participant à la procédure sans formuler d'objections ou d'une autre manière, il y a lieu de considérer qu'elle a renoncé à l'invoquer

[...] »

- 24 La règle énoncée à l'article 34, deuxième alinéa, de la loi sur l'arbitrage ne fait pas obstacle à ce qu'une partie invoque la circonstance en question à l'appui de son invalidité au titre de l'article 33.

Le traité sur la charte de l'énergie (ECT)

- 25 Le TCE a été signé le 17 décembre 1994 notamment par les Communautés européennes [(CE)], l'Italie, le Danemark, le Luxembourg et plusieurs pays tiers qui n'étaient pas membres [OMISSIS] des Communautés européennes [OMISSIS]. Plus de 50 États ou organisations internationales, comme l'Union européenne et Euratom, sont aujourd'hui parties contractantes. L'Italie a, entre-temps, quitté le TCE, mais il est constant que cette circonstance n'affecte pas le différend entre les parties. Le TCE est entré en vigueur dans la Communauté européenne le 16 avril 1998 (voir décision 98/181/CE du Conseil et de la Commission du 23 septembre 1997 concernant [Or. 9] la conclusion par les Communautés européennes du traité sur la Charte de l'énergie et du protocole de la Charte de l'énergie sur l'efficacité énergétique et les aspects environnementaux connexes, JO 1998, L 69, p.1).
- 26 Le TCE est donc un accord multilatéral de coopération dans le domaine de l'énergie. L'accord contient des dispositions visant à promouvoir l'accès aux marchés internationaux de l'énergie dans des conditions commerciales ainsi qu'à développer un marché ouvert et concurrentiel de matériel et de produits énergétiques. Le traité comporte notamment les dispositions suivantes, reprises ci-après dans la traduction suédoise (voir JO 69, L 1998, p. 1, [OMISSIS]).
- 27 L'article 26 comporte des dispositions de règlement des différends relatifs aux investissements entre des investisseurs privés et une Partie contractante.

« Article 26

Règlement des différends entre un investisseur et une partie contractante

1. Les différends qui opposent une partie contractante et un investisseur d'une autre partie contractante au sujet d'un investissement réalisé par ce dernier dans la zone de la première et qui portent sur un manquement allégué à une obligation de la première partie contractante au titre de la partie III sont, dans la mesure du possible, réglées à l'amiable.

2. Si un différend de ce type n'a pu être réglé conformément aux dispositions du paragraphe 1 dans un délai de trois mois à compter du moment où l'une des parties au différend a sollicité un règlement à l'amiable, l'investisseur partie au différend peut choisir de le soumettre, en vue de son règlement :

a) aux juridictions judiciaires ou administratives de la partie contractante qui est partie au différend ;

ou

b) conformément à toute procédure de règlement des différends applicable préalablement convenue ;

ou

c) conformément aux paragraphes suivants du présent article.

3. a) Sous réserve des seuls points b) et c), chaque partie contractante donne son consentement inconditionnel à la soumission de tout différend à une procédure d'arbitrage ou de conciliation internationale, conformément aux dispositions du présent article.

[...]

4. Si un investisseur choisit de soumettre le différend en vue de son règlement conformément au paragraphe 2 point c), il donne son consentement par écrit pour que le différend soit porté devant :

[...]

c) à une procédure d'arbitrage sous l'égide de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm.

[...]

6. Un tribunal constitué selon les dispositions du paragraphe 4 statue sur les questions litigieuses conformément au présent traité et aux règles et principes applicables de droit international.

[...]

8. Les sentences arbitrales, qui peuvent inclure l'attribution d'intérêts, sont définitives et obligatoires pour les parties au différend. Les sentences arbitrales concernant une mesure prise par une administration politique ou une autorité sous-nationale de la partie contractante en litige prévoient que la partie contractante peut payer un dédommagement monétaire à la place de toute autre réparation accordée. Chaque partie contractante exécute ces

sentences sans retard et prend des mesures en vue de leur exécution effective dans sa zone. » [Or. 10]

28 Les litiges au titre du TCE peuvent donc être tranchés par les tribunaux de la partie contractante ou soumis à l'arbitrage en vue d'une décision définitive et contraignante conformément à le TCE, ainsi que des règles et principes applicables du droit international.

29 L'article 16 régit les relations avec d'autres contrats.

« Article 16

Relations avec d'autres accords

Lorsque deux ou plusieurs parties contractantes ont conclu un accord international antérieur ou concluent postérieurement un accord international dont les dispositions portent dans les deux cas sur l'objet des parties III ou V du présent traité :

1. aucune disposition des parties III ou V du présent traité ne peut être interprétée comme dérogeant aux dispositions de cet autre accord ni au droit d'exiger un règlement du différend concernant ce point conformément à cet accord

et

2. aucune disposition de l'autre accord ne peut être interprétée comme dérogeant aux dispositions des parties III ou V du présent traité ni au droit d'exiger un règlement du différend concernant ce point conformément au présent traité, lorsque de telles dispositions sont plus favorables pour l'investisseur ou l'investissement. »

30 La règle de fond qui a principalement été appliquée dans l'arbitrage, dans la mesure où cela est pertinent dans la procédure devant le Svea hovrätt (cour d'appel siégeant à Stockholm), est l'article 10, paragraphe 1, du TCE.

