



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MACIEJ SZPUNAR
présentées le 1^{er} juillet 2021¹

Affaire C-638/19 P

**Commission européenne
contre**

**European Food SA,
Starmill SRL,
Multipack SRL,
Scandic Distilleries SA,
Ioan Micula,
Viorel Micula,
European Drinks SA,
Rieni Drinks SA,
Transilvania General Import-Export SRL,**

West Leasing SRL, anciennement West Leasing International SRL

« Pourvoi – Aide d'État – Arbitrage – Aide résultant du versement de dommages et intérêts accordés à certains opérateurs économiques par un tribunal arbitral – Traité bilatéral d'investissement – Application du droit de l'Union »

I. Introduction

1. La rencontre tumultueuse du droit de l'Union et du droit de l'arbitrage d'investissement a soulevé de nombreuses interrogations que l'arrêt Achmea² n'aura pas suffi à éteindre. La présente affaire, emblématique de cette relation conflictuelle, offre donc à la Cour une occasion bienvenue, en rappelant la logique sous-tendant cet arrêt, de préciser encore davantage les principes régissant la question de la compatibilité avec le droit de l'Union des procédures arbitrales fondées sur des traités bilatéraux d'investissement conclus entre deux États membres, dans le contexte particulier d'une procédure arbitrale initiée sur le fondement d'un traité bilatéral d'investissement conclu entre deux États membres avant l'adhésion à l'Union européenne de l'État partie à l'arbitrage.

¹ Langue originale : le français.

² Arrêt du 6 mars 2018 (C-284/16, ci-après l'« arrêt Achmea », EU:C:2018:158).

2. À la croisée entre l'arbitrage d'investissement et le droit des aides d'État, cette affaire constitue également une opportunité d'examiner la question de l'étendue de la compétence de la Commission européenne au titre des articles 107 et 108 TFUE dans un tel contexte.

3. Par son pourvoi, la Commission demande l'annulation de l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 18 juin 2019, *European Food SA e.a./Commission* (T-624/15, T-694/15 et T-704/15, ci-après l'« arrêt attaqué », EU:T:2019:423), par lequel celui-ci a annulé la décision (UE) 2015/1470 de la Commission, du 30 mars 2015, concernant l'aide d'État SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) mise en œuvre par la Roumanie – Sentence arbitrale dans l'affaire *Micula/Roumanie* du 11 décembre 2013 (JO 2015, L 232, p. 43, ci-après la « décision litigieuse »).

II. Le cadre juridique

A. La convention CIRDI

4. La convention pour le règlement des différends concernant les investissements entre les États et les ressortissants d'autres États, conclue le 18 mars 1965 (ci-après la « convention CIRDI »), entrée en vigueur à l'égard de la Roumanie le 12 octobre 1975, dispose, à son article 53, paragraphe 1 :

« La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention. Chaque partie doit donner effet à la sentence conformément à ses termes [...] »

5. L'article 54, paragraphe 1, de la convention CIRDI prévoit :

« Chaque État contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État [...] »

B. L'accord de 1995

6. L'accord européen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la Roumanie, d'autre part³ (ci-après l'« accord de 1995 »), entré en vigueur le 1^{er} février 1995, prévoyait, à son article 64, paragraphes 1 et 2 :

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

[...]

iii) toute aide publique qui fausse ou menace de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou la production de certains biens.

³ JO 1994, L 357, p. 2.

2. Toute pratique contraire au présent article est évaluée sur la base des critères découlant de l'application des règles des articles [101, 102 et 107 TFUE] »

7. Les articles 69 et 71 de l'accord de 1995 imposaient à la Roumanie d'aligner sa législation nationale sur l'acquis communautaire.

C. Le TBI

8. Le traité bilatéral d'investissement conclu le 29 mai 2002 entre le gouvernement du Royaume de Suède et le gouvernement roumain pour la promotion et la protection réciproque des investissements (ci-après le « TBI »), est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2003 et dispose, à son article 2, paragraphe 3 :

« Chaque partie contractante assure à tout moment un traitement juste et équitable aux investissements des investisseurs de l'autre partie contractante et n'entrave pas, par des mesures arbitraires ou discriminatoires, l'administration, la gestion, le maintien, l'utilisation, la jouissance ou la cession desdits investissements par lesdits investisseurs. »

9. L'article 7 du TBI prévoit que les différends entre les investisseurs et les pays signataires sont réglés, notamment, par un tribunal arbitral placé sous l'égide de la convention CIRDI.

D. Le traité d'adhésion et l'acte d'adhésion

10. En vertu du traité relatif à l'adhésion de la République de Bulgarie et de la Roumanie à l'Union européenne⁴, signé le 25 avril 2005, la Roumanie a adhéré à l'Union à compter du 1^{er} janvier 2007.

11. L'article 2 de l'acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République de Bulgarie et de la Roumanie et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne⁵ (ci-après l'« acte d'adhésion ») énonce :

« Dès l'adhésion, les dispositions des traités originaires et les actes pris, avant l'adhésion, par les institutions [...] lient [...] la Roumanie et sont applicables dans [cet État] dans les conditions prévues par ces traités et par le présent acte. »

12. Le chapitre 2 de l'annexe V de l'acte d'adhésion, intitulé « Politique de la concurrence », comporte les dispositions suivantes :

« 1. Les régimes d'aides et les aides individuelles ci-après, mis à exécution dans un nouvel État membre avant la date d'adhésion et toujours applicables après cette date, sont considérés lors de l'adhésion comme aides existantes au sens de l'article [108], paragraphe 1, [TFUE] :

a) aides mises à exécution avant le 10 décembre 1994 ;

⁴ Traité entre le Royaume de Belgique, la République tchèque, le Royaume de Danemark, la République fédérale d'Allemagne, la République d'Estonie, la République hellénique, le Royaume d'Espagne, la République française, l'Irlande, la République italienne, la République de Chypre, la République de Lettonie, la République de Lituanie, le Grand-Duché de Luxembourg, la République de Hongrie, la République de Malte, le Royaume des Pays-Bas, la République d'Autriche, la République de Pologne, la République portugaise, la République de Slovénie, la République slovaque, la République de Finlande, le Royaume de Suède, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (États membres de l'Union européenne) et la République de Bulgarie et la Roumanie, relatif à l'adhésion de la République de Bulgarie et de la Roumanie à l'Union européenne (JO 2005, L 157, p. 11).

⁵ JO 2005, L 157, p. 203.

- b) aides énumérées dans l'appendice à la présente annexe ;
- c) aides examinées par l'autorité chargée de la surveillance des aides publiques du nouvel État membre avant la date d'adhésion et jugées compatibles avec l'acquis, et à l'égard desquelles la Commission n'a pas soulevé d'objections en raison de doutes sérieux quant à la compatibilité des mesures avec le marché [intérieur], en vertu de la procédure visée au paragraphe 2.

Toutes les mesures encore applicables après la date d'adhésion qui constituent une aide publique et ne satisfont pas aux conditions susvisées sont considérées comme une aide nouvelle à la date d'adhésion aux fins de l'application de l'article [108], paragraphe 3, [TFUE].

[...]

- 5. En ce qui concerne la Roumanie, le paragraphe 1, point c), ne s'applique qu'aux aides examinées par l'autorité de surveillance des aides d'État de la Roumanie après la date à laquelle le bilan en matière de respect de la législation sur les aides d'État pendant la période précédant l'adhésion atteint un niveau satisfaisant, date qui est déterminée par la Commission sur la base d'une surveillance continue du respect des engagements pris par la Roumanie dans le cadre des négociations d'adhésion. Ce niveau satisfaisant ne sera considéré comme atteint que lorsque la Roumanie aura prouvé qu'elle procède systématiquement à un contrôle complet et approprié des aides d'État à l'égard de toutes les aides accordées en Roumanie, y compris l'adoption et la mise en œuvre par l'autorité de surveillance des aides d'État de la Roumanie de décisions pleinement et dûment motivées comportant, pour chaque mesure, une évaluation précise de la question de savoir s'il s'agit d'une aide d'État et une application correcte du critère de compatibilité.

La Commission peut, en raison de doutes sérieux quant à la compatibilité avec le marché [intérieur], soulever des objections à l'égard de toute aide accordée pendant la période de préadhésion entre le 1^{er} septembre 2004 et la date fixée dans la décision susvisée de la Commission indiquant que le bilan du respect de la législation a atteint un niveau satisfaisant. Cette décision de la Commission de soulever des objections à l'égard d'une mesure est considérée comme une décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen au sens du règlement (CE) n° 659/1999^[6]. Si une telle décision est prise avant la date d'adhésion, elle ne sera appliquée qu'à la date d'adhésion.

Lorsque la Commission adopte une décision négative à la suite de l'engagement de la procédure d'examen formelle, elle décide que la Roumanie doit prendre toutes les mesures nécessaires pour que le bénéficiaire restitue effectivement l'aide perçue. L'aide à récupérer est assortie d'intérêts fixés à un taux approprié déterminé conformément au règlement (CE) n° 794/2004^[7] et payables à compter de la même date. »

III. Les antécédents du litige et la décision litigieuse

13. Les antécédents du litige ont été exposés aux points 1 à 42 de l'arrêt attaqué et, pour les besoins de la présente procédure, peuvent être résumés comme suit.

⁶ Règlement du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article [108 TFUE] (JO 1999, L 83, p. 1).

⁷ Règlement de la Commission du 21 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement n° 659/1999 (JO 2004, L 140, p. 1).

14. Le 2 octobre 1998, les autorités roumaines ont adopté l'ordonnance gouvernementale d'urgence n°24/1998 (ci-après l'« OGU 24 »), accordant à certains investisseurs de régions défavorisées qui avaient obtenu un certificat d'investisseur permanent une série d'incitations, dont, notamment, des facilités telles que l'exonération des droits de douane et de la taxe sur la valeur ajoutée pour les machines, le remboursement des droits de douane pour les matières premières, ainsi que l'exonération de l'impôt sur les sociétés tant que la zone concernée était considérée comme une région défavorisée.

15. Par la décision du 25 mars 1999, applicable à partir du 1^{er} avril 1999, le gouvernement roumain a déclaré la zone minière Ștei-Nucet, département de Bihor, région défavorisée pour une durée de dix ans.

16. Pour respecter son obligation d'alignement prévue par l'accord de 1995, la Roumanie a adopté en 1999 la loi n° 143/1999 portant sur les aides d'État, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000. Cette loi, qui reprenait la définition des aides d'État visée à l'article 64 de l'accord de 1995 et à l'actuel article 107 TFUE, a désigné le Consiliul Concurenței (Conseil de la concurrence, Roumanie) en tant qu'autorité nationale chargée de la surveillance des aides d'État, compétente pour apprécier la compatibilité des aides d'État accordées par la Roumanie aux entreprises.

