

---

## MÉMOIRE

---

A Mesdames, respectivement Messieurs les Président et Juges composant la Cour de cassation,

Pour :

la **Commission Européenne**, dont le siège est sis à B-1049 Bruxelles, rue de la Loi, 200, représentée par ses agents Paul-John Loewenthal et Tim Maxian Rusche, intervenante volontaire conformément à l'article 483 du Nouveau code de procédure civile, combiné avec l'article 29, paragraphe 2, du Règlement (UE) 2015/1589 du Conseil du 13 juillet 2015, portant modalités d'application de l'article 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (ci-après « **TFUE** »),

pour laquelle est constitué et occupera **Maître Michel Schwartz**, avocat à la Cour, demeurant à L-2155 Luxembourg, 70-72, Muehlenweg, au cabinet duquel élection de domicile est faite,

Contre :

1. **Monsieur Viorel Micula**, sans état connu, demeurant en Roumanie, 48, rue Colineor, Oradea, département de Bihor,

élisant domicile en l'étude de la société en commandite simple **Bonn Steichen & Partners**, établie et ayant son siège social à L-2370 Howald, 2, rue Peternelchen, Immeuble C2, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, représentée par son gérant actuellement en fonctions à savoir la société à responsabilité limitée Bonn Steichen & Partners S.à.r.l., elle-même représentée aux fins de la présente procédure par Maître **Fabio Trevisan**, avocat à la Cour, demeurant à L-2370 Howald, 2, rue Peternelchen, Immeuble C2, inscrit à la liste I du Tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, qui est constituée et occupera,

2. **l'Etat de Roumanie**, représenté par son organe représentatif en justice actuellement en fonctions, demeurant à 050741 Bucarest (Roumanie), 17, rue Apolodor, secteur 5,

élisant domicile en l'étude de **Maître Donald Venkatapen**, avocat à la Cour, demeurant à L-1528 Luxembourg, 10A, boulevard de la Foire, qui est constitué et occupera,

---

L'Etat de Roumanie (ci-après la "**Roumanie**") a engagé un pourvoi en cassation contre de l'arrêt n°15/21-VII-Exequatur rendu par la huitième Chambre de la Cour d'appel en date du 11 février 2021, arrêt venu confirmer l'ordonnance n°45/2015 datée du 8 mai 2015, telle que modifiée par une ordonnance rectificative n° 51/2015 datée du 22 mai 2015, qui avait déclaré exécutoire sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg la sentence arbitrale du 11 décembre 2013 rendue par le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements.

La Commission européenne estime, tout comme la Roumanie, que la Cour d'appel aurait dû rejeter la demande d'exequatur formulée par Monsieur Viorel Micula et entend dans ce contexte faire valoir ses observations, ceci en application notamment de l'article 29, paragraphe 2 du Règlement (UE) 2015/1589 du Conseil du 13 juillet 2015 portant modalités d'application de l'article 108 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (ci-après "TFUE") qui ouvre à la Commission le droit d'intervenir devant les juridictions des Etats membres dès lors que celles-ci sont confrontées à l'application du droit des aides d'Etat (articles 107 à 109 du TFUE) et que *"l'application cohérente de l'article 107, paragraphe 1er, ou de l'article 108 du TFUE l'exige"*.

## I. LES FAITS ET RETROACTES DE L'AFFAIRE

Après l'effondrement du régime communiste, la Roumanie s'engagea assez rapidement dans un processus d'intégration à l'Union européenne dans le cadre duquel elle s'obligea à faire converger, notamment d'un point de vue économique, sa réglementation interne avec les principes, droits et obligations régissant l'Union européenne.

Les engagements pris à cet égard par la Roumanie furent entérinés dans l'Accord européen du 1<sup>er</sup> février 1993 établissant une association entre les Communautés européennes et leurs Etats membre et la Roumanie, accord entré en vigueur en date du 1<sup>er</sup> février 1995 (ci-après l'"**Accord UE-Roumanie de 1995**" // publié au Journal officiel de l'Union européenne L-357 du 31.12.1994, page 2).

Sous l'article 64, intégré au chapitre 2 intitulé "Concurrence et autres dispositions économiques" de l'Accord UE-Roumanie de 1995, il était notamment stipulé que :

*"1. Sont incompatibles avec le bon fonctionnement de présent accord dans la mesure où ils sont susceptibles d'affecter les échanges entre la Communauté et la Roumanie :*

- i) Tous accords entrepris, toutes décisions d'association d'entreprises et toutes pratiques concertées d'entreprises qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ;*
- ii) L'exploitation abusive par une ou plusieurs entreprises en position dominante sur l'ensemble du territoire de la Communauté ou de la Roumanie ou dans une partie substantielle de celles-ci ;*
- iii) Toute aide publique qui fausse ou menace de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou la production de certains biens".*

Ces principes constituaient la transcription, dans les relations entre l'Union européenne et la Roumanie, de l'article 107, paragraphe 1 du TFUE qui interdit les incitations fiscales étatiques dans la mesure où elles faussent le libre jeu de la concurrence en favorisent certaines entreprises ou certaines productions.

Nonobstant l'engagement international pris vis-à-vis de l'Union européenne et de ses Etats membres, la Roumanie adopta en 1998 une loi, modifiée en 2000 (ci-après l'"**OGU**") instaurant des aides étatiques sous la forme d'un système d'incitations fiscales dont le but était de promouvoir l'investissement dans certaines régions roumaines sinistrées.

Alors que le Conseil roumain de la concurrence (chargé à l'époque d'instruire les dossiers relatifs aux aides publiques et leur compatibilité notamment avec l'Accord européen de 1995) confirma, dans sa décision du 15 mai 2000, le caractère illégal, au regard notamment des engagements européens pris par la Roumanie, du dispositif d'incitations fiscales mis en place, le Parlement roumain se refusa dans un premier temps à remettre en cause ce dispositif qui violait pourtant de manière flagrante les engagements internationaux pris par la Roumanie dans l'Accord UE-Roumanie de 1995.

Tout en sachant pertinemment le dispositif d'incitations fiscales être condamné à terme en raison de son incompatibilité avec l'Accord UE-Roumanie de 1995 et en raison de l'adhésion programmée de la Roumanie dans l'Union européenne qui ne pourrait se faire sans l'abandon d'un tel dispositif, les frères Micula, d'origine roumaine devenus suédois, décidèrent de prendre quand même le risque d'utiliser le dispositif d'incitations fiscales promu par l'OGU et investirent des sommes importantes dans une des régions roumaines sinistrées à laquelle s'appliquait le dispositif en créant pour cela localement plusieurs entreprises spécialisées dans l'agroalimentaire. Une des entreprises créées localement par les frères Micula bénéficia du régime d'incitations fiscales à partir du 1<sup>er</sup> juin 2000 (European Food S.A.), les deux autres à partir du 17 mai 2002 (S.C. Starmill S.R.L. et S.C. Multipack S.R.L.).

Et effectivement, ce qui devait advenir advint : afin de se conformer à l'Accord UE-Roumanie de 1995 et aux exigences posées par l'Union européenne dans le cadre des négociations entamées avec la Roumanie en vue de son adhésion à l'Union européenne, la Roumanie abrogea l'OGU par une loi du 22 février 2005 et mit ainsi fin aux principales incitations fiscales posant problème.

La signature le 25 avril 2005 du Traité d'adhésion marqua l'adhésion effective de la Roumanie dans l'Union européenne, cette adhésion ayant pris effet le 1<sup>er</sup> janvier 2007.

Le 28 juillet 2005, les frères Micula et les entreprises roumaines dont ils étaient les principaux actionnaires déposèrent une requête auprès du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (ci-après "**CIRDI**") devant lequel ils expliquèrent que la suppression anticipée du dispositif d'incitations fiscales qui, autrement, aurait perduré jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 2009, serait pour eux source d'un préjudice dont ils entendaient obtenir réparation.

Leur action en dommages et intérêts se fondait sur le traité bilatéral d'investissement entre la Roumanie et la Suède entré en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2003 (ci-après "**TBI**"), lequel instaure certaines mesures de protection et prévoit certaines garanties en faveur des personnes ressortissantes d'un pays signataire du traité ayant effectué des investissements dans l'autre pays signataire. Le TBI offre notamment la possibilité aux investisseurs de lancer un arbitrage investisseur / Etat en cas de différend, y compris sur la base de la Convention de Washington pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (ci-après la "**Convention de Wahsington**").

En tant que citoyens de l'un des deux Etats signataires du TBI, les frères Micula firent valoir que les investissements effectués par eux en Roumanie relevaient du TBI et ils demandèrent au CIRDI de constituer un tribunal arbitral en vue de trancher le différend les opposant à la Roumanie.

A la fin de l'année 2008, la Commission fut mise au courant de l'existence de la procédure arbitrale et intervint dans cette procédure en qualité d'*amicus curiae*.

Lors de son intervention, présentée le 20 juillet 2009, elle expliqua que les incitations fiscales étaient *"incompatibles avec les règles communautaires en matière d'aides régionales"* et fit observer que *"toute décision rétablissant les privilèges annulés par la Roumanie ou octroyant des compensations aux requérants pour la perte de ces privilèges constituerait une nouvelle aide qui ne serait pas compatible avec le traité CE"* et que *"l'exécution [d'une telle décision] devait être empêchée si cette exécution était contraire aux règles de la politique de l'Union européenne en matière d'aides d'État"*.

Dans la sentence arbitrale rendue en date du 11 décembre 2013 (ci-après la "**Sentence CIRDI**"), le tribunal arbitral estima, en ne prenant en considération que les seuls principes énoncés par le TBI, et faussant par là même, voire ignorant de manière assez grossière la problématique liée à l'interaction entre le TBI, les règles du droit de l'Union ainsi que de l'Accord UE-Roumanie de 1995, dont il ne se sentait aucunement le gardien ni le défenseur, que l'abrogation des incitations fiscales constituait une atteinte à la confiance légitime des consorts Micula et que la Roumanie, bien qu'ayant agi de façon rationnelle en abrogeant le dispositif d'incitations dans le cadre des engagements pris en vue de son adhésion à l'Union européenne, devait néanmoins indemniser les consorts Micula à concurrence d'une somme égale à la totalité des aides qu'ils auraient perçues jusqu'à la fin du dispositif prévu pour 2009 si la Roumanie ne l'avait pas abrogé en 2005.

Le tribunal arbitral condamna de ce fait la Roumanie à verser aux requérants des dommages et intérêts d'un montant de 376.433.229.-ROM (82.669.413,02.-EUR), le tout majoré des intérêts.

Monsieur Viorel Micula engagea depuis lors de multiples démarches à travers le monde pour essayer d'obtenir la reconnaissance et l'exécution de la Sentence CIRDI et le paiement de l'indemnité à laquelle fut condamnée la Roumanie.

Au Luxembourg, Monsieur Viorel Micula fit déposer en date du 15 mai 2015 une requête en exequatur au guichet unique du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg dans laquelle il pria Madame le Président du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg de bien vouloir *"revêtir, sur base de l'article 54 (1) de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, signée à Washington en date du 18 mars 1965, telle qu'approuvée par la loi du 8 avril 1970, et de l'article 1250 du Nouveau code de procédure civile, de la formule exécutoire, la sentence arbitrale n° ARB/05/20 rendue le 11 décembre 2013 par le Tribunal Arbitral (...)"*.

Suivant une ordonnance n°45/2015 datée du 8 mai 2015, modifiée par une ordonnance rectificative n° 51/2015 datée du 22 mai 2015, Madame Joséane Schroeder, en sa qualité de Présidente du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, rendit, au visa notamment de l'article 1250 du Nouveau code de procédure civile, une ordonnance d'exequatur dont le dispositif fut libellé comme suit :

*"déclarons exécutoire dans le Grand-Duché de Luxembourg comme si elle émanait d'une juridiction indigène la sentence arbitrale du 11 décembre 2013 rendue par le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements composé par les arbitres Dr Laurent Levy, président, Dr Stanimir A. Alexandrov et Prof. Georges Abi-Saab, Affaire du Cirdi n° ARB/05/20 (...)"*.

Par exploit d'huissier signifié en date du 10 novembre 2015, la Roumanie interjeta appel contre les deux ordonnances d'exequatur visées ci-avant, ceci en faisant valoir différents moyens empêchant de conférer force exécutoire à la Sentence CIRDI sur le territoire luxembourgeois. La Commission intervint dans cette procédure afin d'appuyer la démarche de la Roumanie qui adopte en la matière une attitude conforme au droit de l'Union en s'opposant à voir déclarer exécutoire sur le territoire luxembourgeois la Sentence CIRDI dont Monsieur Viorel Micula tente d'obtenir la reconnaissance alors qu'elle viole incontestablement le droit de l'Union.

Estimant les articles 53 et 54 de la Convention de Washington ne posaient comme condition à l'obtention de l'exequatur que la seule vérification de l'existence de la sentence arbitrale, vérification qui s'opère grâce à la remise au juge de l'exequatur d'une copie certifiée conforme par le secrétaire général du CIRDI de ladite sentence, la Cour d'appel souligne que le juge luxembourgeois de l'exequatur ne serait pas en position de pouvoir examiner le bien-fondé des moyens, notamment de contrariété au droit de l'Union, mis en avant par la Roumanie, et appuyés par la Commission, qui s'opposeraient à revêtir de l'exequatur la Sentence CIRDI.

Dans son arrêt du 11 février 2021, la Cour d'appel déclara de ce fait l'appel non fondé et confirma les ordonnances par lesquelles l'exequatur avait été conféré à la Sentence CIRDI litigieuse.