« Article 10

Promotion, protection et traitement des investissements

1. Chaque partie contractante encourage et crée, conformément aux dispositions du présent traité, des conditions stables, équitables, favorables et transparentes pour la réalisation d'investissements dans sa zone par les investisseurs des autres parties contractantes. Ces conditions comprennent l'engagement d'accorder, à tout instant, un traitement loyal et équitable aux investissements des investisseurs des autres parties contractantes. Ces investissements bénéficient également d'une protection et d'une sécurité les plus constantes possible, et aucune partie contractante n'entrave, en aucune

manière, par des mesures déraisonnables ou discriminatoires, leur gestion, maintien, utilisation, jouissance ou disposition. En aucun cas, ces investissements ne peuvent être traités d'une manière moins favorable que celle requise par le droit international, y compris les obligations conventionnelles. Chaque partie contractante respecte les obligations qu'elle a contractées vis-à-vis d'un investisseur ou à l'égard des investissements d'un investisseur d'une autre partie contractante.

[...] »

Nécessité d'un renvoi préjudiciel

- 31 Le litige au principal soulève la question de savoir si le TCE, qui fait partie de l'ordre juridique de l'Union, doit être interprété en ce sens que l'article 26 s'applique également à un litige opposant un État membre de l'Union, d'une part, à un investisseur d'un autre État membre, d'autre part, au sujet d'un investissement du second dans le premier.
- 32 En outre, si l'article 26 du TCE s'applique auxdits litiges, se poserait la question de savoir si le droit de l'Union s'oppose à cet article, interprété de la sorte, dans un rapport interne de l'Union ou à [Or. 11] son application dans un litige interne à l'Union. Les principes et les prises de position développés par la Cour dans l'arrêt Achmea trouvaient leur origine dans un traité bilatéral d'investissement applicable entre deux États membres de l'Union. Le TCE est un accord multilatéral sur les investissements et, à la différence de l'accord bilatéral en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Achmea, il comporte plusieurs parties contractantes qui ne sont pas membres de l'Union et ne l'ont pas été. Une autre différence avec l'accord bilatéral réside dans le fait que le TCE a été conclu tant par les Communautés européennes, désormais Union européenne, que par ses États membres. En outre, conformément à le TCE, un requérant peut choisir entre l'arbitrage ou un recours devant les juridictions nationales aux fins du règlement des différends. S'agissant du TCE, l'Union a ainsi participé à la création de cet accord et a accepté le mécanisme de règlement des différends prévu à l'article 26 en étant partie à l'accord.
- 33 À cet égard, même en tenant compte des prises de position de la Cour dans l'arrêt Achmea, on ne voit pas clairement et précisément comment le droit de l'Union doit être interprété.
- 34 Enfin, se pose au principal la question de l'incidence du droit de l'Union, en particulier du principe de primauté de ce droit et des exigences d'effectivité, pour l'application de la règle de forclusion prévue à l'article 34, deuxième alinéa, de la loi sur l'arbitrage, à savoir si le droit de l'Union s'oppose à ce qu'une partie à un recours visant à l'annulation d'une sentence arbitrale ne puisse pas exciper de ce que la formation de la convention d'arbitrage ou la convention d'arbitrage elle-même est contraire au droit de l'Union. À cet égard, la juridiction de céans relève que, dans l'affaire T1569-19, le Högsta domstolen (Cour suprême, Suède) a

décidé, le 4 février 2020, de saisir la Cour d'une demande de décision préjudicielle et que, à ce stade de l'analyse, l'arrêt préjudiciel de la Cour pourrait avoir une pertinence également pour l'affaire au principal. En tout état de cause, dans l'attente d'une réponse de la Cour, l'interprétation du droit de l'Union à cet égard n'apparaît pas claire et établie.

- 35 Dans ces conditions, la juridiction de céans estime qu'il est nécessaire de saisir la Cour d'une demande de décision préjudicielle portant sur l'ensemble des points susmentionnés. [Or. 12]

Demande de décision préjudicielle

Le Svea hovrätt (cour d'appel siégeant à Stockholm) saisit la Cour des questions préjudicielles suivantes :

1. Le TCE doit-il être interprété en ce sens que la clause d'arbitrage prévue à son article 26, par laquelle une partie contractante donne son consentement pour soumettre à la procédure d'arbitrage international un différend entre une partie contractante et un investisseur d'une autre partie contractante au sujet d'un investissement effectué par ce dernier sur le territoire du premier, s'applique également à un différend entre un État membre de l'Union européenne, d'une part, et un investisseur d'un autre État membre de l'Union, d'autre part ?

Si la première question appelle une réponse affirmative :

2. L'article 19 et l'article 4, paragraphe 3, TUE ainsi que les articles 267 et 344 TFUE doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à la clause d'arbitrage prévue à l'article 26 du TCE ou à l'application de cette clause d'arbitrage lorsqu'un investisseur d'un État membre de l'Union peut, en cas de litige sur un investissement dans un autre État membre, engager, en vertu de l'article 26, une procédure contre ce dernier État membre devant un tribunal arbitral dont cet État membre est tenu d'accepter la compétence et la décision ?

Si la deuxième question appelle une réponse affirmative :

3. Le droit de l'Union, et notamment le principe de primauté et l'exigence d'effectivité de ce droit, doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à l'application d'une disposition de droit national prévoyant la forclusion, telle que l'article 34, deuxième alinéa, de la loi sur l'arbitrage, si cette application a pour conséquence qu'une partie à un recours visant à l'annulation d'une sentence arbitrale ne peut pas contester l'existence d'une convention d'arbitrage valable au motif que la clause d'arbitrage prévue à l'article 26 du TCE ou l'offre faite conformément à cet article est invalide ou inapplicable en tant qu'elle est contraire au droit de l'Union ?