17. Le 15 mai 2000, le conseil de la concurrence a adopté la décision n° 244/2000 par laquelle il a établi que plusieurs incitations accordées par l'OGU 24 devaient être considérées comme des aides d'État et être supprimées.

18. Le 1^{er} juillet 2000, l'ordonnance gouvernementale d'urgence n° 75/2000 a modifié l'OGU 24 (ci-après, prises ensemble, l'« OGU »).

19. Le conseil de la concurrence a contesté, dans le cadre de son recours devant la Curtea de Apel București (cour d'appel de Bucarest, Roumanie), le fait que, malgré l'adoption de l'ordonnance gouvernementale d'urgence n° 75/2000, sa décision n° 244/2000 n'avait pas été mise en œuvre. Ce recours a été rejeté par décision du 26 janvier 2001 et cette décision a été confirmée par l'Înalta Curte de Casație și Justiție (Haute Cour de cassation et de justice, Roumanie) par décision du 19 février 2002.

20. MM. Ioan et Viorel Micula, requérants en première instance, sont des citoyens suédois résidant en Roumanie et les actionnaires majoritaires de la société European Food and Drinks Group, dont les activités portent sur la production de nourriture et de boissons dans la région du Ștei-Nucet, département de Bihor (Roumanie). Les sociétés European Food SA, Starmill SRL, Multipack SRL, Scandic Distilleries SA, European Drinks SA, Rieni Drinks SA, Transilvania General Import-Export SRL et West Leasing SRL (anciennement West Leasing International SRL), elles-mêmes requérantes en première instance, appartiennent à la société European Food and Drinks Group.

21. Sur la base des certificats d'investisseurs permanents, obtenus le 1^{er} juin 2000 par European Food et, le 17 mai 2002, par Starmill et Multipack, ces sociétés ont fait des investissements dans la zone minière Ștei-Nucet.

22. En février 2000, la Roumanie a entamé les négociations d'adhésion à l'Union. Dans le contexte de ces négociations, l'Union, dans la position commune du 21 novembre 2001, a constaté l'existence en Roumaine d'« une série de régimes d'aides existantes, ainsi que des régimes d'aides nouvelles incompatibles, qui n'[avaient] pas été alignés sur l'acquis », y compris les « facilités accordées en vertu de l'[OGU] ».

23. Le 26 août 2004, en spécifiant que, « [a]fin de respecter les critères visés dans les règles communautaires portant sur les aides d'État et de finaliser les négociations portant sur le chapitre n° 6 (Politique en matière de concurrence), il [était] nécessaire d'éliminer toutes les formes d'aide d'État prévues par la législation nationale qui [étaient] incompatibles avec l'acquis communautaire en la matière », la Roumanie a abrogé toutes les incitations accordées en vertu de l'OGU, à l'exception de la facilité pour l'impôt sur les sociétés. Cette abrogation est entrée en vigueur le 22 février 2005.

24. Le 1^{er} janvier 2007, la Roumanie a adhéré à l'Union.

25. Le 28 juillet 2005, cinq des requérants en première instance, à savoir MM. Ioan et Viorel Micula, European Food, Starmill et Multipack (ci-après les « requérants en arbitrage ») ont demandé l'établissement d'un tribunal arbitral, conformément à l'article 7 du TBI, afin d'obtenir des dommages et intérêts pour les préjudices causés par l'abrogation des incitations prévues par l'OGU.

26. Par la sentence arbitrale du 11 décembre 2013 (ci-après la « sentence arbitrale »), le tribunal arbitral a conclu que, en abrogeant les incitations prévues par l'OGU, la Roumanie n'a pas réussi à assurer un traitement juste et équitable des investissements et a accordé aux requérants en arbitrage des dommages et intérêts à charge de la Roumanie s'élevant à un montant de 791 882 452 lei roumains (RON) (environ 178 millions d'euros).

27. Le 31 janvier 2014, les services de la Commission ont informé les autorités roumaines que toute mise en œuvre ou exécution de la sentence arbitrale constituerait une aide nouvelle et devrait faire l'objet d'une notification adressée à la Commission.

28. Le 20 février 2014, les autorités roumaines ont informé les services de la Commission du versement d'une partie des dommages et intérêts que le tribunal arbitral avait accordés aux requérants en arbitrage, par compensation des taxes et impôts dus aux autorités roumaines par European Food.

29. Le 26 mai 2014, la Commission a adopté la décision C(2014) 3192, enjoignant à la Roumanie, au titre de l'article 11, paragraphe 1, du règlement n° 659/1999, de suspendre immédiatement toute action qui pourrait aboutir à la mise en œuvre ou à l'exécution de la sentence arbitrale, au motif qu'une telle action apparaissait comme constituant une aide d'État illégale, jusqu'à ce que la Commission adopte une décision finale concernant la compatibilité de cette mesure avec le marché intérieur.

30. Par courrier du 1^{er} octobre 2014, la Commission a informé la Roumanie de sa décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen prévue à l'article 108, paragraphe 2, TFUE en ce qui concerne l'exécution partielle par la Roumanie de la sentence arbitrale au début de l'année 2014 ainsi que toute mise en œuvre ou exécution ultérieure de celle-ci.

31. Selon les autorités roumaines, la sentence arbitrale a été mise en œuvre intégralement.

32. Le 30 mars 2015, la Commission a adopté la décision litigieuse, dans laquelle elle a considéré que le versement des dommages et intérêts accordés par le tribunal arbitral à l'unité économique unique composée de MM. Ioan et Viorel Micula, European Food, Starmill, Multipack, Scandic Distilleries, European Drinks, Rieni Drinks, Transilvania General Import-Export et West Leasing constituait une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE et devait être récupérée.

IV. La procédure devant le Tribunal et l'arrêt attaqué

33. Par requêtes déposées au greffe du Tribunal, respectivement, les 6, 30 et 28 novembre 2015, European Food, Starmill, Multipack et Scandic Distilleries, dans l'affaire T-624/15, M. Ioan Micula, dans l'affaire T-694/15, et M. Viorel Micula, ainsi que European Drinks, Rieni Drinks, Transilvania General Import-Export et West Leasing, dans l'affaire T-704/15, ont chacun introduit un recours tendant à l'annulation de la décision litigieuse. Le Royaume d'Espagne et la Hongrie ont été admis par le Tribunal à intervenir au soutien des conclusions de la Commission. En application de l'article 68 de son règlement de procédure, le Tribunal a joint ces trois affaires aux fins de la décision mettant fin à l'instance.

34. À l'appui de chacun des recours en première instance, les requérants ont soulevé huit moyens, articulés pour certains en plusieurs branches.

35. Par l'arrêt attaqué, le Tribunal a, d'une part, accueilli la première branche du deuxième moyen présentée dans les affaires T-624/15 et T-694/15 et la première branche du premier moyen présentée dans l'affaire T-704/15, tirées de l'incompétence de la Commission et de l'inapplicabilité du droit de l'Union à une situation antérieure à l'adhésion à l'Union de la Roumanie. À cet égard, le Tribunal a jugé, aux points 59 à 93 de cet arrêt, que, en adoptant la décision litigieuse, la Commission avait appliqué rétroactivement les compétences qu'elle détenait, en vertu de l'article 108 TFUE et du règlement n° 659/1999, à des faits antérieurs à cette adhésion et que, partant, la Commission ne pouvait pas qualifier la mesure en cause d'« aide d'État », au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.

36. Le Tribunal a, d'autre part, accueilli la seconde branche du deuxième moyen présentée dans les affaires T-624/15 et T-694/15 et la première branche du deuxième moyen présentée dans l'affaire T-704/15, tirées de la qualification erronée d'« avantage » et d'« aide », au sens de l'article 107 TFUE, de la sentence arbitrale. À cet égard, le Tribunal a jugé, aux points 94 à 111 de l'arrêt attaqué, que la décision litigieuse était entachée d'illégalité pour autant qu'elle qualifiait d'« avantage » et d'« aide », au sens de cette disposition, l'attribution, par le tribunal arbitral, de dommages et intérêts qui visaient à compenser les dommages résultant du retrait des mesures d'incitations fiscales, à tout le moins pour la période antérieure à la date d'entrée en vigueur du droit de l'Union en Roumanie.

37. En conséquence, le Tribunal a annulé la décision litigieuse dans son intégralité, sans examiner les autres branches de ces moyens ni les autres moyens.

V. La procédure devant la Cour et les conclusions formulées par les parties

38. Par son pourvoi, la Commission, soutenue par la République de Pologne, demande à la Cour :

– d'annuler l'arrêt attaqué ;

- de rejeter la première branche du premier moyen et la première branche du deuxième moyen soulevées dans l'affaire T-704/15, ainsi que les première et seconde branches du deuxième moyen soulevées dans les affaires T-624/15 et T-694/15 ;
- de renvoyer les affaires jointes T-624/15, T-694/15 et T-704/15 devant le Tribunal, et
- de réserver les dépens.

39. Le Royaume d'Espagne, dans son mémoire en réponse, demande à la Cour :

- de faire droit au pourvoi, d'annuler l'arrêt attaqué et de rejeter le recours en première instance comme étant irrecevable, et
- à titre subsidiaire, de faire droit au pourvoi, d'annuler l'arrêt attaqué et de rejeter le recours en première instance comme étant non fondé.

40. European Food, Starmill, Multipack et Scandic Distilleries ainsi que M. Ioan Micula (ci-après « European Food e.a. ») demandent à la Cour :

- de rejeter le pourvoi ;
- à titre subsidiaire, d'annuler la décision litigieuse ;
- à titre plus subsidiaire, de renvoyer les affaires devant le Tribunal, et
- de condamner la Commission et les parties intervenantes à supporter leurs propres dépens ainsi que ceux de European Food e.a. afférents à la procédure de première instance et à celle du pourvoi.

41. M. Viorel Micula, European Drinks, Rieni Drinks, Transilvania General Import-Export et West Leasing (ci-après « Viorel Micula e.a. ») demandent à la Cour :

- de rejeter le pourvoi ;
- à titre subsidiaire, d'accueillir le deuxième moyen de première instance soulevé dans l'affaire T-704/15 et, partant, d'annuler la décision litigieuse ;
- à titre plus subsidiaire, de renvoyer les affaires devant le Tribunal ;
- de condamner la Commission à supporter ses propres dépens ainsi que ceux de Viorel Micula e.a. afférents à la procédure de première instance et à celle du pourvoi, et
- de condamner la Hongrie et le Royaume d'Espagne à leurs propres dépens afférents à la procédure de première instance et à celle du pourvoi.