La Commission soutient l'initiative de la Roumanie visant à contester devant la Cour de cassation la légalité de l'arrêt du 11 février 2021 car l'abandon de tout contrôle en la matière par le juge luxembourgeois de l'exequatur apparaît contraire au droit de l'Union.

## II. QUANT A L'INTERVENTION VOLONTAIRE DE LA COMMISSION EUROPEENNE

La Commission est intervenue volontairement dans cette affaire sur le fondement notamment de l'article 29, paragraphe 2 du Règlement (UE) 2015/1589 du Conseil du 13 juillet 2015 (ci-après le "**Règlement (UE) 2015/1589**") portant modalités d'application de l'article 108 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le "**TFUE**"), lequel prévoit la possibilité pour la Commission d'intervenir "*de sa propre initiative*" devant les juridictions des Etats membres (quelle que soit leur compétence matérielle) dès lors que celles-ci sont confrontées à l'application du droit des aides d'Etat (articles 107 à 109 du TFUE) et que "*l'application cohérente de l'article 107, paragraphe 1<sup>er</sup>, ou de l'article 108 du TFUE l'exige*".

L'intervention de la Commission se justifie dans la présente affaire alors que les démarches entreprises Monsieur Viorel Micula en vue d'obtenir la reconnaissance et l'exécution forcée sur le territoire luxembourgeois de la Sentence CIRDI est contraire au droit de l'Union, notamment au droit des aides d'Etat, aux articles 267 et 344 TFUE, au principe de la confiance mutuelle et au principe d'autonomie.

Cette contrariété a été officiellement actée dans la Décision (UE) 2015/1470 du 30 mars 2015, décision de la Commission qui interdit à la Roumanie de verser les dommages et intérêts que celle-ci a été condamnée à payer aux consorts Micula dans la mesure où ce versement constitue le paiement d'"*une aide d'Etat au sens de l'article 107, § 1, TFUE, qui est incompatible avec le marché intérieur*".

Le dispositif de la Décision (UE) 2015/1470 du 30 mars 2015 est libellé de la manière suivante :

### *" Article premier*

*Le versement des dommages et intérêts accordés par le tribunal arbitral, constitué sous l'égide du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) par la sentence arbitrale rendue le 11 décembre 2013 dans l'affaire no ARB/05/20 Micula e.a./Roumanie, à l'unité économique unique composée par Viorel Micula, Ioan Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L., S.C. Multipack, European Drinks S.A., Rieni Drinks S.A., Scandic Distilleries S.A., Transilvania General Import-Export S.R.L. et West Leasing S.R.L. constitue une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du traité, qui est incompatible avec le marché intérieur.*

### *Article 2*

- 1. La Roumanie ne verse aucune aide incompatible visée à l'article 1er et récupère toutes les aides incompatibles visées à l'article 1er qui ont déjà été versées aux entités, quelles qu'elles soient, qui composent l'unité économique unique qui a bénéficié de cette aide à la suite de la mise en œuvre ou à l'exécution partielle de la sentence arbitrale du 11 décembre 2013, ainsi que toute aide versée aux entités, quelles qu'elles soient, qui composent l'unité économique unique qui a bénéficié de cette aide à la suite d'une mise en œuvre ultérieure de la sentence arbitrale du 11 décembre 2013 qui n'a pas*

*été notifiée à la Commission ou toute aide versée après la date de l'adoption de la présente décision.*

2. *Viorel Micula, Ioan Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L., S.C. Multipack, European Drinks S.A., Rieni Drinks S.A., Scandic Distilleries S.A., Transilvania General Import-Export S.R.L. et West Leasing S.R.L sont solidairement responsables du remboursement de l'aide d'État qu'ils ont reçue.*
3. *Les montants à récupérer sont ceux découlant de la mise en œuvre ou de l'exécution de la sentence arbitrale du 11 décembre 2013 (montant principal et intérêts).*
4. *Les montants à récupérer produisent des intérêts à partir de la date à laquelle ils ont été mis à la disposition des bénéficiaires, jusqu'à leur récupération effective.*
5. *La Roumanie doit communiquer les dates exactes à partir desquelles les aides d'État ont été mises à la disposition des bénéficiaires visés.*
6. *Les taux d'intérêt sont calculés sur une base composée conformément aux dispositions du chapitre V du règlement (CE) no 794/2004 de la Commission.*
7. *La Roumanie veille à ce qu'aucun autre versement de l'aide visée à l'article 1er ne soit effectué à partir de la date d'adoption de la présente décision.*

Autrement dit : la Décision (UE) 2015/1470 du 30 mars 2015 interdit à la Roumanie tout versement en vertu de la Sentence arbitrale. Si la Roumanie procédait néanmoins à un tel versement, elle violerait une obligation ferme qui lui est imposée par le droit de l'Union, et la juridiction d'un Etat membre qui autoriserait la mise en œuvre de mesures d'exécution forcées à l'encontre de la Roumanie en vue de permettre à Monsieur Viorel Micula de recouvrer la créance qu'il revendique prêterait *ipso facto* son concours à une violation du droit de l'Union.

L'intervention de la Commission vise ici à assurer l'application cohérente des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'Etat.

Cette Décision de la Commission fut contestée par Monsieur Viorel Micula devant le Tribunal de l'Union européenne (ci-après le "**Tribunal UE**") qui, par un arrêt du 18 juin 2019, annula ladite décision.

La Commission engagea contre cet arrêt un pourvoi devant la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après la "**CJUE**") de sorte que l'annulation de la Décision de la Commission n'est, à ce stade, pas encore coulée en force de chose jugée.

Le pourvoi a été plaidé au mois d'avril 2021. L'avocat général a présenté ses conclusions le 1<sup>er</sup> juillet 2021. Sur la base de la durée moyenne des procédures devant la CJUE, l'arrêt de la CJUE qui fixera définitivement la question de la légalité de la Décision (UE) 2015/1470 du 30 mars 2015 est attendu avant la fin de l'année 2021.

### **III. SUR L'OBLIGATION DE LA COUR DE CASSATION DE SOULEVER D'OFFICE LES MOYENS DE DROIT, EN PARTICULIER LES MOYENS TENANT A LA CONTRARIETE AU DROIT DE L'UNION**

Indépendamment des moyens de cassation soulevés par la Roumanie, la Commission se permet de souligner que l'arrêt de la Cour d'appel contient au moins plusieurs erreurs de droit que la Cour de cassation doit, le cas échéant, soulever d'office.

La première erreur de droit concerne l'immunité de juridiction dont bénéficie la Roumanie qui doit amener les juridictions luxembourgeoises à constater l'irrecevabilité de la demande d'exequatur, sinon l'incompétence des juridictions luxembourgeoises pour connaître de la demande d'exequatur.

Il est admis que la fin de non-recevoir tirée du non-respect d'une immunité de juridiction, en ce que cette dernière n'affecte pas seulement la compétence juridictionnelle du juge mais lui retire le pouvoir de juger est d'ordre public (Tribunal d'arrondissement Luxembourg, 07.04.2017, rôle no 132.174, in Annales du droit luxembourgeois, Vol. 27-28, 2017-2018, G. Frieden et P. Kinsch, La pratique luxembourgeoise en matière de droit international public (2017)).

En l'espèce, le TBI contenant la clause d'arbitrage est contraire au droit de l'Union. Ceci a pour conséquence, en application du principe de primauté du droit de l'Union, que l'accord d'arbitrage n'est pas valable. La Roumanie n'a donc pas renoncé à son immunité de juridiction contrairement à ce qu'a écrit à ce propos la Cour d'appel.

Cette fin de non-recevoir, sinon cette exception de compétence doit être soulevée d'office. La partie concluante développera plus amplement ce moyen sous l'article IV, A. (pages 10 et suivantes).

Les autres erreurs de droit pouvant être reprochées à l'acte attaqué concerne la violation de plusieurs normes fondamentales du droit de l'Union, en particulier le principe de coopération loyale prévu par l'article 4, paragraphe 3 du TUE (développé plus amplement sous le point IV, B (en page 28)), l'article 351, paragraphe 1 du TFUE qui résout, en faveur du droit de l'Union, le conflit de normes qui oppose le droit de l'Union à la Convention de Washington (développé plus amplement sous le point IV, C (page 35 et s.), et le principe d'autonomie juridictionnelle du droit de l'Union prévu par les articles 267 et 344 du TFUE (développé sous les point IV D, en page 38 et s.).

Dans les arrêts "Peterbroeck" et "Van Schijndel" (CJCE, 14.12.1995, aff. jointes C-312/93, C-430/93 et C-431/93, G. Canivet et J.-G. Huglo, L'obligation pour le juge judiciaire national d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts Jereon Van Schijndel et Peterbroek : Europe 1996, comm. 57), la CJUE a consacré l'obligation pour le juge national de soulever d'office l'application du droit de l'Union.

La simple faculté laissée en droit interne à la discrétion du juge devient, lorsqu'est en cause une contrariété avec le droit de l'Union, une obligation.

La CJUE a précisé par la suite que l'obligation pour le juge national de soulever d'office l'application du droit de l'Union vaut pour les normes fondamentales (CJCE, 01.06.1999, "Eco Swiss China Limited", aff. C-126/97 : dans cette décision, la CJUE prend soin de constater que les règles de concurrence constituent des dispositions fondamentales du droit communautaire obligeant le juge à soulever d'office les contrariétés entre la sentence arbitrale rendue et le droit de l'Union).



Les dispositions de droit communautaire violée par la Cour d'appel sont des normes fondamentales. Le juge luxembourgeois, et en particulier la Cour de cassation, doit par conséquent se saisir d'office des questions qui touchent à la bonne application de ces règles issues du droit de l'Union

La Commission se permet de rappeler pour être tout à fait complet que la Cour de cassation est en l'espèce juge de dernière instance ayant à ce titre pour obligation de saisir la CJUE des questions touchant à l'interprétation du droit de l'Union.

Il résulte en effet de l'article 267 du TFUE que :

*"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.***

*Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais"*

Les questions de droit que soulève le litige dont est saisi la Cour de cassation ont trait largement au droit de l'Union dans des domaines complexes où subsiste des insécurités juridiques qui doivent le cas échéant être levées par voie de renvoi préjudiciel.

La Commission attire dans ce contexte l'attention de la Cour de cassation sur le fait qu'un renvoi préjudiciel a été effectué par la Cour d'appel de Bruxelles afin de clarifier le lien entre la Convention de Washington et le droit de l'Union, l'instruction de cette affaire, pendante devant la CJUE (affaire C-333/19 Romatsa et autres c. Micula), ayant été suspendu en attendant que ne soit rendu l'arrêt de la CJUE ayant pour objet de trancher le pourvoi formé par la Commission contre l'arrêt du Tribunal UE ayant annulé sa Décision (UE) 2015/1470 du 30 mars 2015.

La Commission considère qu'il serait approprié que votre Cour saisisse la CJUE des questions qu'elle considère pertinente pour résoudre le présent litige, notamment la question de savoir si le devoir de coopération loyale empêche uniquement l'exécution de la sentence arbitrale, ou, comme le considère la Roumanie et la Commission, déjà sa reconnaissance (au stade de l'exequatur) dans l'ordre juridique luxembourgeois.

Une autre possibilité serait de suspendre la présente affaire dans l'attente des deux arrêts de la CJUE.

#### **IV. LES MOYENS DE CASSATION**

##### **A. L'irrecevabilité de la demande d'exequatur introduite au mépris de l'immunité juridictionnelle de la Roumanie**

L'arrêt attaqué a rejeté (i) l'appel de la Roumanie visant à obtenir l'annulation, sinon la révocation, sinon la réformation de les ordonnances d'exequatur ayant déclaré exécutoire, sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, la Sentence CIRDI et (ii) la demande de renvoi préjudiciel formulée par la Roumanie et la Commission, au motif, dit la Cour d'appel, que la Roumanie ne serait pas en droit de se prévaloir d'une immunité de juridiction privant d'intérêt à agir Monsieur Viorel Micula dans la mesure où la Roumanie aurait renoncé à cette immunité de juridiction de par son adhésion à la clause d'arbitrage prévue sous l'article 7 (5) du TBI, la Cour d'appel soulignant à cet égard qu'*"en souscrivant une clause d'arbitrage, l'Etat étranger s'est soumis à la juridiction des arbitres, acceptant par la même de renoncer audit privilège, et il a accepté que leur sentence puisse être revêtue de l'exequatur. Il ne saurait donc opposer avec succès son immunité de juridiction au juge de l'exequatur d'une sentence arbitrale (JCL Droit international, Fasc. 409-50, Immunité internationales, point no 52)"*.

Cette motivation doit être rejetée pour les raisons suivantes :

Pour garantir la préservation des caractéristiques spécifiques et de l'autonomie du l'ordre juridique de l'Union, les traités européens ont institué un système juridictionnel constitué, selon l'article 19 du Traité de l'Union européenne (ci-après le "TUE"), des juridictions nationales et de la CJUE.

Un accord international ne peut pas porter atteinte au monopole juridictionnel prévu par les traités et à l'autonomie du système juridique de l'Union consacré par l'article 344 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne ("TFUE") qui fait interdiction aux Etats membres de soumettre un différend relatif à l'interprétation et à l'application du droit de l'Union à un mode de règlement différent de celui prévu par les traités.

Ce mode de règlement prévu par les traités a pour clé de voûte la procédure de renvoi préjudiciel prévue par l'article 267 du TFUE qui permet d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union.

