



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. MACIEJ SZPUNAR

présentées le 3 mars 2021¹

Affaire C-741/19

République de Moldavie

contre

Société Komstroy, venant aux droits de la société Energoalians

[demande de décision préjudicielle formée par la cour d'appel de Paris (France)]

« Renvoi préjudiciel – Traité sur la Charte de l'énergie – Notion d'«investissement» – Différends entre un investisseur et une partie contractante – Situation purement externe à l'ordre juridique de l'Union – Compétence de la Cour »

I. Introduction

1. Les dispositions du traité sur la Charte de l'énergie² (ci-après le « TCE ») n'ont, depuis sa signature par l'Union européenne il y a près de 30 ans, fait l'objet de questions préjudicielles qu'à deux reprises, en ce compris la présente affaire³. Cette affaire présente donc un caractère singulier, tout d'abord, en offrant à la Cour une opportunité bienvenue de se prononcer sur le sens de dispositions n'ayant, à ce jour, pas été interprétées.

2. Ensuite, le litige dans le cadre duquel s'inscrivent les présentes questions préjudicielles n'implique ni l'Union ni les États membres : il oppose la République de Moldavie à une société ukrainienne et semble donc, à première vue, étranger à l'Union.

3. Enfin, la présente affaire devrait, selon mon analyse, conduire la Cour à se prononcer sur une problématique d'importance, à savoir la compatibilité du mécanisme de règlement des différends institué par le TCE avec le droit de l'Union, dans le sillage tracé par la Cour dans l'arrêt Achmea⁴.

¹ Langue originale : le français.

² Signé à Lisbonne le 17 décembre 1994 (JO 1994, L 380, p. 24) et approuvé au nom de l'Union européenne par la décision 98/181/CE, CECA, Euratom, du Conseil et de la Commission, du 23 septembre 1997, concernant la conclusion par les Communautés européennes du traité sur la Charte de l'énergie et du protocole de la Charte de l'énergie sur l'efficacité énergétique et les aspects environnementaux connexes (JO 1998, L 69, p. 1).

³ Les autres affaires relatives à l'interprétation du TCE sont les affaires jointes Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettronica (Anie) e.a. (C-798/18 et C-799/18), pendantes devant la Cour.

⁴ Arrêt du 6 mars 2018 (C-284/16, ci-après l'« arrêt Achmea », EU:C:2018:158).

II. Le cadre juridique

A. Le TCE

4. Le TCE a été signé par l'Union le 17 décembre 1994, et approuvé au nom de l'Union par la décision 98/181. Les États membres sont également tous, à l'exception de la République italienne, parties au TCE, de même que 28 pays tiers.

5. Selon le préambule du TCE :

« Les parties contractantes au présent traité,

[...]

considérant la Charte européenne de l'énergie adoptée par le moyen du document de clôture de la Conférence de La Haye sur la Charte européenne de l'énergie, signé à La Haye le 17 décembre 1991 ;

[...]

souhaitant mettre en œuvre le concept de base de l'initiative de la Charte européenne de l'énergie, qui est de catalyser la croissance économique par des mesures destinées à libéraliser les investissements et les échanges en matière d'énergie ;

[...] »

6. Le TCE se compose d'un préambule et de huit parties. Les parties I, II, III et V sont intitulées, respectivement, « Définitions et objet », « Commerce », « Promotion et protection des investissements » et « Règlement des différends ».

7. L'article 1^{er} du TCE, intitulé « Définitions », prévoit :

« Tels qu'ils sont employés dans le présent traité, les termes qui suivent ont la signification indiquée ci-après :

[...]

6) "Investissement" désigne tout type d'avoir détenu ou contrôlé directement ou indirectement par un investisseur et comprenant :

[...]

c) les créances liquides ou les droits à prestations au titre d'un contrat à valeur économique et associé à un investissement ;

[...]

f) tout droit conféré [...] par contrat [...] pour l'exercice d'une activité économique dans le secteur de l'énergie.