42. Par son pourvoi incident, le Royaume d'Espagne, soutenu par la République de Pologne, demande à la Cour :

- d'annuler l'arrêt attaqué ;

- de rejeter comme étant irrecevable le recours en première instance, et
- de condamner European Food e.a. et Viorel Micula e.a. aux dépens.

43. La Commission conclut à l'accueil du pourvoi incident.

44. European Food e.a. et Viorel Micula e.a. concluent au rejet du pourvoi incident et à la condamnation du Royaume d'Espagne, de la Commission et des parties intervenantes à leurs propres dépens afférents au pourvoi incident et à la condamnation du Royaume d'Espagne aux dépens d'European Food e.a. et de Viorel Micula e.a. dans le cadre du pourvoi incident.

45. La Commission, le Royaume d'Espagne, la République de Pologne, European Food e.a. et Viorel Micula e.a. ont présenté devant la Cour des observations écrites sur le pourvoi et sur le pourvoi incident.

46. Au cours de l'audience qui s'est tenue le 20 avril 2021, des observations orales ont été présentées au nom de la Commission, de la République fédérale d'Allemagne, du Royaume d'Espagne, de la République de Lettonie, de la République de Pologne, de European Food e.a. ainsi que de Viorel Micula e.a.

VI. Analyse

47. Je commencerai mon analyse par l'examen du pourvoi incident relatif à la compatibilité avec le droit de l'Union de procédures arbitrales fondées sur un TBI intra-UE, qui, s'il devait être accueilli, entraînerait l'irrecevabilité du recours en première instance. Étant d'avis que les moyens invoqués à l'appui du pourvoi incident devraient être rejetés, je poursuivrai cette analyse par l'examen du pourvoi principal, qui traite de la question de la compétence de la Commission en droit des aides d'État dans le contexte de l'adhésion d'un État à l'Union.

A. Sur le pourvoi incident

48. Par son pourvoi incident, le Royaume d'Espagne, soutenu en ce sens par la Commission et la République de Pologne dans leurs observations écrites, fait valoir que la procédure arbitrale en cause et la sentence arbitrale subséquente portent atteinte au principe de confiance mutuelle et à l'autonomie du droit de l'Union, selon les principes dégagés par la Cour dans l'arrêt Achmea. Il en découlerait que les requérants en première instance ne disposaient d'aucun intérêt légitime à agir, dès lors que ceux-ci chercheraient à obtenir l'annulation de la décision litigieuse afin de voir exécuter une sentence arbitrale contraire à l'article 19 TUE et aux articles 267 et 344 TFUE.

1. Sur la recevabilité du pourvoi incident

49. European Food e.a. et Viorel Micula e.a. soutiennent que le pourvoi incident formé par le Royaume d'Espagne est irrecevable.

50. En premier lieu, le Royaume d'Espagne n'aurait pas la qualité pour participer à la procédure en tant que défendeur au pourvoi, au sens de l'article 172 du règlement de procédure de la Cour, et ne pouvait donc pas y participer en qualité de demandeur au pourvoi incident.

51. À cet égard, je relève que European Food e.a. et Viorel Micula e.a. ont déjà, par lettres du 17 mars 2020, demandé à la Cour que le Royaume d'Espagne soit exclu de la présente procédure en tant que partie à celle-ci, au motif que cet État membre ne démontrerait pas un intérêt à l'accueil ou au rejet du pourvoi, au sens de l'article 172 du règlement de procédure. Par lettre du 29 mars 2020, le greffe de la Cour, faisant suite à la décision prise par le président de la Cour, le juge rapporteur et l'avocat général entendus, a informé les parties du rejet de leur demande au motif, en substance, que, ayant été autorisé, en tant qu'État membre, à intervenir en première instance, en vertu de l'article 40 du statut de la Cour, le Royaume d'Espagne disposait automatiquement d'un intérêt à l'accueil ou au rejet du pourvoi.

52. En effet, d'une part, il ressort de la jurisprudence de la Cour que le rejet par le Tribunal des conclusions qui lui ont été présentées suffit, pour la partie en cause, à justifier d'un intérêt à l'accueil ou au rejet du pourvoi⁸. Dans la mesure où le Royaume d'Espagne a conclu, devant le Tribunal, au rejet des recours des requérants en première instance, cet État membre dispose nécessairement d'un intérêt à l'accueil ou au rejet du pourvoi, au sens de l'article 172 du règlement de procédure.

53. D'autre part, en tout état de cause, l'article 40, premier alinéa, et l'article 56, troisième alinéa, du statut de la Cour confèrent aux États membres le statut de « requérants privilégiés » les dispensant de justifier d'un intérêt pour introduire un pourvoi – et, donc, a fortiori, un pourvoi incident – devant les juridictions de l'Union⁹.

54. En second lieu, aux termes de l'article 178, paragraphe 3, du règlement de procédure, le pourvoi incident serait irrecevable en ce, d'une part, qu'il se borne à reprendre les mêmes arguments que ceux développés par le Royaume d'Espagne dans le mémoire en réponse au pourvoi principal ou à faire référence à des développements formulés dans le cadre de celui-ci et, d'autre part, qu'il vise dans le même temps à étendre l'objet du litige.

55. Il est vrai que les arguments formulés par cet État membre dans le pourvoi incident et dans le mémoire en réponse au pourvoi sont similaires. Il me faut cependant souligner que, par le biais du pourvoi incident, le Royaume d'Espagne met en cause la recevabilité du recours formé devant le Tribunal. Or, selon la jurisprudence de la Cour, celle-ci est tenue de se prononcer, au besoin d'office, sur les moyens tirés de l'irrecevabilité du recours en première instance¹⁰.

56. Dès lors, à supposer même qu'il existe des chevauchements entre le mémoire en réponse du Royaume d'Espagne et le pourvoi incident, la Cour serait tenue d'examiner d'office la question de la recevabilité, dès lors que celle-ci est susceptible d'être discutée si l'argumentation de cet État membre, soutenu en ce sens par la Commission, la République fédérale d'Allemagne, la République de Lettonie et la République de Pologne, devait être retenue.

57. Dans ces conditions, je suis d'avis qu'il convient, en toutes hypothèses, d'analyser les différents arguments invoqués dans le cadre du pourvoi incident par lesquels le Royaume d'Espagne vise à démontrer l'irrecevabilité du recours en première instance.

⁸ Voir arrêt du 14 juin 2018, Makhlouf/Conseil (C-458/17 P, non publié, EU:C:2018:441, point 32).

⁹ Arrêt du 21 décembre 2011, France/People's Mojahedin Organization of Iran (C-27/09 P, EU:C:2011:853, point 45). Voir également Wathelet, M., Wildemeersch, J., *Contentieux européen*, Larcier, 2014, p. 488.

¹⁰ Voir arrêt du 29 juillet 2019, Bayerische Motoren Werke et Freistaat Sachsen/Commission (C-654/17 P, EU:C:2019:634, point 44).

2. Sur le fond du pourvoi incident

58. Le Royaume d'Espagne soulève trois arguments au soutien du moyen relatif à l'incompatibilité de la procédure arbitrale en cause avec le droit de l'Union, laquelle entraînerait l'irrecevabilité du recours en annulation devant le Tribunal.

59. J'admets avoir quelques doutes quant à l'incidence de l'incompatibilité de la procédure arbitrale en cause sur l'intérêt à agir de European Food e.a. et de Viorel Micula e.a. et sur la recevabilité du recours devant le Tribunal¹¹. Toutefois, ainsi que je vais le démontrer, l'argument tiré de l'incompatibilité de la sentence arbitrale avec le droit de l'Union doit être rejeté, de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'examiner la question de son incidence sur la situation des requérants.

60. Je commencerai l'analyse du pourvoi incident par l'étude des deux premiers arguments invoqués par le Royaume d'Espagne, qui plaident, en substance, en faveur de l'application à la procédure arbitrale en cause des principes dégagés par la Cour dans l'arrêt Achmea, rendue possible par l'adhésion de la Roumanie à l'Union.

61. Je poursuivrai cette analyse par l'examen du dernier argument du premier moyen du pourvoi incident, qui s'écarte de la problématique des TBI intra-UE et vise la question de la compatibilité avec l'ordre juridique de l'Union d'un mécanisme de règlement de différends entre États membres et États tiers.

a) La portée de l'arrêt Achmea s'agissant d'une procédure arbitrale initiée sur le fondement d'un TBI conclu entre deux États membres avant l'adhésion à l'Union de l'État partie à l'arbitrage et pendant au moment de cette adhésion

62. Le Royaume d'Espagne, la Commission, la République fédérale d'Allemagne, la République de Lettonie et la République de Pologne soutiennent que, eu égard aux principes dégagés par la Cour dans l'arrêt Achmea, la procédure arbitrale en cause est incompatible avec le droit de l'Union.

63. En premier lieu, ces parties soutiennent que la procédure arbitrale en cause doit être considérée, à compter de la date d'adhésion à l'Union de la Roumanie, comme un arbitrage « intra-UE ».

64. En second lieu, le tribunal arbitral constitué sur la base du TBI liant le Royaume de Suède et la Roumanie serait amené à interpréter ou à appliquer le droit de l'Union, et plus particulièrement l'accord de 1995. Or, il ressortirait de l'arrêt Achmea que le droit de l'Union s'oppose à un mécanisme de règlement des différends prévu par un TBI conclu entre deux États membres et impliquant qu'un tribunal arbitral, hors du système juridictionnel de l'Union et non soumis au contrôle d'une juridiction d'un État membre, soit susceptible d'interpréter ou d'appliquer le droit de l'Union.

65. La procédure arbitrale en cause violerait donc, à compter de la date d'adhésion à l'Union de la Roumanie, les articles 267 et 344 TFUE.

¹¹ En particulier, il ressort de la décision litigieuse et de l'arrêt attaqué que la sentence arbitrale a été exécutée et que la mesure visée par la décision litigieuse a été versée à European Food e.a. et Viorel Micula e.a. Dans la mesure où l'incompatibilité de la sentence arbitrale déjà exécutée ne me semble pas avoir, en elle-même, pour effet d'imposer aux requérants une obligation de procéder au remboursement de l'indemnisation, l'annulation de la décision litigieuse aurait nécessairement une incidence sur leur situation, dès lors que cette décision détermine s'ils peuvent conserver les versements effectués par la Roumanie.