Le litige à la base de la demande d'indemnisation formulée par Monsieur Viorel Micula, demande à laquelle fit droit le tribunal arbitral auteur de la Sentence CIRDI, touche à une matière, celle des aides d'Etat et des investissements intra-UE, dans laquelle a vocation de s'appliquer le droit de l'Union.

Or, les tribunaux arbitraux ne font pas partie du cercle des juridictions auxquelles les traités européens ont dévolu la mission d'interpréter et d'appliquer le droit de l'Union. En particulier, un tribunal arbitral n'est pas habilité à saisir la CJUE à titre préjudiciel.

En décidant par conséquent que Roumanie aurait valablement consenti à ce qu'un tribunal arbitral tranche un litige d'investissement l'opposant notamment à Monsieur Viorel Micula et que la Roumanie aurait ainsi renoncé à son immunité juridictionnelle, la Cour d'appel a violé les articles 267 et 344 du TFUE.

Ce moyen de cassation doit être compris à la lumière notamment des enseignements pouvant être tirés de la jurisprudence communautaire, et notamment de l'arrêt Achmea rendu par la grande chambre de la CJUE dont la Commission se permet de résumer les grandes lignes avant d'en tirer les conclusions qui s'imposent dans l'affaire Micula.

## 1. L'affaire Achméa

La République slovaque est liée aux Pays-Bas par un TBI entré en vigueur en date du 1<sup>er</sup> janvier 1992 contenant une clause d'arbitrage permettant à un ressortissant de l'un des Etats signataires de saisir un tribunal arbitral en cas d'atteinte fautive ou illégitime portée par un Etat signataire au libre transfert des paiements relatifs à un investissement, notamment des bénéfices et des dividendes relativement à des investissements dans cet autre Etat signataire.

En date du 1<sup>er</sup> mai 2004, la République slovaque intégra l'Union européenne.

Dans le cadre d'un programme de libéralisation de son marché de la santé, la République slovaque adopta un cadre légal permettant à des opérateurs nationaux ou étrangers de fournir sur son territoire des prestations d'assurance maladie privée.

Achmea est une société néerlandaise qui réussit à obtenir l'agrément des autorités slovaques pour exercer cette activité par le biais d'une filiale établie sur le territoire slovaque.

La République slovaque opéra par la suite un retour en arrière concernant la privatisation de son marché de la santé et, par une loi du 25 octobre 2007, elle interdit la distribution de bénéfices produits par les activités d'assurance maladie privée.

S'estimant lésée, Achmea initia, au mois d'octobre 2008, contre la République slovaque, une procédure arbitrale en application de l'article 8 du TBI.

La République slovaque souleva en premier lieu un moyen d'incompétence du tribunal arbitral consistant à dire que son adhésion à l'Union européenne rendait incompatible avec le droit de l'Union le fait de laisser trancher par un tribunal arbitral un litige ayant trait à des questions d'investissements intra-communautaires auxquels s'applique le droit de l'Union, ces questions relevant en dernier ressort du contrôle par voie de renvoi préjudiciel des juridictions communautaires que le tribunal arbitral n'avait pas la possibilité de saisir.

Le tribunal arbitral écarta ce moyen d'incompétence et condamna la République slovaque à payer à Achmea des dommages et intérêts à concurrence d'un montant de 22,1 millions d'euros.

La République slovaque engagea contre cette sentence arbitrale d'abord un recours en annulation devant l'Oberlandesgericht Frankfurt-am-Main qui rejeta le recours puis un recours devant le Bundesgerichtshof (BGH) qui prit la décision de saisir la CJUE d'une question préjudicielle.

Le BGH expliqua dans son renvoi préjudiciel que :

- La République slovaque avait adhéré à l'Union européenne de sorte que le TBI est à considérer comme un accord intra-Etats membres en matière d'investissements sur lequel priment les dispositions afférentes du droit de l'Union.
- La République slovaque mettait en doute le fait qu'une clause arbitrale soit compatible avec :
  - o L'article 18 du TFUE (ex article 12 TCE) qui stipule que :

*"Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent prendre toute réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations".*

- L'article 267 du TFUE (ex 234 TCE) qui stipule que :  
*"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. Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais".*
- L'article 344 du TFUE (ex-article 292 TCE) qui stipule que :  
*"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".*

En réponse aux questions préjudicielles qui lui furent posées, la CJUE fit valoir qu'au regard des textes et de la jurisprudence communautaires en vigueur, on pouvait retenir en substance ce qui suit :

- La CJUE rappela tout d'abord le caractère autonome du droit de l'Union, lequel est constitué d'un réseau structuré de principes, de règles et de relations juridiques mutuellement interdépendantes liant réciproquement l'Union elle-même, ses États membres, ainsi que ceux-ci entre eux (point 33 de l'Arrêt Achmea).

Qui dit corps de règles autonomes dit aussi autonomie du système juridictionnel du droit de l'Union qui a pour objet d'en garantir la bonne application, avec cette conséquence qu'un accord international ne peut pas porter atteinte à l'ordre de compétences fixé par les traités européens pour assurer l'interprétation et la bonne application du droit de l'Union.

Cette autonomie du système juridique européen s'exprime notamment à travers l'article 344 TFUE qui ne permet pas de soumettre un différend se rapportant à l'application du droit de l'Union à un mode de règlement différent de celui prévu dans les traités de l'Union européenne (point 32 de l'arrêt Achmea).

- La CJUE décrit ensuite l'architecture du système juridictionnel (autonome) européen avec :

- Au niveau national, des juridictions qui, en vertu de l'article 19 TUE, s'engagent à garantir la pleine application du droit de l'Union (point 36 de l'arrêt Achmea), idée qui se retrouve également dans l'article 4, paragraphe 3, premier alinéa du TUE qui stipule qu'il incombe aux Etats membres d'assurer, sur leurs territoires respectifs, l'application et le respect du droit de l'Union et de prendre à ces fins toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant des traités européens ou résultant des actes des institutions de l'Union (point 34 de l'arrêt Achmea).
- Au niveau communautaire, la CJUE qui, par le biais du renvoi préjudiciel instauré par l'article 267 du TFUE, assure l'unité d'interprétation du droit de l'Union.

A la lumière de ces considérations, la CJUE constata, s'agissant de l'affaire lui ayant été soumise, que :

- Le litige qu'il avait été demandé au tribunal arbitral de trancher porte sur les investissements réalisés par le ressortissant d'un Etat membre dans un autre Etat membre, soit une matière dans laquelle des questions relevant du droit de l'Union et en particulier les dispositions qui concernent les libertés fondamentales, dont la liberté d'établissement et la liberté de circulation des capitaux, vont se poser ou sont susceptibles de se poser.
- Un tribunal arbitral ne constitue pas un rouage du système juridictionnel auquel le droit de l'Union, droit autonome, a conféré le soin d'assurer l'application et l'interprétation du droit de l'Union.
- La sentence arbitrale rendue par un tribunal arbitral n'est pas soumise au contrôle d'une juridiction d'un Etat membre garantissant que les questions du droit de l'Union que le tribunal arbitral pourrait être amené à traiter puissent éventuellement être soumises à la CJUE dans le cadre d'un renvoi préjudiciel (point 50 de l'arrêt Achmea).

En conséquence de quoi, au vu des caractéristiques d'un tribunal arbitral, il y a lieu de considérer que, par la conclusion du TBI, les Etats parties à celui-ci ont instauré un mécanisme de résolution des litiges opposant un investisseur à un Etat membre susceptible d'exclure que ces litiges, alors même qu'ils pourraient concerner l'interprétation ou l'application du droit de l'Union, soient tranchés d'une manière garantissant la pleine efficacité de ce droit.

Cela revient à dire que la clause d'arbitrage stipulée dans le TBI porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union.

La clause d'arbitrage fut donc déclarée contraire au droit de l'Union.

À la suite de l'arrêt rendu par la CJUE, l'affaire reparut devant le BGH allemand qui, dans sa décision du 31 octobre 2018, en tira la conclusion que la sentence arbitrale devait être annulée alors que le fait d'avoir confié à un tribunal le soin de trancher un litige d'investissement intra-UE vient en contradiction avec le droit de l'Union de sorte que le juge allemand, en tant que rouage du système juridictionnel chargé d'assurer la bonne application du droit de l'Union, ne peut faire autrement que de considérer la clause d'arbitrage affectée d'une cause de nullité.

Dans le prolongement de cet arrêt, la Commission européenne diffusa une communication datée du 19 juillet 2018 intitulé "Protection des investisseurs intra-UE" dans laquelle elle résuma la problématique posée par les TBI intra-UE, considérés comme illégaux car empiétant sur les règles du marché unique de l'UE et créant des discriminations entre les investisseurs de l'Union européenne.

Elle s'exprima sur ce sujet de la manière suivante :

*"Le droit de l'Union, tel qu'il a progressivement évolué au fil des décennies, offre aux investisseurs un niveau élevé de protection, même s'il ne peut résoudre tous les problèmes auxquels ils sont susceptibles d'être confrontés dans leurs activités. Il a été à la base du développement du marché unique en tant qu'espace où les investisseurs ont la liberté d'entreprendre, d'investir dans des entreprises, d'importer ou d'exporter des marchandises et de fournir des services par-delà les frontières et où ils bénéficient d'un traitement égal et non discriminatoire par-delà les frontières. La libre circulation des capitaux sous-tend tout investissement, et le traité interdit les mesures qui empêchent ou dissuadent indûment les mouvements de capitaux et les paiements transfrontières.*

*Dans le même temps, le droit de l'UE permet de réglementer les marchés pour assurer le respect d'intérêts généraux légitimes tels que la sécurité publique, la santé publique, les droits sociaux, la protection des consommateurs ou la préservation de l'environnement, ce qui peut également avoir des conséquences pour les investissements. Les autorités publiques de l'UE et des États membres ont le devoir et la responsabilité à la fois de protéger l'investissement et de réglementer les marchés. L'UE et les États membres peuvent donc légitimement prendre des mesures pour protéger ces intérêts, ce qui peut avoir un impact négatif sur les investissements. Pour autant, ils ne peuvent le faire que dans certaines circonstances et sous certaines conditions, ainsi qu'en conformité avec le droit de l'UE.*

*Les investisseurs transfrontières dans l'Union peuvent invoquer des droits de l'UE directement applicables qui ont une prééminence sur le droit interne. Les juges nationaux ont une responsabilité et un rôle particuliers dans la protection de l'investissement. Conjointement avec la Cour de justice de l'UE (ci-après la «CJUE» ou la «Cour de justice») à travers la procédure de renvoi préjudiciel, les juges nationaux doivent assurer en toute indépendance la pleine application du droit de l'Union et la protection juridictionnelle des droits des personnes dans tous les États membres.*

*En outre, les droits des investisseurs transfrontières sont également protégés dans l'UE par un certain nombre de mécanismes publics visant à empêcher les infractions et à résoudre les problèmes avec les autorités nationales que pourraient rencontrer les investisseurs.*

*Au cours des dernières décennies, les gouvernements ont encouragé les investissements transfrontières en concluant des traités bilatéraux d'investissement (TBI). Ces TBI comprennent généralement le droit au traitement national et au*

*traitement de la nation la plus favorisée, à un traitement juste et équitable, à la protection contre l'expropriation et au libre transfert de fonds. Les investisseurs peuvent saisir les tribunaux d'arbitrage entre investisseurs et États des violations de ces dispositions. Des dispositions similaires figurent dans le traité sur la charte de l'énergie, un traité d'investissement multilatéral lancé par l'UE en vue de stimuler les investissements dans le secteur de l'énergie. L'Union européenne s'est engagée dans une réforme substantielle de ces accords dans le cadre de la politique extérieure de l'UE.*

*Certains pays avec lesquels les États membres de l'UE avaient précédemment conclu des TBI ont depuis lors rejoint l'UE. À la suite de l'adhésion, les règles de fond des TBI, telles qu'elles s'appliquent entre les États membres (ci-après les «TBI intra-UE»), sont devenues un système de traités parallèle faisant double emploi avec les règles du marché unique, empêchant ainsi la pleine application du droit de l'UE. C'est le cas, par exemple, lorsque des TBI intra-UE sont interprétés de telle manière qu'ils servent de base pour l'octroi d'une aide d'État illégale en violation de l'égalité des conditions de concurrence dans le marché unique.*

*Les TBI intra-UE confèrent des droits uniquement à l'égard des investisseurs de l'un des deux États membres concernés, en contradiction avec le principe de non-discrimination entre les investisseurs de l'UE dans le marché unique inscrit dans le droit de l'Union. En outre, par la mise en place d'un système alternatif de résolution des litiges, les TBI intra-UE se détournent du système judiciaire national de règlement des litiges concernant les mesures nationales et faisant intervenir le droit de l'Union. Ils confient ce règlement des litiges à des arbitres privés, qui ne peuvent appliquer correctement le droit de l'Union, en l'absence de l'indispensable dialogue judiciaire avec la Cour de justice.*

*Pour ces raisons, la Commission européenne a toujours été d'avis que les TBI intra-UE étaient incompatibles avec le droit de l'Union" (voir, avec les références de bas de page qui y sont citées, la communication de la commission intitulée "Protection des investissements intra-EU", pages 1 et 2 // pièce 11).*

Evoquant les enseignements devant être tirés de l'arrêt Achmea, la Commission écrit que :