[...]

Le terme “investissement” vise tout investissement associé à une activité économique dans le secteur de l’énergie et tout investissement ou toute catégorie d’investissements réalisés dans sa zone par une partie contractante, désignés par elle comme des “projets d’efficacité de la Charte [européenne de l’énergie]”, et notifiées en tant que tels au Secrétariat.

7) “Investisseur” désigne :

a) en ce qui concerne une partie contractante :

- i) toute personne physique jouissant de la citoyenneté ou de la nationalité de cette partie contractante, ou résidant en permanence sur son territoire conformément à sa législation applicable ;
- ii) toute entreprise ou autre organisation organisée conformément à la législation applicable sur le territoire de cette partie contractante ;

b) en ce qui concerne un “État tiers”, toute personne physique, entreprise ou organisation qui remplit, *mutatis mutandis*, les conditions énoncées au point a) pour une partie contractante.

8) “Investir” ou “réaliser des investissements” désigne le fait de réaliser de nouveaux investissements, en acquérant tout ou partie des investissements existants ou en se tournant vers d’autres domaines d’activités d’investissement.

[...]

10) “Zone” désigne, par rapport à un État qui est partie contractante :

- a) le territoire qui relève de sa souveraineté, étant entendu que ce territoire inclut les terres, les eaux intérieures et les eaux territoriales
- et
- b) sous réserve du droit international de la mer et en conformité avec celui-ci : la mer, les fonds marins et leur sous-sol sur lesquels cette partie contractante exerce des droits souverains et sa juridiction.

En ce qui concerne les organisations d’intégration économique régionale qui sont parties contractantes, on entend par “zone” la zone des États membres de cette organisation conformément aux dispositions contenues dans l’acte constitutif de cette organisation.

[...] »

8. L’article 26 du TCE, intitulé « Règlement des différends entre un investisseur et une partie contractante », énonce :

« 1. Les différends qui opposent une partie contractante et un investisseur d’une autre partie contractante au sujet d’un investissement réalisé par ce dernier dans la zone de la première et qui

portent sur un manquement allégué à une obligation de la première partie contractante au titre de la partie III sont, dans la mesure du possible, réglés à l'amiable.

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

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

ou

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

ou

c) conformément aux paragraphes suivants du présent article.

[...]

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

[...] »

B. Le droit français

9. Selon l'article 1520 du code de procédure civile français, le recours en annulation à l'encontre d'une sentence arbitrale rendue en France n'est ouvert que, notamment, si le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent.

III. Les faits à l'origine du litige au principal, les questions préjudicielles et la procédure devant la Cour

10. En exécution de deux contrats conclus les 1^{er} et 24 février 1999, la société Ukrenerg, producteur d'électricité ukrainien, vendait de l'électricité à la société Energoalians, distributeur d'électricité ukrainien, qui la revendait ensuite à Derimen Properties Limited (ci-après « Derimen »), société immatriculée aux Îles Vierges britanniques, laquelle la revendait à son tour à la société Moldtranselectro, entreprise publique moldave. Les volumes d'électricité à fournir étaient définis chaque mois directement entre Moldtranselectro et Ukrenerg, qui fournissait cette électricité dans les conditions « DAF Incoterms 1990 », c'est-à-dire jusqu'à la frontière entre l'Ukraine et la Moldavie, côté Ukraine.

11. L'électricité a été fournie au cours des années 1999 et 2000, sauf de mai à juillet 1999. Pour chaque mois de fourniture, Energoalians devait être payée par Derimen, qui elle-même devait percevoir le paiement de Moldtranselectro. Les prix applicables aux paiements étaient fixés par des avenants au contrat du 24 février 1999, aux termes desquels le prix payé à Derimen par Moldtranselectro était environ deux fois supérieur à celui payé à Energoalians par Derimen.

12. Derimen a payé à Energoalians le prix de toute l'électricité achetée, alors que Moldtranselectro n'a réglé que partiellement Derimen.