1) L'applicabilité ratione temporis de la jurisprudence Achmea

66. Je rejoins aisément la position du Royaume d'Espagne et de la Commission selon laquelle le droit de l'Union et, partant, la jurisprudence issue de l'arrêt Achmea s'appliquent en Roumanie dès le moment de son adhésion¹².

i) L'application du droit de l'Union à compter de l'adhésion

67. Cette application du droit de l'Union dès l'adhésion à l'Union de la Roumanie emporte, selon moi, une conséquence certaine. Toute procédure arbitrale initiée sur le fondement d'un TBI liant la Roumanie à un autre État membre *après* l'adhésion à l'Union de la Roumanie est incompatible avec le droit de l'Union. Il découle du principe de primauté du droit de l'Union que, à compter de cette adhésion, la compétence d'un tribunal arbitral institué sur le fondement d'un TBI conclu entre la Roumanie et un autre État membre ne peut être établie et aucune procédure arbitrale ne peut plus être initiée sur le fondement d'un TBI intra-UE¹³.

68. Une telle solution m'apparaît cependant discutable s'agissant de procédures arbitrales initiées *avant* l'adhésion à l'Union de la Roumanie, et toujours en cours au moment de cette adhésion, de sorte qu'il convient d'analyser dans quelle mesure les principes découlant de l'arrêt Achmea s'appliquent à ces situations.

ii) L'applicabilité immédiate des principes de l'arrêt Achmea aux effets futurs d'une situation née antérieurement à l'adhésion à l'Union

69. Afin de justifier l'application de la jurisprudence issue de l'arrêt Achmea à de telles hypothèses, le Royaume d'Espagne et la Commission se fondent sur le principe d'applicabilité immédiate du droit de l'Union aux effets futurs d'une situation née antérieurement à l'adhésion à l'Union¹⁴.

70. Un tel principe ne saurait être remis en cause¹⁵. Il ressort très clairement de la jurisprudence que, « selon un principe généralement reconnu, les lois modificatrices d'une disposition législative s'appliquent, sauf dérogation, aux effets futurs de situations nées sous l'empire de la loi ancienne »¹⁶, ce dont il découle également que le droit de l'Union « doit être considér[é] d'application immédiate et liant [l'État membre] dès la date de son adhésion, de sorte qu'[il] s'applique aux effets futurs des situations nées avant l'adhésion de ce nouvel État membre »¹⁷.

71. En outre, il est vrai que la Cour interprète largement la notion d'« effets futurs d'une situation née sous l'empire d'une loi ancienne »¹⁸. Elle s'est référée, à plusieurs occasions, aux « situations nées avant l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation mais non achevées dans leur

¹² Article 2 de l'acte d'adhésion. Voir également, sur ce point, Malferrari, L., « Protection des investissements intra-UE post Achmea et post avis CETA : entre (faux) mythes et (dures) réalités », dans Berramdane, A., et Trochu, M., *Union européenne et protection des investissements*, Bruylant, 2021, p. 63.

¹³ Voir, sur ce point, mes conclusions dans l'affaire Komstroy (C-741/19, EU:C:2021:164, point 69).

¹⁴ Voir, à cet égard, Kaleda, S. L., *Przejęcie prawa wspólnotowego przez nowe państwo członkowskie. Zagadnienia przejściowe i międzyczasowe*, Varsovie, 2003, p. 127 à 192.

¹⁵ Voir, sur la pertinence du principe d'applicabilité immédiate du droit de l'Union tel qu'interprété par la Cour, Blatière, L., *L'applicabilité temporelle du droit de l'Union européenne*, CREAM, 2018, p. 152 à 167.

¹⁶ Arrêts du 15 février 1978, Bauche et Delquignies (96/77, EU:C:1978:26, point 48), et du 7 février 2002, Kauer (C-28/00, EU:C:2002:82, point 20). Voir, également, arrêt du 26 mars 2020, Hungeod e.a. (C-496/18 et C-497/18, EU:C:2020:240, point 94).

¹⁷ Arrêt du 2 octobre 1997, Saldanha et MTS (C-122/96, EU:C:1997:458, point 14).

¹⁸ Pour une étude détaillée de la conception large des situations en cours par la Cour, voir Blatière, L., op. cit., p. 148 à 152.

évolution »¹⁹, démontrant une acception non restrictive de ce que recouvrent les termes d'« effets futurs ». La Cour a par ailleurs clairement admis l'applicabilité immédiate du droit de l'Union à la question de la compatibilité avec le droit de l'Union de l'indemnisation d'un dommage causé avant l'adhésion à l'Union de l'État membre, versée postérieurement à celle-ci, et ayant vocation à compenser les conséquences du dommage durant le restant de la vie de la victime²⁰.

72. À la lumière de cette jurisprudence, et contrairement à la position que défendent European Food e.a. et Viorel Micula e.a., la continuation après l'adhésion de la procédure arbitrale en cause, initiée à la suite d'un acte litigieux de la Roumanie adopté avant l'adhésion, suffit, à mon sens, à établir l'existence d'effets futurs d'une situation née antérieurement à l'adhésion²¹.

73. Je suis donc d'avis que le droit de l'Union et, par conséquent, la jurisprudence issue de l'arrêt Achmea s'appliquent, *ratione temporis*, à la procédure arbitrale en cause, initiée sur le fondement d'un TBI liant la Roumanie à un autre État membre avant l'adhésion, et toujours en cours au moment de l'adhésion.

74. Cependant, je crois que le principe d'applicabilité immédiate du droit de l'Union aux effets futurs d'une situation née avant l'adhésion ne permet pas, à lui seul, de résoudre la question de la compatibilité avec le droit de l'Union d'une procédure arbitrale initiée sur le fondement d'un TBI intra-UE avant l'adhésion à l'Union de l'État partie à l'arbitrage.

75. En effet, les apparences sont parfois trompeuses, et il ne peut être conclu à l'application des principes découlant de l'arrêt Achmea à de telles situations sur ce seul fondement, sans avoir, auparavant, analysé la logique sous-tendant le raisonnement dans cet arrêt.

2) *L'application ratione materiae de la jurisprudence issue de l'arrêt Achmea*

76. L'application, à compter de l'adhésion, du droit de l'Union à une procédure d'arbitrage initiée sur le fondement d'un TBI intra-UE avant l'adhésion à l'Union de l'État partie à l'arbitrage ne saurait faire disparaître la nature particulière de cette procédure, initiée alors valablement, relative à un différend antérieur à l'adhésion.

77. Or, ces caractéristiques me semblent avoir une incidence certaine, sur un plan non plus temporel mais matériel, quant à la possibilité d'appliquer la jurisprudence issue de l'arrêt Achmea à une procédure arbitrale telle que celle en cause. Autrement dit, si cette jurisprudence est, comme le droit de l'Union dans son ensemble, d'un point de vue strictement temporel, applicable à la procédure arbitrale en cause, il en va différemment, d'un point de vue matériel, à différents égards.

¹⁹ Arrêts du 17 juillet 1997, Affish (C-183/95, EU:C:1997:373, point 57), et du 22 juin 2006, Belgique et Forum 187/Commission (C-182/03 et C-217/03, EU:C:2006:416, point 148).

²⁰ Arrêt du 3 septembre 2014, X (C-318/13, EU:C:2014:2133, points 21 à 24). Voir également, dans le même sens, arrêt du 14 juin 2007, Telefónica O2 Czech Republic (C-64/06, EU:C:2007:348, point 21).

²¹ Voir, sur ce point, Kaleda, S. L., *op. cit.*, p. 183 : « Les dispositions [du droit de l'Union] régissant les effets de certains actes sont immédiatement applicables, au moment de leur entrée en vigueur, aux effets qui se poursuivent – elles s'appliquent, par exemple, aux infractions qui, bien que découlant d'événements passés, sont encore en cours à la date d'entrée en vigueur ». (Version originale polonaise : « przepisy [prawa Unii] regulujące skutki pewnych czynności są natychmiast stosowane w stosunku do skutków trwających w momencie ich wejścia w życie - np. przechwytyują naruszenie nadal trwające w dniu wejścia w życie, chociaż wynikające ze zdarzeń dawnych ».)

i) L'absence d'atteinte à l'autonomie du droit de l'Union

78. Je relève que la solution à laquelle est parvenue la Cour dans l'arrêt *Achmea* est fondée sur l'atteinte à l'autonomie du droit de l'Union que représente le recours à une procédure d'arbitrage fondée sur un TBI intra-UE, dans le cadre de laquelle le droit de l'Union est susceptible d'être interprété ou appliqué.

– Le principe d'autonomie du droit de l'Union

79. La Cour a précisé que l'autonomie du droit de l'Union est garantie par l'institution, par les traités, d'un système juridictionnel destiné à assurer la cohérence et l'unité dans l'interprétation du droit de l'Union²². La procédure du renvoi préjudiciel en constitue la clef de voûte en instaurant un dialogue de juge à juge, entre la Cour et les juridictions des États membres, qui a pour but d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union²³.

80. Or, le recours à une procédure arbitrale initiée sur le fondement d'un TBI conclu entre deux États membres est susceptible de soustraire du système juridictionnel le règlement d'un litige pouvant impliquer l'application ou l'interprétation du droit de l'Union et porte ainsi atteinte au principe d'autonomie du droit de l'Union, que reflètent les articles 267 et 344 TFUE.

81. Autrement dit, la solution de l'arrêt *Achmea* est, notamment, fondée sur l'impossibilité, en vertu du principe d'autonomie du droit de l'Union, de priver les juridictions des États membres de leur compétence concernant l'interprétation et l'application du droit de l'Union ainsi que la Cour de la sienne pour répondre, à titre préjudiciel, aux questions posées par lesdites juridictions concernant l'interprétation ou l'application du droit de l'Union²⁴.

82. Cependant, je suis d'avis que, s'agissant d'une procédure arbitrale initiée sur le fondement d'un TBI conclu entre deux États membres *avant* l'adhésion à l'Union de l'État partie à l'arbitrage, aucun litige susceptible de concerner l'interprétation ou l'application du droit de l'Union n'est soustrait au système juridictionnel de l'Union.

83. À cet égard, il me faut préciser qu'il importe peu, dans cette optique, de déterminer si un tel litige implique, de façon certaine, l'interprétation ou l'application du droit de l'Union par la juridiction arbitrale. À mon sens, le simple fait qu'il existe un risque que tel soit le cas suffit à qualifier une atteinte à l'autonomie du droit de l'Union, à condition que le litige dans lequel un tel risque se présente relève effectivement du système juridictionnel de l'Union²⁵. Je relève en outre que ce risque me semble exister dans l'ensemble des TBI intra-UE. Il ne m'apparaît donc pas nécessaire de vérifier, en l'espèce, si le tribunal arbitral a réellement interprété ou appliqué le droit de l'Union, ou s'il aurait pu le faire. Je comprends en effet l'arrêt *Achmea* en ce sens que la Cour a établi comme critère de la compatibilité avec le principe de l'autonomie du droit de l'Union d'une procédure arbitrale fondée sur un TBI intra-UE le point de savoir si une telle procédure a pour effet de priver les juridictions nationales de leur compétence concernant l'interprétation et l'application du droit de l'Union, ainsi que la Cour de la sienne pour répondre, par la voie du recours préjudiciel, à leurs questions.