*"Dans son arrêt rendu dans l'affaire Achmea, la Cour de justice a jugé que les clauses d'arbitrage entre investisseurs et États établies dans les TBI intra-UE nuisaient au système de voies de recours juridictionnel prévu dans les traités de l'UE et compromettaient ainsi l'autonomie, l'efficacité, la primauté et l'effet direct du droit de l'Union ainsi que le principe de la confiance mutuelle entre les États membres. Le recours à de telles clauses porte atteinte à la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE, et n'est pas compatible avec le principe de coopération loyale. Cela implique que toutes les clauses d'arbitrage entre investisseurs et États dans les TBI intra-UE sont inapplicables et que tout tribunal arbitral constitué sur la base de ces clauses est incompétent en raison de l'absence d'une convention d'arbitrage valide. Par conséquent, les juridictions nationales ont l'obligation d'annuler toute sentence arbitrale rendue sur cette base et de refuser de l'exécuter. Les États membres qui sont parties aux affaires pendantes, à*

*quelque titre que ce soit, sont également tenus de tirer toutes les conséquences nécessaires de l'arrêt Achmea. En outre, en vertu du principe de sécurité juridique, ils sont tenus de mettre formellement fin à leurs TBI intra-UE" (voir, avec les références de bas de page qui y sont citées, la communication de la commission intitulée "Protection des investissements intra-EU", pages 3 et 4 // pièce 11).*

La Commission rappela également quelques-unes des principales caractéristiques du système juridictionnel auquel les traités européens confient l'application et l'interprétation du droit de l'Union en soulignant que :

*"En vertu de l'article 19, paragraphe 1, du TUE, les États membres sont tenus d'établir les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union. En vertu de l'article 47 de la Charte, qui est directement applicable, toute personne a droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial. Les systèmes judiciaires nationaux dans l'Union sont soumis à des normes d'indépendance, de qualité et d'efficacité, énoncées dans une abondante jurisprudence de la Cour de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).*

*Les particuliers disposent d'une multitude de voies de recours devant les juridictions nationales*

*Les particuliers disposent d'un certain nombre de voies de recours devant les juridictions nationales, qui consistent notamment en:*

- *mesures provisoires (référé),*
- *l'obligation d'interpréter le droit national d'une manière qui soit cohérente avec le droit de l'Union,*
- *l'obligation pour le juge d'écartier, de sa propre autorité, tout acte (même de nature constitutionnelle) qui est en conflit avec le droit de l'Union,*
- *l'élimination des conséquences d'une violation du droit de l'Union,*
- *l'octroi de dommages et intérêts pour violation du droit de l'Union (y compris pour malversations judiciaires).*

*Ces voies de recours trouvent un fondement juridique direct dans le droit de l'Union" (voir, avec les références de bas de page qui y sont citées, la communication de la commission intitulée "Protection des investissements intra-EU", pages 23 et 24 // pièce 11).*

S'agissant de l'interaction entre les juridictions nationales et la CJUE, la Commission rappela que :

*"Les juridictions nationales agissent en tant que « juridictions de l'Union » et sont soumises à l'obligation de refuser d'office l'application des dispositions nationales qui sont contraires aux dispositions directement applicables du droit de l'Union. Lorsque l'application des droits conférés par l'UE se fonde sur une question d'interprétation du droit de l'Union devant une juridiction nationale, cette juridiction peut saisir la Cour de justice d'une demande de décision préjudicielle.*



*Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel en droit interne, cette juridiction doit saisir la Cour de justice. Les questions préjudicielles peuvent également porter sur la validité des règles de l'Union: lorsque de telles questions sont pertinentes, une juridiction nationale doit les porter devant la Cour de justice, qui est exclusivement compétente pour contrôler la validité des actes de l'Union. Pour être considéré comme une « juridiction d'un des États membres » au sens de l'article 267 TFUE et être ainsi en mesure de poser une question préjudicielle à la Cour de justice, un organe doit remplir un certain nombre de critères.*

*Les arbitres privés et les tribunaux arbitraux créés dans les TBI intra-UE ne remplissent pas ces critères et ne peuvent donc être considérés comme des « juridictions » au sens de l'article 267 TFUE" (voir, avec les références de bas de page qui y sont citées, la communication de la commission intitulée "Protection des investissements intra-EU", pages 27 et 28 // pièce 11).*

Enfin, afin d'éviter que ne naissent à l'avenir de nouveaux contentieux en rapport avec l'application de TBI intra-UE, les Etats membres se sont engagés dans un processus de dénonciation des TBI intra-UE de sorte que ne devraient plus pouvoir survenir à l'avenir des différends de ce type dans les rapports intracommunautaires.

## 2. Les conclusions à en tirer dans l'affaire Micula

### 2.1. Propos préliminaires sur le contrôle que doit opérer le juge de l'exequatur devant lequel est invoquée l'immunité juridictionnelle

La Roumanie s'étant prévaluée de l'immunité juridictionnelle pour faire échec à la demande d'exequatur de la Sentence CIRDI, la Cour d'appel, tout en reconnaissant en l'espèce l'existence d'une immunité juridictionnelle dont pouvait se prévaloir la Roumanie, a néanmoins considéré que celle-ci avait renoncé à cette immunité en adhérant au TBI et à la clause d'arbitrage prévue dans ce traité.

La Cour d'appel, s'appuyant notamment sur la doctrine et la jurisprudence françaises, explique en substance que :

- Un accord d'arbitrage vaut implicitement renonciation à l'immunité (voir Jurisclasseur International, Fasc. 409-50, Immunités internationales, mise à jour du 19.02.2019, no 51).
- L'Etat qui s'est soumis à la juridiction des arbitres a, par là même, accepté que la sentence puisse être revêtue de l'exequatur (voir Jurisclasseur International, Fasc. 409-50, Immunités internationales, mise à jour du 19.02.2019, no 52).

Si ces principes généraux posés par la doctrine et la jurisprudence françaises trouvent certainement aussi à s'appliquer en droit luxembourgeois, il n'en reste pas moins que l'affaire Micula pose la question de l'interaction entre le droit de l'Union et les deux autres convention internationales que sont le TBI et la Convention de Washington, interaction dont il doit être tenu compte pour déterminer si, entre le moment où la Roumanie a donné son consentement à l'arbitrage et le moment où fut saisi le juge luxembourgeois de l'exequatur, la renonciation de la Roumanie à son immunité juridictionnelle pouvait encore être considérée comme effective.

La jurisprudence, prenant appui sur un arrêt rendu par la Cour internationale de justice en date du 3 février 2012, a eu l'occasion de prendre position sur la nature du contrôle que devait exercer le juge de l'exequatur lorsqu'était invoquée devant lui une immunité de juridiction. Le raisonnement à adopter est le suivant :

*"1/ La Cour internationale de justice dans son arrêt du 3 février 2012, Immunités juridictionnelles de l'Etat, Allemagne c. Italie, Grèce (intervenant), décrit comme suit aux points 125 à 130 l'office du juge de l'exequatur appelé à toiser le moyen tiré de l'immunité de juridiction :*

*125. La Cour doit ensuite exposer la manière dont elle conçoit la question de l'immunité de juridiction appliquée à un jugement qui statue non pas sur le fond d'une demande dirigée contre un Etat étranger, mais sur une demande tendant à ce qu'un jugement déjà rendu par un tribunal étranger à l'égard d'un Etat tiers soit déclaré exécutoire sur le territoire de l'Etat du juge saisi (une demande d'exequatur). La difficulté provient de ce que, en pareils cas, le juge n'est pas appelé à prononcer directement une condamnation à l'égard d'un Etat étranger invoquant une immunité de juridiction, mais à rendre exécutoire une condamnation déjà prononcée par le tribunal d'un autre Etat, qui est supposé avoir examiné et appliqué lui-même les règles relatives à l'immunité de juridiction de l'Etat défendeur.*

126. En l'espèce, les deux Parties semblent avoir raisonné, dans les arguments qu'elles ont échangés, comme si dans une telle hypothèse le respect de l'immunité de juridiction de l'Etat tiers par le tribunal saisi de la demande d'exequatur dépendait simplement du respect de cette immunité par le tribunal étranger qui a rendu le jugement sur le fond à l'encontre de l'Etat tiers. En d'autres termes, les Parties ont paru l'une et l'autre faire dépendre la question de savoir si la Cour d'appel de Florence avait méconnu ou non l'immunité de juridiction de l'Allemagne en déclarant exécutoires le jugement de Livadia et l'arrêt de la Cour de cassation grecque de celle de savoir si ces dernières décisions avaient elles-mêmes méconnu l'immunité de juridiction que l'Allemagne avait invoquée en défense dans les actions judiciaires intentées contre elle en Grèce.

127. Rien ne s'oppose à ce qu'une juridiction nationale vérifie, avant d'accorder l'exequatur, que le jugement étranger n'a pas été rendu en méconnaissance de l'immunité de l'Etat défendeur. Mais, pour les besoins de la présente affaire, la Cour estime devoir aborder la question sous un angle sensiblement différent. Elle considère qu'il n'est pas nécessaire, pour déterminer si la Cour d'appel de Florence a méconnu l'immunité de juridiction de l'Allemagne, de se prononcer sur la question de savoir si les décisions judiciaires grecques ont elles-mêmes violé cette immunité - ce qu'elle ne pourrait d'ailleurs pas faire, puisqu'elle se prononcerait, ce faisant, sur les droits et obligations d'un Etat, la Grèce, qui n'a pas la qualité de partie à la présente instance (Or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France, Royaume-Uni et Etats-Unis d'Amérique), question préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1954, p. 32 ; Timor oriental (Portugal c. Australie), arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 105, par. 34).

La question pertinente, du point de vue de la Cour et pour les besoins de la présente affaire, est de savoir si les tribunaux italiens ont eux-mêmes respecté l'immunité de juridiction de l'Allemagne en accueillant la demande d'exequatur, et non celle de savoir si le tribunal grec ayant rendu le jugement dont l'exequatur était demandé a respecté l'immunité de juridiction de l'Allemagne. Dans une situation de ce genre, les réponses à ces deux questions peuvent ne pas nécessairement coïncider ; c'est seulement la première qui importe ici à la Cour.

128. Lorsqu'un tribunal est saisi, comme en l'espèce, d'une demande tendant à ce qu'il accorde l'exequatur d'un jugement étranger ayant statué à l'encontre d'un Etat tiers, il est appelé à exercer lui-même sa juridiction à l'égard de l'Etat tiers en question. Il est vrai que la procédure d'exequatur n'a pas pour objet de trancher le fond d'un litige, mais seulement de donner force exécutoire à un jugement déjà rendu, sur le territoire d'un Etat autre que celui du juge qui a statué au fond. Le juge de l'exequatur n'a donc pas pour rôle de réexaminer dans tous ses aspects le fond de l'affaire qui a été jugée. Il n'en reste pas moins que, en accordant ou en refusant l'exequatur, il exerce un pouvoir juridictionnel qui aboutit à donner au jugement étranger des effets correspondant à ceux d'un jugement rendu au fond dans l'Etat requis. La procédure introduite devant ce juge doit, en conséquence, être regardée comme intentée contre l'Etat tiers condamné par le jugement étranger.

129. A cet égard, la Cour relève que, selon l'article 6, paragraphe 2, de la convention des Nations Unies :

« Une procédure devant un tribunal d'un Etat est considérée comme étant intentée contre un autre Etat lorsque celui-ci :

a) est cité comme partie à la procédure ; ou

b) n'est pas cité comme partie à la procédure, mais que cette procédure vise en fait à porter atteinte aux biens, droits, intérêts ou activités de cet autre Etat. »

Appliquée à une procédure d'exequatur, cette définition implique qu'une telle procédure doit être regardée comme dirigée contre l'Etat qui a été condamné par le jugement étranger. C'est d'ailleurs bien pourquoi, en l'espèce, l'Allemagne était recevable à faire opposition aux décisions de la Cour d'appel de Florence accordant l'exequatur - quoiqu'elle l'ait fait sans succès - puis à se pourvoir en cassation contre les arrêts confirmatifs.

**130. Il résulte de ce qui précède que le juge saisi d'une demande d'exequatur d'un jugement étranger condamnant un Etat tiers est tenu de se demander si l'Etat défendeur bénéficie d'une immunité de juridiction, compte tenu de la nature de l'affaire qui a été jugée, devant les tribunaux de l'Etat dans lequel la procédure d'exequatur a été engagée. En d'autres termes, il doit se demander si, dans le cas où il aurait été lui-même saisi au fond d'un litige identique à celui qui a été tranché par le jugement étranger, il aurait été tenu en vertu du droit international d'accorder l'immunité à l'Etat défendeur (voir en ce sens l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Kuwait Airways Corp. c. Irak* ([2010] RCS, vol. 2, p. 571), ainsi que l'arrêt de la Cour suprême du Royaume-Uni *NML Capital Limited c. République d'Argentine* ([2011] UKSC 31).**

Le tribunal souscrit à cette analyse. Il en résulte que le juge de l'exequatur doit procéder à une appréciation autonome du régime juridique de l'immunité de juridiction pour les besoins de l'instance qui se déroule devant lui. Ainsi, il doit vérifier non pas si le juge américain du fond a correctement appliqué sa règle de droit national privant l'Etat étranger et ses émanations de l'immunité de juridiction, mais il doit vérifier pour les besoins de la procédure d'exequatur si les circonstances de l'espèce entrent dans une des hypothèses dans lesquelles le droit international public coutumier prévoit que l'Etat étranger ne puisse pas se prévaloir de l'immunité de juridiction, en se situant « comme si » il était saisi de la demande au fond. Ce contrôle implique nécessairement la vérification si la règle figurant dans la disposition de droit national du juge du fond privant l'Etat étranger et ses émanations remplit les critères posés à cet effet par une règle de droit international coutumier. Mais le périmètre d'analyse du juge de l'exequatur n'est pas limité à la disposition de droit national spécifiquement appliquée dans la procédure du fond afin d'y justifier la mise à l'écart de l'immunité de juridiction. Le juge de l'exequatur est au contraire appelé à vérifier le contenu de l'intégralité du droit international public coutumier afin de vérifier si ce dernier ne recèle pas une exception au principe de l'immunité de juridiction pertinente dans le cas sous examen.