13. Par un contrat du 30 mai 2000, Derimen a cédé à Energoalians la créance qu'elle détenait à l'égard de Moldtranselectro.

14. Moldtranselectro a partiellement réglé sa dette en cédant à Energoalians plusieurs créances qu'elle détenait. Energoalians a alors tenté, en vain, d'obtenir le paiement du restant de sa créance en saisissant les juridictions moldaves puis ukrainiennes.

15. Estimant que certains agissements de la République de Moldavie constituaient des violations caractérisées des engagements pris au titre du TCE, Energoalians a engagé la procédure d'arbitrage prévue à l'article 26 de ce traité.

16. Par une sentence rendue à Paris le 25 octobre 2013 à la majorité, le tribunal arbitral ad hoc s'est reconnu compétent et, estimant que la République de Moldavie avait méconnu ses engagements découlant du TCE, l'a condamnée à payer une certaine somme à Energoalians sur le fondement de ce traité. Le président du tribunal arbitral ad hoc a, quant à lui, exprimé une opinion dissidente quant à la compétence du tribunal arbitral.

17. La République de Moldavie a formé un recours en annulation de cette sentence, invoquant une violation d'une disposition d'ordre public, à savoir celle concernant la compétence du tribunal arbitral ad hoc, conformément à l'article 1520 du code de procédure civile français.

18. Par arrêt du 12 avril 2016, la cour d'appel de Paris (France) a annulé la sentence au motif que le tribunal arbitral s'était déclaré à tort compétent. Elle a jugé que le différend entre Energoalians et la République de Moldavie portait sur une créance, cédée par Derimen, ayant pour seul objet la vente d'électricité. Or, en l'absence de tout apport, une telle créance ne pouvait, selon elle, être considérée comme étant un investissement au sens du TCE et, par conséquent, ne pouvait fonder la compétence du tribunal arbitral.

19. Sur pourvoi formé par Komstroy, venue aux droits d'Energoalians par acte de transfert du 6 octobre 2014, la Cour de cassation (France) a, par arrêt du 28 mars 2018, cassé et annulé en toutes ses dispositions l'arrêt du 12 avril 2016 et renvoyé les parties devant la cour d'appel de Paris, autrement composée.

20. Devant cette dernière, la République de Moldavie soutient que le tribunal arbitral aurait dû décliner sa compétence en l'absence d'un « investissement » au sens du TCE, « réalisé par » une entreprise d'une partie contractante au TCE, « dans la zone de » la Moldavie. Elle fait valoir que la créance acquise par Energoalians auprès de Derimen n'est pas un « investissement » au sens de l'article 26, paragraphe 1, du TCE, lu à la lumière de l'article 1^{er}, point 6, de ce traité, et ne pouvait donc faire l'objet d'une procédure arbitrale, celle-ci n'étant prévue que pour la partie III du TCE concernant, précisément, les investissements. Ensuite, même à supposer que cette créance puisse constituer un investissement, celui-ci n'aurait pas été « réalisé par » une entreprise d'une partie

contractante, Derimen étant une entreprise des Îles Vierges britanniques. Enfin, et en tout état de cause, ladite créance se rapporterait à une opération de vente d'électricité n'ayant pas été réalisée « dans la zone » de la Moldavie, l'électricité étant vendue et acheminée uniquement jusqu'à la frontière entre l'Ukraine et la Moldavie, côté ukrainien.

21. Komstroy considère en revanche que le tribunal arbitral était compétent, conformément à l'article 26 du TCE, toutes les conditions posées par cette disposition étant satisfaites dès lors qu'il était en cause un investissement réalisé dans la zone de la Moldavie.