²² Voir arrêt *Achmea*, point 35 et jurisprudence citée. Voir, également, Malferrari, L., *op. cit.*, p. 48 et 50.

²³ Avis 2/13, du 18 décembre 2014 (EU:C:2014:2454, point 176).

²⁴ Avis 1/09, du 8 mars 2011 (EU:C:2011:123, point 89).

²⁵ Voir, en ce sens, arrêt *Achmea*, points 39 et 56.

– *La compétence des juridictions roumaines pour interroger la Cour à titre préjudiciel*

84. Un litige né d'une violation, supposée par un État, d'une disposition d'un TBI, antérieurement à l'adhésion à l'Union de cet État, et dont la procédure de résolution a été initiée avant cette adhésion, ne relève pas nécessairement du système juridictionnel de l'Union. Sa résolution par un tribunal arbitral constitué sur le fondement d'un TBI conclu entre deux États membres antérieurement à l'adhésion à l'Union de l'État partie à l'arbitrage n'est pas susceptible de priver les juridictions des États membres de leur compétence concernant l'interprétation et l'application du droit de l'Union ainsi que la Cour de la sienne pour répondre, à titre préjudiciel, aux questions posées par lesdites juridictions relatives à l'interprétation ou à l'application du droit de l'Union.

85. J'invite la Cour à envisager la situation dans laquelle une juridiction roumaine aurait été saisie, en lieu et place d'un tribunal arbitral, du litige relatif à une violation alléguée par cet État des dispositions du TBI. Cette juridiction n'aurait, à mon sens, pas pu interroger la Cour par le biais d'un renvoi préjudiciel si une question d'interprétation ou d'application du droit de l'Union était survenue.

86. En effet, en premier lieu, une juridiction roumaine saisie de la potentielle violation par cet État membre des dispositions du TBI n'aurait de toute évidence, *avant* l'adhésion à l'Union de la Roumanie, pas pu interroger la Cour par la voie d'un renvoi préjudiciel, cette juridiction n'étant pas, à ce moment, une juridiction d'un État membre au sens de l'article 267 TFUE. En outre, l'accord de 1995 ne prévoyait pas la possibilité pour les juridictions roumaines d'interroger la Cour au moyen d'un renvoi préjudiciel.

87. En second lieu, la même solution s'impose s'agissant de la possibilité pour la juridiction roumaine, saisie antérieurement à l'adhésion de la Roumanie à l'Union, d'interroger la Cour par la voie du renvoi préjudiciel *après* cette adhésion. Il ressort en effet clairement de la jurisprudence de la Cour qu'elle n'est pas compétente pour se prononcer sur l'interprétation du droit de l'Union dans le cadre d'un litige relatif à une situation acquise antérieurement à l'adhésion²⁶.

88. Tel était précisément le cas s'agissant du litige ayant donné lieu à la procédure arbitrale en cause. La violation alléguée du TBI par la Roumanie, objet du litige, était antérieure à l'adhésion de cet État à l'Union et la procédure arbitrale en cause a été initiée avant l'adhésion. Tous les faits pertinents à cet égard avaient donc eu lieu avant cette adhésion et avaient produit tous leurs effets. Une juridiction roumaine saisie d'un tel litige n'aurait pas pu interroger la Cour quant à l'interprétation ou à l'application du droit de l'Union dans le cadre de ce litige.

89. Une telle solution n'est remise en cause ni par le principe de l'applicabilité immédiate du droit de l'Union aux effets futurs d'une situation née antérieurement à l'adhésion, ni par la jurisprudence issue de l'arrêt Kremikovtzi²⁷, invoquée par la Commission, dans laquelle la Cour s'est reconnue compétente pour interpréter les dispositions de l'accord européen établissant une

²⁶ Arrêts du 10 janvier 2006, Ynos (C-302/04, EU:C:2006:9, points 36 et 37) ; du 30 avril 2020, EUROVIA (C-258/19, EU:C:2020:345, points 42 et 43), et ordonnance du 1^{er} octobre 2020, Slovenský plynárenský priemysel (C-113/20, non publiée, EU:C:2020:772, points 28 et 31). Pour une étude critique de la jurisprudence de la Cour relative à sa compétence pour répondre à des questions préjudicielles dans le contexte de l'adhésion à l'Union de nouveaux États membres, voir Póltorak, N., « Ratione Temporis Application of the Preliminary Rulings Procedure », *Common Market Law Review*, n° 45, 2008, p. 1357 à 1381.

²⁷ Arrêt du 29 novembre 2012 (C-262/11, EU:C:2012:760).

association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République de Bulgarie, d'autre part²⁸, dans le cadre d'un litige relatif à des faits antérieurs à l'adhésion à l'Union de la Bulgarie.

90. S'agissant du principe de l'applicabilité immédiate du droit de l'Union aux effets futurs d'une situation née antérieurement à l'adhésion, force est de constater qu'un tel principe n'a pas vocation à s'appliquer s'agissant du litige relatif à la violation alléguée par la Roumanie des dispositions du TBI. Ainsi qu'exposé au point 88 des présentes conclusions, les faits à l'origine du litige dont aurait été saisie la juridiction roumaine sont l'abrogation par la Roumanie du régime des OGU, entraînant une potentielle violation par celle-ci des obligations découlant du TBI. La situation à l'origine du litige était donc acquise avant l'adhésion et localisée clairement dans le passé²⁹.

91. S'agissant de l'arrêt *Kremikovtzi*³⁰, il ne m'apparaît pas davantage susceptible de remettre en cause le constat d'incompétence de la Cour, pour les mêmes raisons. En effet, si les faits dans le litige en cause au principal dans cet arrêt trouvaient leur origine dans le versement d'aides antérieurement à l'adhésion, l'objet du litige concernait toutefois la procédure de récupération de ces aides et, notamment, la base juridique sur laquelle une telle procédure devait être fondée, laquelle était bien postérieure à l'adhésion. Autrement dit, l'objet des questions préjudicielles concernait bien les effets d'une aide, s'étant traduit par l'adoption d'un acte et par un événement concret *après* l'adhésion d'un État membre, ce qui justifiait la compétence de la Cour pour répondre aux questions préjudicielles.

92. Au contraire, le litige dont aurait pu, en l'espèce, être saisie une juridiction roumaine concernait une situation – la violation supposée par la Roumanie du TBI – définitivement acquise avant l'adhésion. Contrairement à l'affaire *Kremikovtzi*, aucun fait ou acte postérieur à l'adhésion ne faisait donc l'objet du litige dont a été saisi le tribunal arbitral³¹.

93. Dans ces conditions, je suis d'avis que, dès lors que la Cour n'est pas compétente pour répondre à une question préjudicielle posée par une juridiction roumaine si cette juridiction en avait été saisie, le litige à l'origine de la procédure arbitrale ne saurait relever de l'ordre juridique de l'Union, ni avant ni après l'adhésion à l'Union de la Roumanie.

94. Il en résulte qu'une procédure arbitrale, telle que celle en cause en l'espèce, initiée sur le fondement d'un TBI conclu entre deux États membres avant l'adhésion à l'Union de l'État partie à l'arbitrage n'est pas, à mon sens, susceptible de porter atteinte à l'autonomie du droit de

²⁸ Accord conclu et approuvé au nom de la Communauté par la décision 94/908/CECA, CE, Euratom du Conseil et de la Commission, du 19 décembre 1994 (JO 1994, L 358, p. 1).

²⁹ Une telle situation se distingue de la situation ayant donné lieu à l'arrêt du 3 septembre 2014, X (C-318/13, EU:C:2014:2133), dans lequel la Cour s'est reconnue compétente en vertu du principe de l'applicabilité immédiate du droit de l'Union aux effets futurs d'une situation née antérieurement à l'adhésion. Dans l'affaire X, la juridiction de renvoi avait été saisie, *après* l'adhésion de la Finlande à l'Union, d'un litige portant sur le montant de l'indemnisation qui avait également été accordée *après* l'adhésion, à la suite d'un dommage subi antérieurement à celle-ci. L'objet du litige concernait donc bien des faits postérieurs à l'adhésion, même si ceux-ci constituaient les effets futurs d'une situation née antérieurement, et visait à régler une situation pour l'avenir. Le litige dont a été saisi le tribunal arbitral dans la présente affaire portait quant à lui non pas sur le montant de l'indemnisation accordée, mais bien sur l'existence même d'une violation par la Roumanie du TBI et concernait donc une situation acquise *avant* l'adhésion.

³⁰ Arrêt du 29 novembre 2012 (C-262/11, EU:C:2012:760).

³¹ Par souci d'exhaustivité et à des fins de curiosité doctrinale, je précise qu'une juridiction roumaine ne pourrait interroger la Cour sur les effets futurs de sa décision relative à la violation par la Roumanie du TBI au regard des règles du droit des aides d'État. Une telle question, d'une part, serait purement hypothétique puisque, au moment où la procédure est pendante, il n'est pas possible de déterminer avec certitude l'issue du litige. D'autre part, elle ne relèverait pas strictement de l'objet du litige dont serait saisie la juridiction étatique, lequel concerne seulement le point de savoir si la Roumanie a violé ou non ses obligations découlant du TBI, de sorte que la réponse de la Cour ne serait pas nécessaire à la solution du litige.

l'Union, même après cette adhésion, de sorte que, à la différence de la procédure arbitrale en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Achmea, on ne saurait conclure à une violation des articles 267 et 344 TFUE.

95. Des éléments supplémentaires attestent de la compatibilité de la procédure arbitrale en cause avec le droit de l'Union, relativement à la question de l'atteinte au principe de la confiance mutuelle, qui me semble faire défaut.

ii) La question de l'existence d'une atteinte au principe de la confiance mutuelle

96. Le Royaume d'Espagne fait valoir que, à compter de l'adhésion à l'Union de la Roumanie, la juridiction arbitrale en cause en l'espèce aurait dû se dessaisir au profit des juridictions roumaines, qui étaient dès lors à même de garantir la protection des droits des investisseurs.

97. La solution dégagée par la Cour dans l'arrêt Achmea est en effet fondée sur l'atteinte au principe de la confiance mutuelle qu'est susceptible de constituer le recours à une procédure arbitrale initiée sur le fondement d'un TBI intra-UE dans le cadre d'un litige pouvant concerner l'interprétation ou l'application du droit de l'Union.

98. La Cour a rappelé, dans l'arrêt Achmea³², que le droit de l'Union repose sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée. Cette prémisse implique et justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres dans la reconnaissance de ces valeurs et, donc, dans le respect du droit de l'Union qui les met en œuvre³³.