*2/ Le tribunal précise que ce contrôle du juge de l'exequatur se fait nécessairement en dehors de toutes considérations tenant à sa compétence internationale pour connaître du fond de l'affaire. L'application du droit international public coutumier au moyen tiré de l'immunité de juridiction doit se faire « comme si » le juge de l'exequatur était compétent pour connaître du fond.*

*3/ Le tribunal précise encore que le contrôle auquel est astreint le juge de l'exequatur dans le cadre du moyen tiré de l'immunité de juridiction se fait par rapport aux circonstances particulières de l'espèce, mais qu'il n'appartient pas au juge de l'exequatur, que ce soit pour les besoins de l'examen de la demande d'exequatur ou pour l'examen préalable de l'immunité de juridiction, d'opérer une révision ou de porter une appréciation sur le fond du litige tel que toisé par le juge du fond, ni en ce qui concerne la preuve des faits ni en ce qui concerne le lien causal entre les faits reprochés et les dommages subis.*

*4/ Aux yeux du tribunal, une considération supplémentaire doit entrer en ligne de compte dans le cadre de l'appréciation de la portée du droit international public coutumier concernant l'immunité juridictionnelle des Etats. La règle de l'immunité de juridiction des Etats constitue une règle de principe consacrée depuis longtemps par la coutume internationale, et les différents aménagements qui y ont été apportés au fil du temps en constituent des exceptions. Par voie de conséquence, les exceptions alléguées dans le cadre du présent litige doivent recevoir une interprétation restrictive" (Tribunal d'arrondissement Luxembourg, 27.03.2019, rôle no 177.266).*

On ajoutera que dans le spectre des normes que le juge de l'exequatur établi dans un Etat membre de l'UE doit prendre en compte, il y a non seulement le droit international coutumier, mais aussi le droit de l'Union.

Or, le droit de l'Union doit en l'espèce amener le juge luxembourgeois de l'exequatur à considérer que la Roumanie peut valablement se prévaloir devant lui de l'immunité juridictionnelle car s'il avait été à la place du tribunal arbitral, il aurait dû conclure à la nullité de la clause d'arbitrage en raison de son incompatibilité avec le droit de l'Union, cette incompatibilité ayant été confirmée dans l'arrêt Achmea.

## **2.2. L'incidence du droit de l'Union sur la validité de l'accord d'arbitrage**

La saisine du tribunal arbitral ayant rendu la Sentence CIRDI litigieuse s'est faite sur la base d'une clause d'arbitrage contenue dans le TBI, donc une convention internationale à laquelle Monsieur Viorel Micula n'était pas directement partie puisqu'il s'agit d'un traité signé entre deux Etats, d'un côté la Suède et de l'autre la Roumanie.

Sans préjudice de la problématique spécifique que pose l'interaction entre le TBI et le droit de l'Union, il est généralement admis par les tribunaux arbitraux que l'investisseur ressortissant de l'un des Etats signataires du TBI, bien que n'étant pas signataire du traité, est néanmoins en droit d'activer la clause d'arbitrage contenue dans le TBI pour demander devant un tribunal

arbitral la réparation du préjudice que lui cause la violation par l'un des Etats signataires des obligations que leur impose le TBI.

Il est ainsi fait une dissociation du consentement à l'arbitrage avec :

- D'une part la clause d'arbitrage qui s'apparente à une offre générale d'arbitrage émise par l'Etat au moment de la signature du TBI.
- D'autre part, l'acceptation de cette offre d'arbitrage à travers la saisine, par l'investisseur, de l'institution arbitrale.

En partant des principes sus-énoncés, on peut donc dire, sous réserve des développements qui seront consacrés à sa validité, que l'accord d'arbitrage s'est en l'espèce formé au moment où Monsieur Viorel Micula a déposé sa requête au tribunal arbitral en date du 28 juillet 2005.

La question qui se pose est de savoir, à la lumière notamment de l'arrêt Achmea, si le consentement de la Roumanie à l'arbitrage peut être considéré comme valide.

Dans l'affaire Achmea, la CJUE était confrontée à la configuration où le TBI contenant la clause d'arbitrage était entré en vigueur avant que la République slovaque n'adhère à l'Union européenne mais où l'accord d'arbitrage ne s'était quant à lui formé qu'après cette adhésion. La CJUE avait constaté que le droit de l'Union s'opposait à ce qu'un litige d'investissement soit tranché par un tribunal arbitral de sorte que la clause d'arbitrage avait été déclarée contraire au droit de l'Union.

L'affaire Micula se différencie de l'affaire Achmea en ce sens que l'accord d'arbitrage s'est formé avant que la Roumanie n'adhère à l'Union.

Il se pose dès lors la question de savoir si l'arrêt Achmea doit voir sa portée limitée aux seules procédures arbitrales dans lesquelles l'accord d'arbitrage s'est formé après la date d'adhésion à l'Union européenne de l'Etat qui avait consenti à l'arbitrage ou si la solution dégagée par l'arrêt Achmea s'applique *mutatis mutandis* aussi lorsque l'accord d'arbitrage a été conclu avant l'adhésion à l'UE et où l'adhésion à l'UE prend effet alors que le tribunal arbitral est encore saisi de l'affaire et qu'il en vient à statuer ainsi dans une matière relevant du monopole juridictionnel reconnu aux juridictions étatiques des Etats membres et à la CJUE.

En l'espèce, la Commission se permet de souligner que même si l'accord d'arbitrage s'est formé avant son adhésion à l'UE, il n'en reste pas moins que :

- La Roumanie est devenue membre de l'UE alors que le litige d'investissement engagé par Monsieur Viorel Micula était encore en cours d'instruction devant le tribunal arbitral, ce qui signifie que le droit de l'Union a fait son entrée dans le corps de règles qui régissaient le litige lorsque, en date du 11 décembre 2013, fut rendue la Sentence CIRDI.
- La Roumanie était membre de l'UE pendant la majeure partie de la période de référence sur laquelle a été calculé le préjudice subi par Monsieur Viorel Micula, cette période de référence correspondant à la période durant laquelle Monsieur Viorel Micula aurait bénéficié, s'il n'avait pas été aboli par la Roumanie, du régime d'incitations fiscales normalement prévu jusqu'en avril 2009 alors que l'on sait ce régime avoir été contraire à

la réglementation communautaire en matière d'aides d'Etat, cela très certainement dès le départ puisque le régime d'incitation fiscales adopté en 2002 contrevenait déjà à l'époque à l'Accord UE-Roumanie de 1995, mais en tout état de cause au plus tard à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2007 avec la prise d'effet de l'adhésion de la Roumanie à l'UE.

- La Roumanie était déjà membre de l'UE lorsqu'il a été demandé au juge luxembourgeois de l'exécuter de reconnaître, sur le territoire d'un Etat membre (ici le territoire luxembourgeois), le caractère exécutoire de la Sentence CIRDI.

Au vu de ces paramètres, la Commission considère que les principes dégagés dans l'affaire Achmea s'appliquent également à l'affaire dont est présentement saisie la Cour de cassation, ceci pour les raisons suivantes :

Tout d'abord, il est de jurisprudence que le droit de l'Union s'applique aux effets futurs d'une situation née antérieurement à l'entrée en vigueur d'un traité.

L'on retrouve notamment cette idée dans les jurisprudences suivantes :

- Dans l'affaire Hessische Knappschaft contre Maison Singer et fils (CJUE, 09.12.1965, Affaire 44-65), l'une des questions préjudicielles posées était de savoir si la Hessische Knappschaft, organisme de sécurité sociale allemand ayant versé aux ayant causes d'un ressortissant allemand décédé en France après avoir été percuté sur le territoire français par un véhicule conduit par un préposé de l'entreprise française Singer et fils, pouvait exercer contre celle-ci une action subrogatoire en application du Règlement no 3 du Conseil de la CEE alors même que le fait générateur du dommage (l'accident de la circulation) avait eu lieu avant la date d'entrée en vigueur - en date du 1<sup>er</sup> janvier 1959 - du Règlement no 3 du Conseil de la CEE.

La CJUE jugea que :

*"Attendu que, par sa seconde question, la cour d'appel de Colmar demande à la Cour de dire si, en vertu de l'article 52 du règlement no 3, les institutions de la sécurité sociale d'un Etat membre sont habilitées à poursuivre, dans les conditions qui y sont fixées, le remboursement des prestations qu'elles ont accordées en raison d'un accident survenu avant le 1<sup>er</sup> janvier 1959 ;*

*Attendu qu'aux termes de l'article 88 (1) du règlement no 4 du Conseil de la CEE le règlement no 3 est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1959,*

*Que ledit règlement no 3 n'a pas pu faire naître, avant le 1<sup>er</sup> janvier 1959, les droits et obligations qu'il vise ;*

*Que, par contre, des événements antérieurs à cette date peuvent, dès l'entrée en vigueur du règlement, être générateurs de ces droits et obligations ;*

*Qu'à défaut de disposition expresse contraire, il convient de reconnaître à ces règles un effet dès leur entrée en vigueur, en tant qu'elles fixent dans le présent les conséquences juridiques de faits du passé".*

- Dans l'affaire Bundesknappschaft contre (CJUE, 14.04.1970, Affaire 68-69), l'un des questions préjudicielles posées était celle de savoir si le sieur Brock, ressortissant allemand, aux droits duquel avait succédé son épouse, pouvait se prévaloir des dispositions du règlement no 130/63 entré en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 1964, permettant de prendre en considération, dans le calcul des périodes de cotisation allant servir à la détermination du montant de sa pension à payer par l'organisme de sécurité sociale allemand, la période où Monsieur Bock avait, antérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 1964, travaillé et cotisé aux Pays-Bas.

La CJUE confirma là-encore que s'applique en la matière le principe selon lequel les lois modificatives d'une disposition législative s'appliquent, sauf dérogation, aux effets futurs des situations nées sous l'empire de la loi ancienne et que, dans la mesure où le règlement no 130/63 ne faisant aucune distinction entre les pensions dont le fait générateur se situerait avant le 1<sup>er</sup> janvier 1964 et celles relatives à des risques réalisés après cette date, le régime instauré par ce règlement est applicable aux pensions et arrérages de pension échus à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1964, même si ces pensions sont servies au titre de risques réalisés avant cette date.

- Ce principe de l'application d'un texte aux effets futurs d'une situation née antérieurement à son entrée en vigueur a depuis lors été constamment appliqué (voir par exemple, CJUE, Westzucker GmbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Zucker, 04.07.1976, Affaire no 1/73, point 5 ; CJUE, Société de produits alimentaires et diététiques Sopad SA. contre Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles (FORMA) et Fonds d'intervention et de régularisation du marché du sucre, 05.12.1973, Affaire 143-73, point 8 ; CJUE, 10.06.2010, C-396-08, point 53).

Ce principe s'applique *mutatis mutandis* au cas de figure où il y a adhésion d'un Etat à l'Union européenne. Il est en effet admis que "*l'acte d'adhésion est fondé sur le principe de l'application immédiate et intégrale des dispositions du droit communautaire aux nouveaux États membres*" (CJUE, 09.12.1982, Affaire 258/81, point 8 ; CJUE, 03.12.1998, C-233/97, point 15).

Le principe général établi dans l'affaire Bundesknappschaft/Brock s'applique donc également en cas d'adhésion, de sorte que le droit de l'Union "*s'applique aux effets futurs des situations nées avant l'adhésion [du] nouvel État membre aux Communautés*" (voir en ce sens, CJUE, 02.10.1997, C-122/96, point 14).

Si la procédure d'arbitrage entre Monsieur Viorel Micula et la Roumanie a démarré avant l'adhésion de la Roumanie à l'UE, le tribunal arbitral n'a déclaré sa compétence à l'égard du litige que vingt-deux mois après cette adhésion et la procédure s'est poursuivie pendant les sept années suivantes, pour aboutir à la sentence rendue le 11 décembre 2013. La procédure était donc en cours à la date de l'adhésion. Dès lors, le droit de l'Union s'appliquait à cette procédure.



En conséquence, au plus tard à partir de la date d'adhésion, le droit de l'Union excluait toute procédure d'arbitrage entre les Micula et la Roumanie, conformément à la jurisprudence de la CJUE établie dans l'affaire Achmea.

L'application immédiate de l'interdiction d'un tel arbitrage se trouve confirmée à la lecture de l'arrêt rendu dans l'affaire République tchèque contre Commission (CJUE, 15.04.2011, T-465/08), qui concernait une demande de remboursement par la Commission de fonds européens ayant été versés à la République tchèque avant son adhésion dans le cadre de la mise en œuvre d'un programme financier pré-adhésion appelé "programme PHARE" qui avait pour objectif de garantir le financement d'un ensemble de mesures de soutien aux réformes économiques et sociales des candidats à l'adhésion à l'Union européenne. L'accord-cadre conclu en lien avec la mise en œuvre de ce programme pré-adhésion de la République tchèque prévoyait que tout différend serait réglé par voie d'arbitrage. En 2008, donc après l'adhésion de la République tchèque à l'Union, la Commission demanda à cette dernière le remboursement d'une partie des fonds européens versés dans le cadre du programme pré-adhésion PHARE en raison d'irrégularités constatées dans la gestion des fonds communautaires, ces fonds ayant été utilisés, selon la Commission, à des fins autres que celles pour lesquelles ils avaient été attribués et n'ayant pas été gérés conformément au principe de bonne gestion. La République tchèque contesta le remboursement en faisant notamment valoir devant le Tribunal UE que la Commission avait l'obligation, même après l'adhésion, de recourir à la procédure d'arbitrage prévue dans l'accord-cadre, parce que les faits de l'affaire étaient antérieurs à l'adhésion.