22. Compte tenu de ce qui précède, la cour d'appel de Paris a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

- « 1) [L'article 1^{er}, point 6, du TCE] doit-il être interprété en ce sens qu'une créance issue d'un contrat de vente d'électricité qui n'a impliqué aucun apport de la part de l'investisseur dans l'[État] d'accueil peut constituer un "investissement" au sens de cet article ?
- 2) [L'article 26, paragraphe 1, du TCE] doit-il être interprété en ce que constitue un investissement l'acquisition par un investisseur d'une partie contractante d'une créance constituée par un opérateur économique étranger aux États parties ?
- 3) [L'article 26, paragraphe 1, du TCE] doit-il être interprété en ce sens qu'une créance appartenant à un investisseur, issue d'un contrat de vente d'électricité livrée à la frontière de l'État hôte, peut constituer un investissement réalisé dans la zone d'une autre partie contractante, en l'absence de toute activité économique exercée par l'investisseur sur le territoire de cette dernière ? »

23. Des observations écrites ont été déposées par la République de Moldavie, les gouvernements allemand, espagnol et polonais, ainsi que par la Commission européenne.

24. Au cours de l'audience qui s'est tenue le 17 novembre 2020, des observations orales ont été présentées au nom de la République de Moldavie, de Komstroy, des gouvernements français, allemand, espagnol, italien, hongrois, néerlandais, polonais, finlandais et suédois, ainsi que du Conseil de l'Union européenne et de la Commission.

IV. Analyse

25. La présente affaire présente un caractère inédit. D'une part, les questions préjudicielles posées par la juridiction de renvoi ont pour objet l'interprétation de certaines dispositions du TCE dont la Cour n'a jamais eu, à ce jour, à connaître. D'autre part, le litige au principal oppose un pays tiers à l'Union, la République de Moldavie, à une entreprise d'un autre pays tiers, l'Ukraine.

26. Dès lors, la compétence de la Cour pour répondre aux questions posées pourrait être débattue, s'agissant d'interpréter une convention internationale, dans le cadre d'un litige présentant, à première vue tout du moins, les caractéristiques de ce que l'on pourrait nommer une situation « purement externe ».

27. Il me faut donc, avant de traiter du fond des questions préjudicielles (B), examiner si la compétence de la Cour est établie (A).

A. Sur la compétence de la Cour

28. D'emblée, je rappelle que l'article 267 TFUE prévoit que la Cour est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation des actes pris par les institutions de l'Union, étant entendu qu'un accord international conclu par le Conseil, conformément aux articles 217 et 218 TFUE, constitue un tel acte. Les dispositions d'un tel accord formant partie intégrante, à partir de l'entrée en vigueur de celui-ci, de l'ordre juridique de l'Union, la Cour est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation de cet accord⁵.

29. Le TCE ayant été signé par et approuvé au nom de l'Union, cet accord doit être considéré comme un acte pris par les institutions de l'Union au sens de l'article 267 TFUE. La Cour est ainsi, à première vue, compétente pour statuer sur les dispositions du TCE.

30. Une telle constatation ne suffit cependant pas à assurer la compétence de la Cour. En effet, l'affaire au principal n'implique ni l'Union, ni les États membres. Il y a donc lieu d'examiner si cet élément est susceptible d'avoir une incidence sur la compétence de la Cour pour répondre aux questions préjudicielles.

1. La jurisprudence relative à l'interprétation des dispositions d'un accord international pour ce qui relève de leur application hors de l'ordre juridique de l'Union

31. La jurisprudence a apporté certaines précisions quant à la compétence de la Cour pour interpréter un accord international. Notamment, dans les arrêts Andersson et Wåkerås-Andersson⁶ et Salzman⁷, la Cour a jugé, au sujet des dispositions de l'accord sur l'Espace économique européen, du 2 mai 1992 (JO 19941, p. 3, ci-après l'« accord EEE »), que la Cour n'est pas compétente pour se prononcer sur l'interprétation d'un accord pour ce qui relève de son application dans les pays tiers.

32. Transposée à l'affaire au principal, une telle jurisprudence conduirait la Cour à décliner sa compétence pour se prononcer sur l'interprétation du TCE s'agissant d'un litige opposant une société d'un pays tiers à un autre pays tiers. Toutefois, je ne crois pas que, en l'espèce, une telle solution s'impose.