99. En effet, ainsi que je l'ai exposé dans mes conclusions dans l'affaire Komstroy³⁴, les États membres sont tenus de considérer, sauf dans des circonstances exceptionnelles, que tous les autres États membres respectent le droit de l'Union, en ce compris les droits fondamentaux, notamment le droit à un recours effectif devant un tribunal indépendant, énoncé à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Le rôle particulier des institutions de l'Union, dont, au premier chef, la Commission, chargées d'assurer le respect de ces valeurs atteste de leur importance³⁵.

100. En outre, c'est précisément le fait que les relations que l'Union noue avec les États tiers ne sont pas fondées sur la confiance mutuelle, qui existe au sein de l'Union, qui justifie que les parties contractantes à un accord international liant un État membre et un État tiers décident de s'entendre sur un mécanisme neutre de règlement des différends, dès lors que chacune des parties contractantes ne fait pas nécessairement pleinement confiance au système juridictionnel de l'autre partie pour assurer le respect des règles contenues dans l'accord³⁶.

³² Point 34.

³³ Arrêt Achmea, point 34. Voir, également, avis 2/13, du 18 décembre 2014 (EU:C:2014:2454, points 168 et 173 ainsi que jurisprudence citée).

³⁴ C-741/19, EU:C:2021:164, point 64.

³⁵ Voir mes conclusions dans l'affaire Komstroy (C-741/19, EU:C:2021:164, point 65 et jurisprudence citée).

³⁶ Voir conclusions de l'avocat général Bot dans l'avis 1/17 (Accord ECG UE-Canada, EU:C:2019:72, point 82).

101. Dans cette optique, je relève que la conclusion de TBI entre les États membres et les États d'Europe centrale et orientale a été encouragée par la Commission en tant qu'instruments nécessaires pour préparer leur adhésion à l'Union³⁷. L'article 74 de l'accord de 1995, intitulé « Promotion et protection des investissements », promeut d'ailleurs la conclusion d'accords de protection et de promotion des investissements par les États membres et la Roumanie. Le Royaume de Suède et la Roumanie ont dès lors suivi cette incitation en concluant le TBI en cause.

102. Dans ce contexte particulier, la clause de règlement des différends contenue dans le TBI devrait être comprise comme un palliatif à l'absence de confiance mutuelle entre le Royaume de Suède et la Roumanie. Il s'agissait alors d'assurer la protection des investisseurs des États membres en Roumanie, en garantissant notamment, faute de confiance suffisante dans le respect par cet État, avant l'adhésion, du droit à un recours effectif des investisseurs, la possibilité de recourir à un système de règlement des différends extérieur au système juridictionnel de cet État³⁸.

103. Dans ces conditions, il me semble légitime que les arbitres, valablement saisis sur le fondement d'un TBI dont la conclusion entre un État membre et l'État partie à l'arbitrage avant son adhésion a été encouragée par l'Union elle-même, ne déclinent pas, au moment de l'adhésion, leur compétence, dès lors que la procédure d'arbitrage permettait avant l'adhésion, au même titre que le principe de confiance mutuelle après celle-ci, d'assurer la protection des droits des investisseurs.

104. Partant, je suis d'avis que, contrairement à la situation en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Achmea*, le principe de confiance mutuelle ne saurait justifier l'interruption de la procédure arbitrale en cause, qui permettait originellement de pallier le manque de confiance dans le respect par la Roumanie des exigences relatives à la protection juridictionnelle effective avant son adhésion à l'Union.

105. Lors de l'audience, *European Food e.a.* et *Viorel Micula e.a.* ont en outre fait valoir que l'adhésion à l'Union de la Roumanie n'avait pas permis d'instaurer une confiance mutuelle entre cet État membre et les autres États membres, dès lors que son adhésion avait été conditionnée à la mise en œuvre d'un mécanisme de coopération et de vérification des progrès réalisées par cet État membre en vue d'atteindre certains objectifs de référence spécifiques en matière de réforme du système judiciaire et de lutte contre la corruption³⁹.

106. Un tel argument ne saurait convaincre. La seule décision MCV n'emporte pas l'inapplication du principe de confiance mutuelle dans les relations entre la Roumanie et les autres États membres. Une défiance générale à l'égard d'un État membre sur le seul fondement de la mise en œuvre d'un mécanisme tel que celui compris dans la décision MCV au moment de son adhésion ne saurait exister au sein de l'ordre juridique de l'Union. La limitation de la confiance envers les juridictions roumaines ne peut se fonder que sur la base d'éléments objectifs, fiables, précis et dûment actualisés concernant le fonctionnement du système judiciaire dans l'État membre⁴⁰.

³⁷ Conclusions de l'avocat général Wathelet dans l'affaire *Achmea* (C-284/16, EU:C:2017:699, point 40). Voir, également, Kochenov, D., Lavranos, N., « *Achmea Versus the Rule of Law : CJEU's Dogmatic Dismissal of Investors' Rights in Backsliding Member States of the European Union* », *Hague Journal on the Rule of Law*, 2021.

³⁸ Sur la contribution des tribunaux arbitraux en droit des investissements au respect de l'État de droit, voir Sadowski, W., « *Protection of the Rule of Law in the European Union through Investment Treaty Arbitration : Is Judicial Monopolism the Right Response to Illiberal Tendencies in Europe ?* », *Common Market Law Review*, n° 55, 2018, p. 1025 à 1060, et Kochenov, D., Lavranos, N., op. cit.

³⁹ Décision 2006/928/CE de la Commission, du 13 décembre 2006, établissant un mécanisme de coopération et de vérification des progrès réalisés par la Roumanie en vue d'atteindre certains objectifs de référence spécifiques en matière de réforme du système judiciaire et de lutte contre la corruption (JO 2006, L 354, p. 56, ci-après la « décision MCV »).

⁴⁰ Voir, en ce sens, arrêt du 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)* (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, point 61).

3) Conclusion sur l'application de la jurisprudence *Achmea*

107. Il découle de tout ce qui précède que, à mon sens, les principes découlant de l'arrêt *Achmea* ne sauraient trouver application s'agissant d'une procédure arbitrale, telle que celle en cause en l'espèce, initiée sur le fondement d'un TBI conclu entre deux États membres avant l'adhésion à l'Union de l'État partie à l'arbitrage, et encore en cours au moment de cette adhésion⁴¹.

108. On ne saurait conclure, selon moi, à l'existence d'une atteinte aux principes d'autonomie du droit de l'Union et de confiance mutuelle et à une violation des articles 267 et 344 TFUE.

b) La compatibilité du TBI avec le droit de l'Union lors de sa conclusion

109. Le Royaume d'Espagne, soutenu en ce sens par la Commission, fait valoir que le TBI est, dès sa conclusion, contraire au droit de l'Union en ce que le tribunal arbitral constitué sur son fondement risque de compromettre le processus décisionnel démocratique dans les États parties dès lors qu'il prive une loi roumaine de l'effet économique recherché, et de porter atteinte à l'application effective de la législation sur les aides d'État en Suède et en Roumanie, et que le TBI affecte donc le fonctionnement des institutions de l'Union conformément au cadre constitutionnel de celle-ci.

110. D'une part, et de façon générale, je doute de la force probante d'un tel argument à la lumière du contexte entourant la conclusion des TBI entre les États membres et la Roumanie, ces derniers y ayant été encouragés par l'Union par l'accord de 1995. Une telle solution reviendrait en outre à admettre rétroactivement l'incompatibilité d'un TBI conclu par un État membre avec un État tiers et à douter, plus généralement, sans autre forme d'examen et de façon abstraite, de la compatibilité de l'intégralité des TBI conclus entre un État membre et un État tiers.

111. D'autre part, s'agissant plus particulièrement de la procédure arbitrale en cause, je suis d'avis qu'elle ne conduit, en tout état de cause, ni à priver d'efficacité les règles de droit des aides d'État, ni, en conséquence, à priver une loi roumaine de l'effet économique recherché, dans la mesure où, pour les raisons que je vais développer dans le cadre de l'examen du pourvoi principal, je suis d'avis que les règles du droit des aides d'État trouvent application en l'espèce.

112. Dans ces conditions, le TBI ne saurait être considéré comme incompatible avec le droit de l'Union dès sa conclusion.

3. Conclusion sur le pourvoi incident

113. Il résulte de tout ce qui précède que le premier moyen du pourvoi incident devrait être rejeté. Le second moyen du pourvoi incident dépendant de l'accueil du premier moyen, je suis d'avis qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi incident dans son intégralité.

⁴¹ Je relève, en outre, qu'une telle solution a pour avantage de présenter une certaine cohérence avec la pratique des juridictions arbitrales, s'agissant de leur compétence *ratione temporis*. À cet égard, voir Matringe, J., « La compétence *ratione temporis* et l'applicabilité du traité dans le temps », dans Leben, C. (dir), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*, L.G.D.J., 2010, p. 78 et 79.

B. Sur le pourvoi principal

114. La Commission, soutenue en ce sens par le Royaume d'Espagne, invoque trois moyens au soutien de son pourvoi. Elle fait valoir que le Tribunal a commis, en premier lieu, une erreur de droit et une qualification juridique des faits erronée en ce qu'il a conclu que la Commission n'était pas compétente pour adopter la décision attaquée ; en deuxième lieu, une erreur de droit en jugeant que le droit de l'Union ne s'appliquait pas à l'indemnisation accordée et, en troisième lieu, une erreur de droit en ce qu'il a conclu que la décision attaquée avait erronément qualifié l'octroi d'une indemnisation par le tribunal arbitral comme un avantage.

115. Je commencerai mon analyse par l'examen des deux premiers moyens du pourvoi, qui visent à déterminer le moment auquel l'aide d'État doit être considérée comme étant accordée par l'État membre, afin d'établir si le droit des aides d'État était alors applicable, et si la Commission était compétente pour adopter la décision litigieuse.

1. Sur les deux premiers moyens du pourvoi : la détermination du moment d'octroi d'une aide

116. Le Tribunal a rappelé, aux points 66 et suivants de l'arrêt attaqué, que le droit de l'Union n'est devenu applicable en Roumanie qu'à compter de la date de son adhésion à l'Union et qu'il en découle que ce n'est qu'à cette date que la Commission a acquis la compétence lui permettant de procéder au contrôle de l'action de la Roumanie au titre de l'article 108 TFUE. Il en a déduit à juste titre qu'afin de déterminer la compétence de la Commission pour adopter la décision litigieuse, il convient de définir la date à laquelle l'aide supposée a été accordée.