Le Tribunal UE rejeta cet argument. Il déclara notamment que le droit de l'Union s'applique immédiatement aux effets futurs de la situation née antérieurement à l'adhésion de la République tchèque et que l'article 344 TFUE faisait obstacle à ce que, après adhésion, il puisse continuer à être recouru à l'arbitrage prévu dans l'accord-cadre (voir les points 101 et 102 de l'arrêt).

La même conclusion vaut pour la procédure d'arbitrage entre les consorts Micula et la Roumanie.

L'article 19 du TUE, les articles 267 et 344 TFUE et les principes généraux d'autonomie du droit de l'Union et de confiance mutuelle s'opposaient à cet arbitrage, en ce qu'il était contraire aux règles fondamentales du droit de l'Union, au plus tard à partir de la date d'adhésion de la Roumanie à l'UE.

Mais même avant l'adhésion de la Roumanie à l'UE, le tribunal arbitral était saisi d'un litige d'investissement ayant vocation à être régi par l'Accord UE-Roumanie de 1995.

Or, l'Accord UE-Roumanie de 1995, et notamment ses dispositions relatives aux aides d'État, faisaient bien partie, dès le début de la procédure d'arbitrage entre les frères Micula et la Roumanie, du droit applicable à cette procédure.

Le tribunal arbitral l'a formulé dans les termes suivants au point 319 de la sentence :

*"pour la période en cause dans le présent litige, les règles pertinentes de droit international applicables à la Roumanie et à la Suède étaient l'accord européen (entré en vigueur le 1er février 1995) et le TBI (entré en vigueur le 1er avril 2003)".*

Au point 324 de la Sentence CIRDI, le tribunal arbitral invoquait l'article 74 de l'Accord EU-Roumanie de 1995.

Les points 691 à 701 de la Sentence CIRDI présentent une analyse détaillée de l'article 64 de l'Accord UE-Roumanie de 1995. En particulier, le tribunal arbitral retient au point 691 que :

*"Il semble incontesté que, pendant toute la période au cours de laquelle les demandeurs ont reçu les incitations prévues par l'OUG n° 24 (c'est-à-dire de la réception du certificat d'investissement temporaire de European Food, en 1999, jusqu'à la suppression des incitations, en février 2005), le mécanisme institué par l'OUG n° 24 était soumis au régime applicable aux aides d'État en vertu de l'accord européen (qui était le traité en vigueur avant l'adhésion [...]). Ainsi que l'a expliqué le Professeur Dashwood (sans réfutation convaincante des experts roumains), dans le régime de l'accord européen, les règles substantielles permettant d'apprécier la compatibilité des incitations prévues par l'OUG n° 24 avec le marché commun étaient les règles substantielles du régime de l'UE en matière d'aides d'État figurant à l'article 87 du traité CE (par l'application de l'article 64, paragraphe 2, de l'accord européen), tel que complété par la jurisprudence et par la pratique de la Commission, et comme précisé par la suite par les règles d'application jointes à la décision n° 4/2000 du comité d'association UE-Roumanie".*

*Les parties admettent que le tribunal arbitral a réalisé en 2013, du point de vue juridique, une analyse de l'aide d'État sur la base de l'article 64 de l'Accord européen de 1995 et des "règles substantielles du régime de l'UE en matière d'aides d'État figurant à l'article 87 du traité CE".*

En conséquence, l'article 267 TFUE et le principe général d'autonomie du droit de l'Union excluaient la procédure d'arbitrage entre les frères Micula et la Roumanie, parce qu'elle créait le risque qu'un tribunal arbitral, qui ne pouvait poser de question préjudicielle, doive se prononcer sur une question de droit de l'Union (l'interprétation de l'Accord UE-Roumanie de 1995). Le fait que l'Accord UE-Roumanie de 1995 rende également applicables les dispositions de fond de la législation de l'UE en matière d'aides d'État aggrave encore l'atteinte à l'article 267 TFUE et au principe général d'autonomie.

La Commission en conclut que, pendant la période où il instruisit le litige d'investissement dont il fut saisi par Monsieur Viorel Micula, le tribunal arbitral était amené à trancher un litige dans lequel s'appliquait le droit de l'Union, de sorte que le litige n'avait pas vocation à être toisé par un tribunal arbitral et l'accord d'arbitrage doit être considéré comme ayant été nul *ab initio*.

Mais même à supposer la renonciation par la Roumanie à son immunité juridictionnelle avoir été opérante au moment de la formation de l'accord d'arbitrage le 28 juillet 2005, il n'en reste pas moins que cette immunité s'en trouvait réanimée lorsque l'adhésion de la Roumanie à l'Union européenne prit effet le 1<sup>er</sup> janvier 2007, et par suite, lorsque fut saisi le juge luxembourgeois de l'exequatur, ceci considération du fait que le droit de l'Union s'oppose à ce qu'un litige d'investissement, traitant par nature de sujets relevant du droit de l'Union, puisse être tranché par un tribunal arbitral.

L'autonomie du droit de l'Union requiert que les litiges d'investissement soient tranchés par les juridictions étatiques des Etats membres avec possibilité pour celles-ci de s'en référer à la CJUE par voie de renvoi préjudiciel.

A l'inverse de ce qui s'est passé dans l'affaire Achmea, où les juridictions nationales allemandes furent saisies d'une demande d'annulation de la sentence en raison de sa contrariété au droit de l'Union, les sentences rendues dans le cadre d'une procédure arbitrale sous l'égide du CIRDI ne peuvent pas faire l'objet d'un recours en annulation ou d'une procédure d'appel devant les tribunaux étatiques européens puisque seul un recours interne au système CIRDI devant un comité *ad hoc* spécialement constitué est possible. Ce comité *ad hoc* n'étant pas une juridiction intégrée à l'espace communautaire, elle ne se sent pas plus que le tribunal arbitral l'obligation de faire respecter le droit de l'Union au moment de vider l'appel qui lui est soumis.

Cela fait donc du juge de l'exequatur le premier juge étatique, et dans le cas de la procédure luxembourgeoise, le premier échelon post-arbitral, où un juge intégré à l'espace communautaire peut vérifier la conformité de la saisine du tribunal arbitral par rapport à une question relevant du droit de l'Union, et ce qu'a fait le juge de l'annulation dans l'affaire Achmea doit être reproduit *mutatis mutandis* par le juge de l'exequatur dans l'affaire Micula.

Le juge de l'exequatur doit simplement constater que, dans le cadre intra-communautaire, la régulation des investissements intra-UE est régie par le droit de l'Union. En raison du principe d'autonomie du droit de l'Union, un juge de l'espace communautaire ayant à connaître d'une matière relevant du droit de l'Union devra faire prévaloir le droit de l'Union, sans considération de ce que pourrait le cas échéant prévoir d'autres conventions internationales auxquelles a adhéré l'Etat membre.

Le juge de l'exequatur doit par conséquent constater que l'offre d'arbitrage de la Roumanie résultant d'une clause d'arbitrage aboutissant à voir trancher par un tribunal arbitral un différend au règlement duquel il doit être tenu compte du droit de l'Union n'a pas valablement renoncé à son immunité juridictionnelle ou, à supposer qu'il y ait renoncé, que cette immunité a par la suite été rétablie, et que donc la demande d'exequatur doit être déclarée irrecevable, sinon non fondée.

Pour le cas où la Cour de cassation serait d'avis que cette règle qui se dégage de l'affaire Achmea ne serait pas transposable à la présente affaire pour toute considération qui ferait de l'affaire Micula une affaire distincte de l'affaire Achmea, la Commission demande à la Cour de cassation de saisir la CJUE d'une question préjudicielle.

## **B. La violation de l'article 4, paragraphe 3 du TUE (principe de la coopération loyale)**

L'arrêt attaqué a rejeté l'appel de la Roumanie visant à obtenir l'annulation, sinon la révocation, sinon la réformation des ordonnances d'exequatur attaquées en faisant valoir que le juge de l'exequatur n'aurait pas, dans le contexte d'une sentence arbitrale CIRDI, à vérifier si la sentence arbitrale heurtait un principe d'ordre public et notamment les principes tirés de la contrariété au droit communautaire dans la mesure où *"il résulte des articles 53 et 54 de la*

*Convention de Washington que l'unique condition posée à l'obtention de l'exequatur d'une sentence arbitrale réside dans l'existence d'une sentence CIRDI, dont une copie certifiée conforme par le secrétaire général est à soumettre au juge de l'exequatur. Hormis cette condition, la Convention de Washington ne prévoit aucune cause de refus d'exequatur d'une sentence CIRDI" et que, dans ces conditions, elle n'aurait pas à trancher la question du "devoir de coopération loyale des autorités nationales avec l'Union européenne" ni "de l'effet de la décision du Tribunal de l'Union européenne du 18 juin 2019 sur les décisions de la Commission du 26 mai 2014 et du 1<sup>er</sup> octobre 2014".*

Il a été vu sous le point III. qui précède que le juge national doit, au besoin d'office, se poser la question de la conformité de la décision qu'il va rendre avec droit de l'Union.

Parmi les règles posées par le droit de l'Union, il y a en particulier le principe de la coopération loyale prévu par l'article 4, paragraphe 3 du TUE dont les termes sont les suivants :

*"En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités.*

*Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union.*

*Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union".*

En l'espèce, il est certain qu'en accordant l'exequatur et en reconnaissant ainsi un effet exécutoire sur le territoire luxembourgeois à la sentence arbitrale litigieuse, le juge national adopte une position qui va à l'encontre des actes posés par la Commission.

La Commission a en effet rendu successivement une injonction de suspension, une décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen et, pour finir, la Décision (UE) 2015/1470 du 30 mars 2015, soit trois actes dans lesquels elle en est systématiquement arrivée à la conclusion que la reconnaissance et la mise en exécution de la condamnation pécuniaire prononcée par la sentence arbitrale est contraire au droit des aides d'Etat.

Cette contrariété avait amené la Cour de cassation à juger, dans son arrêt du 21 novembre 2019, que le droit de l'Union, et plus précisément le devoir de coopération loyale consacré à l'article 4, paragraphe 3, TUE, impose au juge luxembourgeois de ne pas méconnaître la décision par laquelle la Commission a établi que la reconnaissance et l'exécution de la sentence viole le droit des aides d'Etat. La Cour de cassation en avait alors, à juste titre, tiré la conclusion que le principe de la coopération loyale lui imposait de se montrer solidaire de la position de la Commission et de prononcer la mainlevée de la saisie-arrêt pratiquée à l'initiative de la Monsieur Viorel Micula puisque cette saisie-arrêt était un acte venant en contradiction avec la position de la Commission.

Il est vrai que, depuis cet arrêt du 21 novembre 2019, le dossier a connu une évolution dans le sens où la Décision (UE) 2015/1470 du 30 mars 2015 a été annulée par un arrêt rendu par le Tribunal UE en date du 18 juin 2019. Cet arrêt anéantit donc au moins provisoirement la la Décision (UE) 2015/1470 du 30 mars 2015 en attendant que soit tranché par la CJUE le pourvoi que la Commission a introduit contre cet arrêt en date du 27 août 2019.

L'annulation de la la Décision (UE) 2015/1470 du 30 mars 2015 reste cependant sans incidence sur l'ordonnancement juridique applicable puisque demeure toujours l'interdiction faite à la Roumanie de payer les dommages et intérêts auxquels l'a condamnée la Sentence arbitrale.

Il ne faut pas perdre de vue en effet que l'arrêt du Tribunal UE du 18 juin 2019 a annulé uniquement la Décision (UE) 2015/1470 du 30 mars 2015, mais que subsistent tous les autres actes contraignants pris par la Commission.

Il y a en particulier deux actes contraignants qui subsistent à l'heure actuelle, à savoir :

- L'injonction de suspension notifiée à la Roumanie en date du 26 mai 2014 (ci-après l'"**Injonction de suspension**" // pièce ...).

Cette Injonction de suspension est un acte par lequel la Commission fit usage de la faculté lui reconnue par l'article 11 (1) du Règlement no 659/1999 du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE (devenu entre-temps l'article 108 du TFUE) d'enjoindre à un Etat membre, lorsqu'il y a urgence, de suspendre tout versement de sommes suspectées de constituer des aides d'Etat illicites jusqu'à ce qu'ait été rendue une décision définitive de la Commission sur la compatibilité ou non de cette aide avec le marché commun.

En l'espèce, et suivant l'article 1 de cette Injonction de suspension, il avait été demandé à la Roumanie de suspendre toute démarche qui aurait pour résultat de payer les sommes auxquelles l'a condamnée la Sentence CIRDI alors que la reconnaissance et mise à exécution de cette sentence apparait constituer une aide d'Etat illicite (pièce 1, dernière page).

L'Injonction de suspension avait fait l'objet d'un recours de la part des consorts Micula, mais, avant que ce recours ne soit toisé, ceux-ci s'en étaient désistés, ce dont le Président du Tribunal UE avait pris acte dans son ordonnance du 29 février 2016 (Affaire T-646/14 // pièce ...).