33. La conclusion à laquelle est parvenue la Cour dans les arrêts Andersson et Wåkerås-Andersson⁸ et Salzman⁹, à savoir qu'elle n'était pas compétente pour interpréter les dispositions de l'accord EEE, ne saurait se comprendre isolément, sans une étude des motifs ayant conduit à cette conclusion. Son raisonnement est fondé sur deux éléments.

34. D'une part, la Cour a exposé que sa compétence pour interpréter des dispositions du droit de l'Union ne vaut que pour l'Union¹⁰. Autrement dit, la Cour ne se reconnaît pas compétente pour interpréter des dispositions qui ont vocation à s'appliquer à l'extérieur de l'ordre juridique de l'Union.

⁵ Arrêts du 30 avril 1974, Haegeman (181/73, EU:C:1974:41, points 2 et 4) ; du 15 juin 1999, Andersson et Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, point 26), ainsi que du 7 juin 2018, KP (C-83/17, EU:C:2018:408, point 24).

⁶ Arrêt du 15 juin 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307, point 28).

⁷ Arrêt du 15 mai 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283, point 66).

⁸ Arrêt du 15 juin 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307).

⁹ Arrêt du 15 mai 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283).

¹⁰ Arrêts du 15 juin 1999, Andersson et Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, point 28), ainsi que du 15 mai 2003, Salzman (C-300/01, EU:C:2003:283, point 66).

35. D'autre part, l'incompétence de la Cour est également justifiée par l'attribution, dans le texte même de l'accord EEE, d'une compétence d'interprétation des dispositions de cet accord à la Cour de l'Association européenne de libre-échange (AELE)¹¹, pour ce qui concerne son application à l'extérieur de l'ordre juridique de l'Union, tout en assurant qu'une telle interprétation soit conforme à la jurisprudence de la Cour. En effet, il ressort des dispositions de l'accord EEE, en raison des liens étroits de cet accord avec l'ordre juridique de l'Union, qu'elles doivent, dans la mesure où elles sont identiques en substance aux règles correspondantes des traités et des actes pris en application, être interprétées conformément à la jurisprudence de la Cour¹².

36. Le raisonnement suivi par la Cour dans les arrêts Andersson et Wåkerås-Andersson¹³ et Salzmänn¹⁴ me semble donc guidé par l'objectif du mécanisme de renvoi préjudiciel prévu à l'article 267 TFUE, qui vise précisément à prévenir des divergences dans l'interprétation du droit de l'Union au sein de son ordre juridique¹⁵.

37. Or, un tel objectif a également permis de justifier la compétence de la Cour pour interpréter des dispositions du droit de l'Union dans le cadre de litiges qui ne relèvent pas strictement de l'ordre juridique de l'Union. Notamment, la Cour a jugé dans l'arrêt Hermès que lorsqu'une disposition peut trouver à s'appliquer aussi bien à des situations relevant du droit de l'Union qu'à des situations n'en relevant pas, il existe un intérêt de l'Union certain à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, cette disposition reçoive une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elle est appelée à s'appliquer. Elle s'est ainsi reconnue compétente pour interpréter une disposition d'un accord international auquel l'Union est partie dans une situation ne relevant pas du droit de l'Union¹⁶.

38. Dans ces conditions, les arrêts Andersson et Wåkerås-Andersson¹⁷ et Salzmänn¹⁸ ne sauraient être compris comme excluant de manière systématique la compétence de la Cour pour interpréter des dispositions du droit de l'Union dans le cadre de litiges extérieurs à l'ordre juridique de l'Union. Cette compétence est en effet généralement reconnue lorsque la disposition dont l'interprétation est demandée a vocation à s'appliquer aussi bien à des situations qui relèvent du droit de l'Union qu'à des situations n'en relevant pas.