117. Selon le Tribunal, « le droit des requérants [en première instance] de recevoir l'indemnisation en cause est né et a commencé à déployer ses effets au moment où la Roumanie a abrogé l'OGU 24, c'est-à-dire avant l'adhésion de la Roumanie à l'Union, et donc que le moment où ce droit a été conféré aux requérants [...] est antérieur à l'adhésion »⁴².

118. La Commission soutient que European Food e.a. et Viorel Micula e.a. n'ont obtenu un droit à l'indemnisation accordée que lorsque la sentence a été transformée en titre exécutoire en vertu du droit national, dès lors qu'auparavant, le droit à recevoir l'indemnisation était incertain. La mesure accordant la prétendue aide serait donc non pas l'abrogation par la Roumanie des OGU mais la mise en œuvre de la sentence par cet État membre. Cette mesure ayant été adoptée après l'adhésion à l'Union de la Roumanie, le droit de l'Union aurait été applicable et la Commission aurait été compétente pour l'examiner à la lumière des articles 107 et 108 TFUE, de sorte que le Tribunal aurait commis une erreur de droit en jugeant que la mesure avait été accordée avant cette adhésion et que la Commission n'était pas compétente.

119. Je souligne brièvement, à cet égard, que, contrairement à ce qu'avancent European Food e.a. et Viorel Micula e.a., la question du moment auquel une aide a été octroyée constitue bien une question de droit susceptible de pourvoi lorsqu'il s'agit de déterminer si une indemnisation accordée par une sentence arbitrale en raison de l'abrogation par l'État d'un régime d'incitations fiscales doit être considérée comme ayant été accordée au moment de cette abrogation, avant l'adhésion, ou plutôt lors du versement effectif de l'indemnisation en exécution de la sentence, après l'adhésion.

⁴² Point 78 de l'arrêt attaqué.

120. En outre, l'argumentation de European Food e.a. et de Viorel Micula e.a., selon laquelle la Commission viserait à modifier la décision litigieuse en faisant valoir que l'aide en cause résulterait non plus du versement de l'indemnisation, mais de l'adoption de la sentence, ne saurait être suivie, dès lors que les moyens soulevés par la Commission dans son pourvoi sont nés de l'arrêt attaqué lui-même et visent à en critiquer le bien-fondé⁴³.

121. Ainsi que l'a rappelé le Tribunal, la Cour a établi, dans l'arrêt *Magdeburger Mühlenwerke*⁴⁴, que « les aides doivent être considérées comme étant accordées au moment où le droit de les recevoir est conféré au bénéficiaire en vertu de la réglementation nationale applicable ».

122. Une telle formulation semble indiquer, ainsi que le font valoir European Food e.a. et Viorel Micula e.a., que le moment d'octroi d'une mesure d'aide ne se confond pas nécessairement avec le moment de son versement effectif.

123. S'il est fréquent que tel soit le cas, il n'en demeure pas moins que, contrairement à ce que soutient la Commission, une aide peut être considérée comme ayant été accordée même si elle n'a pas été effectivement versée⁴⁵. De la même façon, il a été jugé, s'agissant d'une aide versée en application d'un régime d'aides, que l'aide peut n'être considérée comme ayant été accordée que lorsqu'elle a été mise en œuvre de façon effective, quand bien même le régime d'aides préexistait⁴⁶.

124. Autrement dit, le versement effectif de l'aide ne constitue pas, à mon sens, le critère permettant de déterminer le moment où la mesure doit être considérée comme ayant été accordée. Le simple fait que le versement de l'indemnisation en cause ait eu lieu après l'adhésion ne saurait donc suffire à établir qu'elle a effectivement été accordée à ce moment, de sorte que le droit de l'Union aurait été applicable et la Commission compétente.

125. Il me semble découler clairement du principe énoncé dans l'arrêt *Magdeburger Mühlenwerke*⁴⁷ que l'élément déterminant pour établir le moment d'octroi d'une aide supposée est l'acquisition, par le bénéficiaire de la mesure en cause, d'un droit certain à la recevoir, et l'engagement corrélatif, à la charge de l'État, d'accorder la mesure. Un tel critère apparaît logique à la lumière de l'objectif du droit des aides d'État, lequel vise à appréhender les actions étatiques, dès lors que le simple engagement par l'État d'agir au soutien d'une entreprise bénéficiaire peut déjà, en lui-même, impliquer une distorsion de concurrence sur le marché, avant même que le soutien ne soit effectivement mis en œuvre.

126. Selon le Tribunal, le droit de European Food e.a. et Viorel Micula e.a. de recevoir la supposée mesure d'aide qu'est l'indemnisation accordée par la sentence arbitrale est né au moment de la violation par la Roumanie des dispositions du TBI. Je ne souscris pas à cette analyse.

127. Il est clair que l'indemnisation accordée par le tribunal arbitral, aide supposée, trouve son origine dans cette violation. En outre, il est vrai, ainsi que l'a relevé le Tribunal, au point 78 de l'arrêt attaqué, que, selon la logique du droit de la responsabilité, la sentence arbitrale et les versements effectués par la Roumanie constituent, pour European Food e.a. et Viorel Micula e.a.,

⁴³ Arrêt du 29 novembre 2007, *Stadtwerke Schwäbisch Hall e.a./Commission* (C-176/06 P, non publié, EU:C:2007:730, point 17).

⁴⁴ Arrêt du 21 mars 2013 (C-129/12, EU:C:2013:200, point 40).

⁴⁵ Arrêt du 19 décembre 2019, *Arriva Italia e.a.* (C-385/18, EU:C:2019:1121, points 37 et 41).

⁴⁶ Arrêt du 27 juin 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* (C-74/16, EU:C:2017:496, point 88), et ordonnance du 7 décembre 2017, *Irlande/Commission* (C-369/16 P, non publiée, EU:C:2017:955, point 29).

⁴⁷ Arrêt du 21 mars 2013 (C-129/12, EU:C:2013:200).

la reconnaissance d'un droit à être indemnisés pour un dommage subi du fait de la Roumanie et l'exécution de ce droit. En ce sens, la sentence arbitrale et son exécution ne font que constater, de manière rétroactive, l'existence d'un droit qui préexistait⁴⁸.

128. Cependant, si, en droit de la responsabilité, le droit à réparation est né au jour où le dommage a été subi, cette lecture ne saurait impliquer que, en droit des aides d'État, le droit à recevoir l'aide naît également à ce moment. En effet, dès lors que la sentence arbitrale constate, de manière *rétroactive*, l'existence d'un droit à indemnisation, c'est bien parce que, avant cette sentence, un tel droit à être indemnisé n'existait pas de façon certaine.

129. Au cours de la procédure arbitrale, l'existence d'une violation des dispositions du TBI par la Roumanie, et donc d'un dommage subi par European Food e.a. et Viorel Micula e.a., a été débattue, la Roumanie contestant le fait même de devoir verser une indemnisation. Ce n'est qu'une fois que le litige a été tranché que la Roumanie a été tenue d'accorder l'indemnisation en cause et que le droit de la recevoir a été conféré, en droit des aides d'État et au sens de la jurisprudence précitée, à European Food e.a. et à Viorel Micula e.a. Il importe peu, à cet égard, que, en droit de la responsabilité, la sentence arbitrale constate pour le passé l'existence d'un droit à obtenir réparation d'un dommage.

130. Dès lors que le droit des aides d'État vise le comportement des États membres et leur engagement à accorder certaines mesures, on ne saurait considérer que la Roumanie était tenue d'indemniser European Food e.a. et Viorel Micula e.a. au moment même où elle contestait précisément l'existence d'une telle obligation.

131. Une telle interprétation présente une cohérence certaine avec la jurisprudence relative à l'octroi d'une aide par une décision d'une juridiction nationale, qui me semble pouvoir faire l'objet d'une analogie avec les circonstances de l'espèce. Ainsi, il a été jugé qu'une aide résulte d'une décision d'une juridiction nationale dès lors que c'est cette décision qui reconnaît le droit du bénéficiaire à obtenir l'aide, et arrête son montant définitif⁴⁹. En outre, la Cour a considéré que la décision d'un juge des référés qui rétablit une mesure d'aide, après avoir constaté que cette dernière avait été abolie en violation d'un contrat, doit être considérée comme accordant elle-même une aide nouvelle⁵⁰.

132. Dans ces conditions, je suis d'avis que le Tribunal a commis une erreur de droit et une qualification juridique des faits erronée en jugeant que l'aide en cause avait été accordée au moment de la violation par la Roumanie du TBI.

133. Il en va d'autant plus ainsi que, en l'espèce, le dommage subi par European Food e.a. et Viorel Micula e.a. résulte de l'abrogation, par la Roumanie, de l'OGU, dans le but de se mettre en conformité avec les règles du droit des aides d'État. Autrement dit, selon le Tribunal, l'abrogation d'une mesure d'aide au sens de l'accord de 1995, lequel renvoie à l'article 107 TFUE, dont l'existence a été établie par le conseil de la concurrence roumain, constitue en elle-même la mesure d'aide. Le conseil de la concurrence roumain, alors compétent au moment de l'abrogation, aurait donc dû, selon cette logique, en même temps qu'il demandait à la Roumanie d'abroger l'OGU, considérer qu'une telle abrogation était également constitutive d'une aide d'État et examiner à nouveau cette mesure à la lumière des règles de l'accord de 1995 sur les aides d'État.

⁴⁸ Point 84 de l'arrêt attaqué.

⁴⁹ Arrêt du 29 novembre 2018, ARFEA/Commission (T-720/16, non publié, EU:T:2018:853, point 185).

⁵⁰ Arrêt du 26 octobre 2016, DEI et Commission/Alouminion tis Ellados (C-590/14 P, EU:C:2016:797, point 59).

134. Plus généralement, ainsi que le relève la Commission, la solution du Tribunal conduirait à admettre qu'une aide d'État puisse être automatiquement octroyée du fait de l'abrogation d'une aide d'État. Cette circonstance me semble mettre en évidence un manque de cohérence de la solution adoptée dans l'arrêt attaqué.

135. Je suis donc d'avis que la supposée mesure d'aide a été octroyée non pas au moment de la violation du TBI, mais au moment où le droit de European Food e.a. et de Viorel Micula e.a. de recevoir l'indemnisation a été reconnu et où, corrélativement, la Roumanie a été tenue de verser cette indemnisation, soit après l'adoption de la sentence arbitrale, lors de sa mise en œuvre par la Roumanie. Or, ce moment était postérieur à l'adhésion à l'Union de la Roumanie. Il en résulte que le droit de l'Union était bien applicable à cette mesure et que la Commission était compétente au titre de l'article 108 TFUE pour examiner l'indemnisation en cause à la lumière du droit des aides d'État.