Nonobstant l'annulation de la la Décision (UE) 2015/1470 du 30 mars 2015, cette Injonction de suspension existe donc toujours et elle va demeurer jusqu'à ce que l'instruction de la procédure ouverte en vertu de l'article 108 (2) et (3) TFUE, dont la la Décision (UE) 2015/1470 du 30 mars 2015 devait constituer l'épilogue, débouche sur une nouvelle décision définitive.

Il y a deux dénouements possibles :

- Soit la CJUE annule l'arrêt du Tribunal UE du 18 juin 2019 et renvoie l'affaire devant le TUE pour que celui-ci statue à nouveau sur le recours introduit par Monsieur Viorel Micula en tenant compte cette fois de la censure par la CJUE du raisonnement que le Tribunal UE a tenu dans son arrêt du 18 juin 2019.

Dès l'instant où la CJUE viendrait à annuler l'arrêt du Tribunal UE, la la Décision (UE) 2015/1470 du 30 mars 2015 redeviendrait à nouveau pleinement exécutoire et (re)mettrait fin à la procédure ouverte par application de l'article 108 TFUE.

- Soit la CJUE confirme l'annulation de la la Décision (UE) 2015/1470 du 30 mars 2015 et il appartiendra alors à la Commission de rendre une nouvelle décision en l'expurgeant des considérations qui lui auront valu la censure des juridictions communautaires.

En attendant que l'on en arrive à une décision mettant définitivement fin à la procédure ouverte en vertu de l'article 108 (2) et (3) TFUE, l'Injonction de suspension reste en tous cas en vigueur.

- La décision de la Commission, notifiée à la Roumanie en date du 1<sup>er</sup> octobre 2014, concluant, de manière préliminaire, que le paiement des dommages et intérêts auxquels la Sentence arbitrale avait condamné la Roumanie était à assimiler à une aide d'Etat illicite prohibée par l'article 107 TFUE et ayant ouvert, en application de l'article 108 (2) et (3) TFUE, une procédure, opposable à la Roumanie et aux tiers intéressés, y inclus notamment Monsieur Viorel Micula, visant à interdire toute mise en exécution de la Sentence CIRDI (ci-après la "**Décision d'ouverture de la procédure d'examen**" // pièce 5).

La Décision d'ouverture de la procédure d'examen a, de manière analogue à l'Injonction de suspension, automatiquement pour effet d'imposer la suspension de toute mesure qui aurait pour résultat de distribuer l'aide d'Etat incriminée tant que n'a pas été rendue de décision définitive de la Commission sur la légalité de la mesure suspectée de constituer une aide d'Etat prohibée.

Cette suspension est expressément prévue par l'article 108 (3) TFUE qui stipule que :

*"La Commission est informée, en temps utile pour présenter ses observations, des projets tendant à instituer ou à modifier des aides. Si elle estime qu'un projet n'est pas compatible avec le marché intérieur, aux termes de l'article 107, elle ouvre sans délai la procédure prévue au paragraphe précédent. **L'État membre intéressé ne peut mettre à exécution les mesures projetées, avant que cette procédure ait abouti à une décision finale**".*

La CJUE a eu l'occasion de confirmer que l'ouverture par la Commission d'une procédure par application de l'article 108 (2) et (3) TFUE oblige non seulement l'Etat concerné, mais également les juridictions de tout autre Etat membre, à ne rien faire qui puisse avoir contribué à distribuer l'aide d'Etat considérée comme illégale par la Commission (ou du moins suspectée de l'être durant la phase d'instruction de la procédure). Elle a ainsi jugé que :

*"Il importe de souligner à cet égard que, au cas où les juridictions nationales pourraient estimer qu'une mesure ne constitue pas une aide au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, et, partant, ne pas suspendre son exécution, alors que la Commission vient de constater, dans sa décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen, que cette mesure est susceptible de présenter des éléments d'aide, l'effet utile de l'article 108, paragraphe 3, TFUE serait mis en échec.*

*En effet, d'une part, si l'évaluation préliminaire du caractère d'aide de la mesure en question, opérée dans la décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen, est par la suite confirmée dans la décision finale de la Commission, les juridictions nationales auraient méconnu leur obligation, imposée par les articles 108, paragraphe 3, TFUE et 3 du règlement n° 659/1999, de suspendre l'exécution de tout projet d'aide jusqu'à l'adoption de la décision de la Commission sur la compatibilité de ce projet avec le marché intérieur.*

*D'autre part, même si, dans sa décision finale, la Commission devrait conclure à l'absence d'éléments d'aide, l'objectif de prévention qui sous-tend le système de contrôle des aides étatiques institué par le traité FUE et rappelé aux points 25 et 26 du présent arrêt veut que, à la suite du doute soulevé dans la décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen quant au caractère d'aide de cette mesure et à sa compatibilité avec le marché intérieur, sa mise à exécution soit différée jusqu'à ce que ce doute soit levé par la décision finale de la Commission.*

*Il importe également de souligner que l'application des règles de l'Union en matière d'aides d'État repose sur une obligation de coopération loyale entre, d'une part, les juridictions nationales et, d'autre part, la Commission et les juridictions de l'Union, dans le cadre de laquelle chacun agit en fonction du rôle qui lui est assigné par le traité.*

*Dans le cadre de cette coopération, les juridictions nationales doivent prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du droit de l'Union et de s'abstenir de celles qui sont susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du traité, ainsi qu'il découle de l'article 4, paragraphe 3, TUE. Ainsi, les juridictions nationales doivent, en particulier, s'abstenir de prendre des décisions allant à l'encontre d'une décision de la Commission, même si elle revêt un caractère provisoire.*

*Par conséquent, lorsque la Commission a ouvert la procédure formelle d'examen à l'égard d'une mesure en cours d'exécution, les juridictions nationales sont tenues d'adopter toutes les mesures nécessaires en vue de tirer les conséquences d'une éventuelle violation de l'obligation de suspension de l'exécution de ladite mesure" (CJUE, 21.11.2013, arrêt Lufthansa, C-284-12, paragraphes 38 à 42).*

Précisons que cette Décision d'ouverture de la procédure d'examen n'a jamais fait l'objet d'aucun recours de la part des consorts Micula qui n'en contestent donc pas la légalité.

Il résulte de ce qui précède que l'Injonction de suspension et la Décision d'ouverture de la procédure d'examen sont des décisions aujourd'hui définitives et pleinement contraignantes.

L'annulation de la la Décision (UE) 2015/1470 du 30 mars 2015 a uniquement "*pour effet d'exclure rétroactivement cette décision de l'ordre juridique*" (voir CJUE, 13.10.2011, Deutsche Post AG et République fédérale d'Allemagne contre Commission, C-77/12, paragraphe 65 ; CJUE, 16.04.1988, Asteris AE contre Commission, affaires jointes 97/86, 99/86, 193/86 et 215/86, paragraphe 30).

Cette annulation crée donc une sorte de fiction juridique dans laquelle la procédure formelle d'examen, entamée avec la notification à la Roumanie, par écrit du 1<sup>er</sup> Octobre 2014 (pièce ...), de la Décision d'ouverture de la procédure d'examen, n'a pas encore pu être clôturée par une décision finale de la Commission (puisque sa décision finale a été annulée par le Tribunal UE).

Ceci a deux conséquences :

- D'abord, l'Injonction de suspension et par suite la Décision d'ouverture de la procédure d'examen retrouvent à s'appliquer : ces décisions se sont trouvées "ressuscitées" le jour où le Tribunal UE a annulé la la Décision (UE) 2015/1470 du 30 mars 2015.
- Ensuite, la Commission doit reprendre l'instruction de la procédure de manquement à la législation en matière d'aides d'Etat lancée sur décision de la Commission notifiée en date du 1<sup>er</sup> octobre 2014. En attendant qu'intervienne cette décision définitive, l'effet suspensif que l'article 108 (3) du TFUE attache à la Décision d'ouverture de la procédure d'examen combiné à l'Injonction de suspension font obstacle à toute mise en exécution de la Sentence arbitrale.

Pour être tout à fait complet, la Commission précise que les consorts Micula ont aussi essayé de faire valoir devant d'autres juridictions, notamment aux Etats-Unis, en Suède, en Roumanie et au Royaume-Uni, que l'annulation de la la Décision (UE) 2015/1470 du 30 mars 2015 aurait pour conséquence de priver automatiquement d'effet contraignant l'Injonction de suspension et la Décision d'ouverture de la procédure d'examen.

Ceci est inexact.

D'après une jurisprudence constante de la CJUE et du Tribunal UE, l'annulation d'un acte juridique ne peut jamais avoir pour conséquence la disparation automatique d'autres actes juridiques du droit de l'Union.

Le Tribunal UE l'a rappelé dans les termes suivants :



*"(...) l'autorité absolue dont jouit un arrêt d'annulation ne peut entraîner l'annulation d'un acte non déféré à la censure du juge de l'Union, même si celui-ci est entaché de la même illégalité (voir, en ce sens, arrêts du 14 septembre 1999, Commission/AssiDomän Kraft Products e.a., C-310/97 P, EU:C:1999:407, point 54, et du 15 février 2001, Nachi Europe, C-239/99, EU:C:2001:101, point 26)"* (affaire ArcelorMittal Tubular Products Ostrava a.s. e.a. contre Commission, 18.10.2018, T-364/16, paragraphe 64).

Ceci a également été confirmé par la plus haute juridiction allemande, le Bundesgerichtshof, (Bundesgerichtshof, 19.09.2019, I ZB 6/19, paragraphe 15 // pièce ...), l'arrêt rendu par cette juridiction ayant confirmé que :

*"Im Fall des Erfolgs der Nichtigkeitsklage stünde die Nichtigkeit der Kommissionsentscheidung erga omnes fest. Infolgedessen wäre das Prüfungsverfahren der Kommission noch nicht abgeschlossen und die nationalen Gerichte wären ohne Konsultation der Kommission oder Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV nicht berechtigt, von der vorläufigen Einschätzung im Eröffnungsbeschluss der Kommission abzuweichen."*

Ce que la partie concluante traduit librement comme suit :

*"En cas de succès du recours en annulation [introduit contre la Décision du 30 mars 2015], la nullité de la décision de la Commission serait acquise erga omnes. La procédure formelle d'examen devant la Commission n'en serait pas pour autant encore clôturée et le juge national n'aurait pas le droit, sans consultation préalable de la Commission ou mise en œuvre d'un renvoi préjudiciel selon l'article 267 TFUE, de contrevenir à l'analyse préliminaire contenue dans la décision d'ouverture de la Commission."*

Les juges communautaires ont également eu l'occasion de préciser que les juges nationaux n'ont pas compétence pour décider de laisser inappliqués des actes juridiques du droit de l'Union, comme peuvent l'être l'Injonction de suspension ou la Décision d'ouverture de la procédure d'examen (en ce sens, CJUE, affaire Foto Frost, affaire C-314/85, paragraphes 11 à 20).

Il a été jugé à ce propos que :

*"Il convient de rappeler que les juridictions nationales peuvent examiner la validité d'un acte de l'Union et, si elles n'estiment pas fondés les moyens d'invalidité relevés d'office ou soulevés par les parties, rejeter ces moyens en concluant que l'acte est pleinement valide (voir, en ce sens, arrêts du 16 juin 1981, Salonia, 126/80, EU:C:1981:136, point 7, et du 22 octobre 1987, Foto-Frost, 314/85, EU:C:1987:452, point 14). En revanche, les juridictions nationales ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité des actes des institutions de l'Union (arrêt du 6 décembre 2005, Gaston Schul Douane-expediteur, C-461/03, EU:C:2005:742, point 17).*

*Il en résulte que, si les moyens avancés par les parties suffisent à convaincre la juridiction nationale de l'invalidité d'un acte de l'Union, celle-ci devrait, sur cette seule base, interroger la Cour quant à sa validité, sans procéder à des investigations supplémentaires. En effet, ainsi qu'il découle de l'arrêt du 22 octobre 1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452, point 18), la Cour est la mieux placée pour se prononcer sur la validité des actes de droit dérivé de l'Union, dans la mesure où les institutions de l'Union dont les actes sont mis en cause ont, en vertu de l'article 23, deuxième alinéa, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, le droit de déposer des observations écrites devant la Cour pour défendre la validité de ces actes.*

*En outre, la Cour peut, en vertu de l'article 24, second alinéa, de ce statut, demander aux institutions, aux organes ou aux organismes de l'Union qui ne sont pas parties au procès tous renseignements qu'elle estime nécessaires aux fins du procès" (CJUE, 03.07.2019, affaire Euro Bolt, C-344/17, paragraphes 28 et 29).*

Il en résulte que si la Cour de cassation devait avoir le moindre doute quant à la légalité ou l'effet contraignant de l'Injonction de suspension ou de la Décision d'ouverture de la procédure d'examen, il lui appartiendra de saisir la CJUE d'un renvoi préjudiciel en validité concernant les deux actes en question, et de suspendre la présente procédure dans l'attente d'un arrêt de la CJUE.