2. Les spécificités du TCE et leur incidence sur la transposition de la jurisprudence s'y rapportant au cas d'espèce

39. Le TCE présente en outre des spécificités certaines, à deux titres, de sorte qu'il ne saurait être assimilé purement et simplement à l'accord EEE, à l'étude dans la jurisprudence que j'ai mentionnée.

¹¹ Arrêts du 15 juin 1999, Andersson et Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, point 29), et du 15 mai 2003, Salzmänn (C-300/01, EU:C:2003:283, point 67).

¹² Voir article 6 de l'accord EEE et quinzième alinéa du préambule de cet accord. Sur ce point également, voir Baudenbacher, C., « The Relationship Between the EFTA Court and the Court of Justice of the European Union », dans Baudenbacher, C. (éd.), *The Handbook of EEA Law*, Springer, 2016, p. 179 à 194.

¹³ Arrêt du 15 juin 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307).

¹⁴ Arrêt du 15 mai 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283).

¹⁵ Arrêts du 12 juin 2008, Gourmet Classic (C-458/06, EU:C:2008:338, point 20), et du 21 juillet 2011, Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506, point 60), ainsi que avis 1/09, du 8 mars 2011 (EU:C:2011:123, point 83).

¹⁶ Arrêt du 16 juin 1998, Hermès (C-53/96, EU:C:1998:292, point 32).

¹⁷ Arrêt du 15 juin 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307).

¹⁸ Arrêt du 15 mai 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283).

40. En premier lieu, le TCE n'institue aucune juridiction en charge d'assurer une interprétation uniforme de ses dispositions, de façon conforme à l'interprétation qu'en donne la Cour au sein de son ordre juridique. En effet, le TCE n'a vocation à être interprété qu'à l'occasion de règlements de différends par différentes juridictions, arbitrales ou étatiques des parties contractantes, qui ne peuvent donc prévenir des divergences d'interprétation¹⁹.

41. En second lieu, ainsi que l'ont relevé le gouvernement allemand dans ses observations écrites et la Commission lors de l'audience, le TCE, bien qu'étant un accord multilatéral, est constitué d'un ensemble d'obligations bilatérales entre les parties contractantes, parmi lesquelles l'Union et les États membres²⁰. Les obligations mises en place par le TCE permettent essentiellement la protection des investissements réalisés par des investisseurs d'une partie contractante dans une autre partie contractante²¹. La violation d'une de ces obligations n'entraîne donc pas que toutes les parties contractantes puissent toujours en demander la réparation, ces obligations ne s'exerçant que de façon bilatérale, entre deux parties contractantes²².

42. Le TCE institue ainsi un ensemble d'obligations bilatérales visant à régir, dans le domaine qu'il couvre, d'une part, les relations entre les parties contractantes, et, d'autre part, entre les investisseurs d'une partie contractante et la partie contractante dans la zone de laquelle les investissements ont été réalisés. Il en résulte que, en théorie, ces obligations pourraient également régir, au sein même de l'Union, les relations entre les États membres et, dès lors, s'appliquer au sein de l'ordre juridique de l'Union.

43. Ces deux spécificités du TCE, par rapport à l'accord EEE, limitent ainsi la possibilité de transposer la solution dégagée dans les arrêts Andersson et Wåkerås-Andersson²³ et Salzman²⁴, relative à l'incompétence de la Cour pour l'interprétation d'un accord international, dans des situations extérieures à l'ordre juridique de l'Union.

44. Dans la présente affaire, la juridiction de renvoi demande à la Cour de donner une interprétation de dispositions d'un accord international qui ne reçoivent pas d'interprétation uniforme et conforme à la jurisprudence de la Cour dans des litiges extérieurs à l'Union et qui pourraient, en principe, être également appliquées à des situations internes à l'ordre juridique de l'Union.

45. Dans ces conditions, je suis d'avis que l'intérêt de l'Union à ce que les dispositions du TCE reçoivent une interprétation uniforme ne saurait être exclu. J'en déduis ainsi que la compétence de la Cour pour répondre aux questions préjudicielles dans la présente affaire devrait, dans ces conditions, être reconnue.