136. Il me faut préciser à cet égard, dans un souci de cohérence, que la question de la compétence de la Commission pour examiner une mesure résultant d'une indemnisation accordée au moyen d'une sentence rendue par un tribunal arbitral à la lumière du droit des aides d'État est une question distincte de celle de la compétence des juridictions roumaines pour interroger la Cour, dans le cadre du litige ayant conduit à l'octroi d'une indemnisation, par la voie du recours préjudiciel. L'incompétence de ces dernières à ce titre ne préjuge donc en rien de la compétence de la Commission pour appréhender l'indemnisation accordée après l'adhésion à la lumière du droit des aides d'État. Comme le relève à juste titre la Commission, cette compétence est seulement déterminée par le fait générateur de l'aide, qui survient au moment où le droit à recevoir l'indemnisation est reconnu de façon certaine.

137. Partant, les deux premiers moyens du pourvoi devraient, à mon sens, être accueillis⁵¹.

138. Dès lors que cette analyse permet d'établir la compétence de la Commission pour examiner l'indemnisation en cause au titre de l'article 108 TFUE, il convient en conséquence de rejeter la première branche du premier moyen présentée en première instance dans le cadre du recours en annulation dans l'affaire T-704/15 et la première branche du deuxième moyen présentée dans les affaires T-624/15 et T-694/15.

2. Sur le troisième moyen du pourvoi : l'existence d'un avantage au sens de l'article 107 TFUE

139. Par son troisième moyen, la Commission soutient que le Tribunal a commis une erreur de droit en interprétant erronément la notion d'« avantage » et en omettant de répondre à tous les arguments présentés dans la décision attaquée pour établir l'existence d'un tel avantage.

⁵¹ L'argumentation développée par la Commission dans le deuxième moyen du pourvoi repose essentiellement sur la prémisse que, quand bien même la mesure doit être considérée comme ayant été accordée avant l'adhésion, le droit de l'Union était tout de même applicable dans la mesure où le versement de l'indemnisation constitue l'effet futur d'une situation née antérieurement. Je suis d'avis que le Tribunal a erronément fixé le moment d'octroi de l'aide avant l'adhésion, dès lors que ce dernier s'est en réalité produit avec l'adoption de la sentence arbitrale et sa mise en œuvre par la Roumanie. Il n'est pas nécessaire de déterminer si le Tribunal a commis une erreur de droit en jugeant que le versement de l'indemnisation ne constituait pas l'effet futur d'une situation antérieure, et que le droit de l'Union n'était donc pas applicable.

140. Le Tribunal a relevé, au point 103 de l'arrêt attaqué, que, aux termes de la jurisprudence issue de l'arrêt *Asteris e.a.*⁵², l'indemnisation d'un préjudice ne peut être considérée comme une aide d'État au sens de l'article 107 TFUE, à moins que cette indemnisation n'aboutisse à indemniser le retrait d'une aide illégale ou incompatible⁵³. Selon le Tribunal, tel n'était pas le cas.

141. D'une part, le Tribunal a jugé, aux points 104 et 105 de l'arrêt attaqué, que, dès lors qu'il résulte du premier moyen d'annulation que le droit de l'Union n'était pas applicable à l'indemnisation en cause et que la Commission n'était pas compétente pour procéder à son examen, cette indemnisation ne peut être considérée comme l'indemnisation du retrait d'une aide illégale ou incompatible.

142. D'autre part, le Tribunal a précisé, aux points 106 à 108 de l'arrêt attaqué, que l'indemnisation en cause couvrait une période antérieure à l'adhésion, pendant laquelle le droit de l'Union ne s'appliquait pas, de sorte que, pour cette période, les requérants pouvaient se prévaloir de la jurisprudence issue de l'arrêt *Asteris e.a.*⁵⁴. Or, la Commission n'aurait pas, dans la décision litigieuse, distingué entre les périodes antérieure et postérieure à l'adhésion. Il en résulte que la décision litigieuse est entachée d'illégalité en ce que l'attribution des dommages et intérêts y est qualifiée d'« avantage », à tout le moins pour la période antérieure à l'adhésion.

143. Je relève à cet égard une certaine contradiction dans les motifs de l'arrêt attaqué s'agissant du point de savoir si la Commission avait correctement établi l'existence d'un avantage au sens de l'article 107 TFUE à l'égard de *European Food e.a.* et de *Viorel Micula e.a.* En effet, le Tribunal a relevé, d'une part, l'absence d'avantage du fait de l'inapplicabilité du droit de l'Union à l'indemnisation en cause, tout en admettant, d'autre part, qu'il était en réalité applicable en ce que l'indemnisation visait le retrait des OGU pour la période postérieure à l'adhésion. Je ne perçois donc pas clairement les fondements du raisonnement du Tribunal l'ayant conduit à accueillir ce moyen.

144. En outre, ces deux motifs me semblent chacun entachés d'une erreur de droit.

145. En premier lieu, en ce qu'il a été jugé que la Commission ne pouvait valablement conclure à l'existence d'un avantage au sens de l'article 107 TFUE dans la mesure où elle n'était pas compétente pour examiner l'indemnisation à la lumière du droit des aides d'État, force est de constater que ce raisonnement se fonde exclusivement sur une prémisse erronée. Ainsi que je l'ai démontré dans le cadre de l'examen des deux premiers moyens du pourvoi, le droit de l'Union était applicable et la Commission compétente, s'agissant de l'indemnisation en cause, cette dernière ayant été accordée après l'adhésion à l'Union de la Roumanie.

146. Le Tribunal ne pouvait dès lors, sans commettre d'erreur de droit, juger sur cette seule base que l'indemnisation en cause ne pouvait être considérée comme l'indemnisation du retrait d'une aide illégale ou incompatible.

147. En second lieu, s'agissant de l'argument selon lequel la partie de l'indemnisation correspondant à la période antérieure à l'adhésion relèverait de la jurisprudence issue de l'arrêt *Asteris e.a.*⁵⁵, il me semble en effet qu'un tel élément est pertinent dans l'analyse de l'existence d'un

⁵² Arrêt du 27 septembre 1988 (106/87 à 120/87, EU:C:1988:457).

⁵³ Arrêt du 27 septembre 1988, *Asteris e.a.* (106/87 à 120/87, EU:C:1988:457, points 23 et 24). Voir également conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dans les affaires jointes *Atzeni e.a.* (C-346/03 et C-529/03, EU:C:2005:256, point 198).

⁵⁴ Arrêt du 27 septembre 1988 (106/87 à 120/87, EU:C:1988:457).

⁵⁵ Arrêt du 27 septembre 1988 (106/87 à 120/87, EU:C:1988:457).

avantage. Je comprends le raisonnement du Tribunal comme énonçant que l'indemnisation en cause ne pouvait être considérée comme le rétablissement d'une aide illégale puisque, antérieurement à l'adhésion, l'existence d'une aide d'État au sens de l'article 107 TFUE ne pouvait être constatée, dès lors que le droit de l'Union ne s'appliquait pas encore.

148. S'il est clair que, afin de déterminer le moment où la mesure a été octroyée, seul compte le moment où le droit de recevoir l'indemnisation a été accordé, au stade de la qualification de la mesure en tant qu'aide d'État au sens de l'article 107 TFUE, la nature particulière de cette mesure, qu'est l'indemnisation versée par la Roumanie à la suite d'une sentence arbitrale, peut avoir une incidence, en particulier s'agissant de l'application de la jurisprudence issue de l'arrêt *Asteris e.a.*⁵⁶.

149. Cependant, ainsi que le fait valoir la Commission, l'application de cette jurisprudence, dans les circonstances de la présente affaire, ne dépend pas uniquement du point de savoir si l'indemnisation conduit au rétablissement d'une mesure qui pouvait ou non être qualifiée d'aide d'État au sens de l'article 107 TFUE avant l'adhésion. En effet, dans la décision litigieuse, la Commission a exclu que cette jurisprudence pouvait être appliquée à une procédure arbitrale, hors des règles nationales générales de responsabilité civile des États membres⁵⁷, et s'est fondée également sur le fait que les incitations accordées au titre de l'OGU avaient été qualifiées d'« aides » sur le fondement de l'accord de 1995 par le conseil de la concurrence roumain⁵⁸.

150. Or, indépendamment du point de savoir si ces deux éléments étaient fondés, je relève que le Tribunal n'a apprécié la légalité que de l'un des motifs ayant conduit la Commission à écarter la jurisprudence issue de l'arrêt *Asteris e.a.*⁵⁹, pour en conclure que cette dernière était en réalité applicable.

151. Ce faisant, je suis d'avis que le Tribunal ne pouvait, sans commettre d'erreur de droit, conclure à l'existence d'une illégalité entachant la décision de la Commission s'agissant de la qualification d'« avantage » sans vérifier, dans le même temps, que la Commission avait, à tort, exclu l'application de la jurisprudence issue de l'arrêt *Asteris e.a.*⁶⁰ en raison, d'une part, du fondement sur lequel l'indemnisation a été accordée et, d'autre part, du fait que l'OGU avait été qualifiée d'« aide d'État » sur le fondement de l'accord de 1995 par le conseil de la concurrence roumain.

152. Il résulte de tout ce qui précède que le troisième moyen du pourvoi doit, à mon sens, être accueilli.

153. À la lumière de l'ensemble de ces considérations, je suis d'avis qu'il convient d'annuler l'arrêt attaqué, de rejeter la première branche du premier moyen dans l'affaire T-704/15 et la première branche du deuxième moyen dans les affaires T-624/15 et T-694/15 et de renvoyer les affaires jointes T-624/15, T-694/15 et T-704/15 devant le Tribunal, pour qu'il statue sur les moyens restants.

⁵⁶ Arrêt du 27 septembre 1988 (106/87 à 120/87, EU:C:1988:457).

⁵⁷ Considérants 101 et 102 de la décision litigieuse.

⁵⁸ Considérants 105 à 107 de la décision litigieuse.

⁵⁹ Arrêt du 27 septembre 1988 (106/87 à 120/87, EU:C:1988:457).

⁶⁰ Arrêt du 27 septembre 1988 (106/87 à 120/87, EU:C:1988:457).

VII. Conclusion

154. À la lumière des considérations qui précèdent, je propose à la Cour :

- de rejeter le pourvoi incident,
- d’annuler l’arrêt du Tribunal de l’Union européenne du 18 juin 2019, *European Food SA e.a./Commission* (T-624/15, T-694/15 et T-704/15, EU:T:2019:423),
- de rejeter la première branche du deuxième moyen dans les affaires T-624/15 et T-694/15 et la première branche du premier moyen dans l’affaire T-704/15,
- de renvoyer les affaires jointes T-624/15, T-694/15 et T-704/15 devant le Tribunal pour qu’il statue sur les moyens restants.