La question préjudicielle pourrait être formulée de la manière suivante :

*"L'injonction de suspension et la décision d'ouverture de la procédure d'examen dans l'affaire des aides d'Etat Micula sont-elles valides et continuent-elles à avoir un effet contraignant nonobstant l'annulation de la Décision du 30 mars 2015 par un arrêt du Tribunal UE du 18 juin 2019 ?"*

Face à une Sentence CIRDI ayant amené la Commission à prendre des actes ayant aujourd'hui encore une force contraignante, à savoir l'injonction de suspension du 26 mai 2014 et la décision d'ouverture de la procédure d'examen du 1<sup>er</sup> octobre 2014, suivie de la décision de la Commission no 2015/1470 du 30 mars 2015, certes annulée par le Tribunal UE dans son arrêt du 18 juin 2019 mais contre lequel pourvoi a été introduit par la Commission, et dont il résulte l'interdiction pour la Roumanie de mettre à exécution la sentence arbitrale en raison de son illégalité au regard des articles 107, alinéa 1er du TFUE, l'obligation de coopération loyale prévue par l'article 4, paragraphe 3 du TUE oblige le juge étatique d'un Etat membre, ici juge luxembourgeois de l'exequatur (i) à fournir assistance à la Roumanie et à la Commission qui contestent la comptabilité de la Sentence CIRDI avec le droit de l'Union, (ii) de prendre toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des actes posés par la Commission et (iii) de s'abstenir de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union.

En décidant par conséquent de reconnaître force exécutoire à la Sentence CIRDI au mépris des actes contraignants posés par la Commission, la Cour d'appel a violé l'article 4, paragraphe 3 du TUE.

### C. La violation de l'article 351, paragraphe 1 du TFUE

L'arrêt attaqué a rejeté l'appel de la Roumanie visant à obtenir l'annulation, sinon la révocation, sinon la réformation des ordonnances d'exequatur attaquées en faisant valoir que le juge de l'exequatur n'aurait pas, dans le contexte d'une sentence arbitrale CIRDI, à vérifier si la sentence arbitrale heurtait un principe d'ordre public et notamment les principes tirés de la contrariété au droit communautaire dans la mesure où *"il résulte des articles 53 et 54 de la Convention de Washington que l'unique condition posée à l'obtention de l'exequatur d'une sentence arbitrale réside dans l'existence d'une sentence CIRDI, dont une copie certifiée conforme par le secrétaire général est à soumettre au juge de l'exequatur. Hormis cette condition, la Convention de Washington ne prévoit aucune cause de refus d'exequatur d'une sentence CIRDI"* et que, dans ces conditions, elle n'aurait pas à trancher la question du *"conflit de norme entre de droit de l'union européenne et la convention de Washington"*, ni à interpréter *"la notion d'Etat tiers au sens de l'article 351, paragraphe 1er du TFUE"*, ou tenir compte de *"la circonstance que le Luxembourg a adhéré à l'Union européenne avant d'adhérer à la Convention de Washington"*.

Le raisonnement tenu par la Cour d'appel est contesté puisque, confrontée à un conflit entre, d'un côté, l'obligation qu'elle a déduit des articles 53 et 54 de la Convention de Washington de reconnaître un effet exécutoire à la sentence CIRDI sur la base d'une copie certifiée conforme par le secrétariat général de la sentence, et les injonctions contraires résultant du droit de l'Union, et en particulier de l'obligation de coopération loyale qui lui imposait de ne rien faire qui aille à l'encontre de l'injonction de suspension et de la décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen, la Cour d'appel a décidé de privilégier la Convention de Washington au droit de l'Union.

Cette attitude met en lumière un problème de motivation de l'arrêt puisque, face à deux normes supranationales, avec d'un côté la Convention de Washington qui tend à écarter tout pouvoir de contrôle de la conformité, au regard notamment du droit de l'Union, par le juge de l'exequatur et de l'autre le droit de l'Union qui impose inversement aux juges nationaux des Etats membres de faire respecter le droit de l'Union, la Cour d'appel ne pouvait pas prendre le parti d'arbitrer en faveur de la prévalence sur la droit de l'Union de la Convention de Washington en renvoyant simplement aux articles 53 et 54 de la Convention de Washington puisque ces articles ne trouvent précisément à s'appliquer que si la résolution du conflit de normes devait aboutir à faire prévaloir la Convention de Washington.

En procédant comme elle l'a fait, la Cour d'appel a manqué à son obligation de motiver sa décision et a ainsi contrevenu à l'article 89 de la Constitution.

Mais, sur le fond, la Cour d'appel a très clairement fait prévaloir la mauvaise norme.

Le conflit de normes dont il est question en l'espèce doit en l'espèce se résoudre par application du principe du primauté du droit de l'Union sur les accords internationaux conclus par les États membres, qu'ils soient des accords bilatéraux ou des accords multilatéraux.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Cf. arrêts *Commission c. Italie*, 10/61, EU:C:1962:2 (concernant le GATT 1947); *Deserbais*, 286/86, EU:C:1988:434 (concernant la Convention de Stresa sur les fromages); *RTE et ITP c. Commission*, C241/91 P et C242/91 P, EU:C:1995:98 (concernant la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et

La seule exception au principe de primauté se trouve à l'article 351, paragraphe 1 du TFUE qui stipule que

*"les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement au 1er janvier 1958 ou, pour les États adhérents, antérieurement à la date de leur adhésion, entre un ou plusieurs États membres, d'une part, et un ou plusieurs États tiers, d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions des traités" ;*

Cette règle de conflits de normes instaure donc une primauté de principe du droit de l'Union qui ne cède devant un autre accord bilatéral (ou multilatéral) ayant été conclu par un Etat membre que dans les hypothèses où deux conditions cumulatives sont remplies, à savoir que :

- (i) la convention bilatérale (ou multilatérale) ait été conclue par l'Etat membre antérieurement à son adhésion, et
- (ii) la convention bilatérale (ou multilatérale) doit avoir été conclue par l'Etat membre avec un Etat tiers, étant précisé que la qualité d'Etat tiers doit être appréciée non pas au moment de la conclusion de la convention bilatérale par celui qui est devenu plus tard un Etat membre, mais au moment où survient le conflit de normes car, en cas contraire, toutes les conventions bilatérales signées avant son adhésion par celui qui devient plus tard un Etat membre seraient maintenues en vigueur, et la deuxième condition énoncée par l'article 351, paragraphe 1 du TFUE serait tout simplement privée d'effet utile.

Dans le cas d'espèce, aucune des deux conditions de l'article 351, paragraphe 1 du TFUE n'est remplie alors que :

- S'agissant de la première condition, le Luxembourg a d'abord adhéré à l'Union européenne le 1<sup>er</sup> janvier 1958, et ensuite à la Convention de Washington en 1970, de sorte que la Convention de Washington, dont il est demandé au juge luxembourgeois de faire l'application, ne liait pas encore le Luxembourg au jour de son adhésion à l'Union européenne. C'est donc bien le droit de l'Union que doit faire prévaloir le juge luxembourgeois.
- S'agissant de la deuxième condition, la jurisprudence est en ce sens qu'une convention multilatérale, même conclue par un Etat membre antérieurement à son adhésion, et même si des Etats tiers à l'UE en ont été signataires, ne peut jamais recevoir application dans les relations entre Etats membres.

Par exemple, lorsque s'était posée la question de savoir si la Convention de Berne de 1886 relative à la protection des œuvres littéraires et artistiques pouvait trouver application

---

artistiques); *Commission c. Autriche*, C147/03, EU:C:2005:427 (concernant la Convention du Conseil de l'Europe relative à l'équivalence des diplômes); et *Bogiatzi*, C-301/08, EU:C:2009:649 (concernant la Convention de Varsovie relative au transport aérien international). Cf. aussi arrêt *Commission c. Luxembourg*, C-473/93, EU:C:1996:263, point 40, concernant la convention du Conseil de l'Europe intitulée « *convention européenne d'établissement* » de 1955, qu'un certain nombre d'États membres et un certain nombre d'États tiers ont ratifiée. En particulier, la Norvège l'a ratifiée en 1957.

dans les rapports entre le Royaume-Uni et l'Irlande, ceci par préférence au droit de l'Union, la CJUE avait eu l'occasion de dire que :

*"(...) en ce qui concerne le Royaume-Uni et l'Irlande, il est vrai qu'ils étaient déjà parties à ladite convention à la date de leur adhésion à la Communauté et que, en vertu de l'article 5 de l'acte d'adhésion, l'article 234 du traité s'applique donc à cette convention. Cependant, il résulte d'une jurisprudence constante que les dispositions d'une convention conclue antérieurement à l'entrée en vigueur du traité ou, selon le cas, antérieurement à l'adhésion d'un État membre, ne peuvent être invoquées dans les rapports intracommunautaires, dès lors que, comme en l'espèce, les droits des États tiers ne sont pas en cause (voir notamment arrêt du 22 septembre 1988, Deserbais, 286/86, Rec. p. 4907, point 18)"* (CJUE, 06.04.1995, RTE, C-241/91 P et C-242/91 P, point 84).

Comme ne sont concernées ici que les obligations intracommunautaires du Luxembourg vis-à-vis de la Roumanie et de la Suède et non pas des obligations vis-à-vis d'un pays tiers, c'est donc encore le droit de l'Union que juge luxembourgeois doit faire prévaloir.

En décidant par conséquent de reconnaître force exécutoire à la Sentence CIRDI sous prétexte que les articles 53 et 54 de la Convention de Washington devrait trouver application, la Cour d'appel a violé l'article 351, paragraphe 1 du TFUE dont il résulte que le droit de l'Union doit prévaloir sur la Convention de Washington.

#### **D. La violation des articles 267 et 344 du TFUE**

L'arrêt attaqué a rejeté l'appel de la Roumanie visant à obtenir l'annulation, sinon la révocation, sinon la réformation des ordonnances d'exequatur attaquées en faisant valoir que le juge de l'exequatur n'aurait pas, dans le contexte d'une sentence arbitrale CIRDI, à vérifier si la sentence arbitrale heurtait un principe d'ordre public et notamment les principes tirés de la contrariété au droit communautaire dans la mesure où *"il résulte des articles 53 et 54 de la Convention de Washington que l'unique condition posée à l'obtention de l'exequatur d'une sentence arbitrale réside dans l'existence d'une sentence CIRDI, dont une copie certifiée conforme par le secrétaire général est à soumettre au juge de l'exequatur. Hormis cette condition, la Convention de Washington ne prévoit aucune cause de refus d'exequatur d'une sentence CIRDI"* et que, dans ces conditions, elle n'aurait pas à trancher *"l'argument tiré de ce que le droit de l'Union européenne prévoit un système de règlement des différends en matière d'investissement basé sur l'article 19 du Traité sur l'Union européenne et sur les articles 267 et 344 du TFUE"*, ni à interpréter *"la notion d'Etat tiers au sens de l'article 351, paragraphe 1er du TFUE"*.

Or, quelle que soit l'étendue du contrôle préconisé par la Convention de Washington ou le droit interne luxembourgeois, le juge de l'exequatur, en tant que rouage du système juridique auquel les traités européens ont dévolu l'application et l'interprétation des questions touchant au droit de l'Union, a pour obligation d'analyser les questions de compatibilité entre la Sentence CIRDI et le droit de l'Union, ce travail de contrôle devant être réalisé nonobstant toute injonction contraire de la Convention de Washington.

Le juge luxembourgeois de l'exequatur fait en effet partie du cercle des juridictions étatiques auxquelles l'article 19 du TUE confie la mission d'interpréter et d'appliquer le droit de l'Union.

Les juridictions étatiques font partie du système juridictionnel autonome de l'Union consacré par les articles 267 et 344 du TFUE ;

Face à une Sentence CIRDI à propos de laquelle la Roumanie et la Commission soutiennent que sa mise en exécution reviendrait à octroyer à Monsieur Viorel Micula une aide d'Etat prohibée par 107, alinéa 1<sup>er</sup>, sinon à violer l'Accord Roumanie-UE de 1995, le principe de primauté du droit de l'Union oblige le juge de l'exequatur à contrôler la réalité de la violation alléguée.

En refusant de faire ce contrôle, au prétexte que la Convention de Washington lui ferait injonction contraire, la Cour d'appel a violé les articles 267 et 344 du TFUE.

### **PLAISE A LA COUR DE CASSATION :**

donner acte à la Commission que, conformément à la demande de la Roumanie, elle estime devoir être cassé et annulé l'arrêt de la Cour d'appel du 11 février 2021

donner acte à la Commission qu'elle produit et dépose au greffe de la Cour de cassation, outre l'exploit de signification du mémoire en réponse qui lui est directement annexé, la copie des pièces suivantes :

1. Acte d'appel lancé à l'initiative de la Roumanie en date du 10.11.2015
2. Lettre par laquelle la Commission a informé les autorités consulaires luxembourgeoises de sa démarche devant les juridictions luxembourgeoises
3. Courrier de la Commission du 01.10.2014 notifiant à la Roumanie sa décision d'ouvrir une instruction conformément à l'article 108 (2) TFUE
4. Injonction de suspension notifiée à la Roumanie en date du 26.05.2014
5. Décision (UE) 2015/1470 de la Commission du 30.03.2015
6. Ordonnance rendue par le Président du Tribunal UE en date du 29.02.2016
7. Arrêt du Tribunal UE du 18.06.2019
8. Résumé du pourvoi formé par la Commission européenne en date du 27.08.2019 (pourvoi devant la CJUE contre l'arrêt du Tribunal UE du 18.06.2019)
9. Arrêt du Bundesgerichtshof du 19.09.2019
10. Arrêt Achmea du 06.03.2018
11. Communication de la Commission au sujet de la protection des investissements intra-EU du 19.07.2018

voir condamner Monsieur Viorel Micula à payer à la Commission une indemnité de procédure d'un montant de 3.000.-EUR sur le fondement de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile,

voir condamner Monsieur Viorel Micula aux frais et dépens de l'instance,

voir réserver à la Commission tous autres droits, moyens, dus et actions.

Pour original.

Fait à Luxembourg le 4 août 2021.

s. Me Michel SCHWARTZ