¹⁹ En sont pour preuve les controverses existant dans la jurisprudence arbitrale quant à l'interprétation de la notion d'« investissement », visée par les présentes questions préjudicielles.

²⁰ À l'exception de la République italienne, parties au TCE.

²¹ Voir, à titre d'exemple, article 10, paragraphe 1, du TCE : « Chaque partie contractante encourage et crée [...] des conditions stables, équitables, favorables et transparentes pour la réalisation d'investissements dans sa zone par les investisseurs des autres parties contractantes. »

²² Sur la présence d'obligations bilatérales au sein de conventions multilatérales, voir arrêt de la Cour internationale de justice du 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light, and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, CIJ Recueil 1970, p. 3, points 33 et 35.

²³ Arrêt du 15 juin 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307, point 28).

²⁴ Arrêt du 15 mai 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283, point 66).

3. Les doutes quant à l'applicabilité des dispositions du TCE dans l'ordre juridique de l'Union

46. Il me faut encore ici tempérer cette affirmation. Une telle conclusion ne s'impose qu'à la condition que les dispositions dont l'interprétation est demandée sont effectivement applicables dans l'ordre juridique de l'Union. Si tel n'est pas le cas, l'intérêt de l'Union à leur interprétation uniforme ferait défaut, de même que la compétence de la Cour pour procéder à cette interprétation.

47. Or, d'une part, l'article 26 du TCE institue un mécanisme de règlement des différends entre investisseurs d'une partie contractante et une partie contractante permettant le recours à un tribunal arbitral. À cet égard, la Cour a jugé, dans l'arrêt *Achmea*²⁵, que le recours à un tribunal arbitral institué sur le fondement d'un traité de protection et de promotion des investissements conclu entre deux États membres n'est, au sein de l'ordre juridique de l'Union, pas permis. Dans ces conditions, cet arrêt me semble suggérer que l'article 26 du TCE ne serait jamais applicable au sein de l'ordre juridique de l'Union, de sorte que la Cour serait incompétente pour interpréter cette disposition.

48. Cependant, le TCE n'est pas pleinement assimilable au traité bilatéral d'investissement (ci-après le « TBI ») à l'étude dans l'arrêt *Achmea* et présente certaines spécificités qu'il est nécessaire de prendre en compte, afin de pouvoir apporter une réponse complète à la question de la compatibilité avec le droit de l'Union du mécanisme de règlement des différends qu'il institue. J'invite donc la Cour à saisir cette opportunité pour examiner les implications de cet arrêt sur l'applicabilité de l'article 26 du TCE, cette analyse étant nécessaire afin d'établir la compétence de la Cour pour répondre aux questions préjudicielles relatives à l'interprétation de cette disposition.

49. D'autre part, il est vrai que l'arrêt *Achmea* n'a pas tranché la question plus générale de la compatibilité avec le droit de l'Union des dispositions matérielles des traités de protection et de promotion des investissements, lorsqu'elles ont vocation à régir les relations entre les États membres. Cependant, cet arrêt a mis en lumière les difficultés relatives à l'existence de tels accords lorsqu'ils s'appliquent dans l'Union²⁶. La question se pose en effet de savoir si les dispositions matérielles peuvent être invoquées dans un litige opposant un investisseur d'un État membre et un autre État membre devant les juridictions de celui-ci. Il est donc nécessaire de vérifier si les dispositions matérielles du TCE peuvent, dans le sillage de l'arrêt *Achmea*, être jugées incompatibles avec le droit de l'Union et, ainsi, inapplicables au sein de son ordre juridique.

50. De telles vérifications permettront d'identifier l'intérêt de l'Union à l'interprétation uniforme des dispositions du TCE, de même que la compétence de la Cour pour répondre aux présentes questions préjudicielles.

²⁵ Point 60 et dispositif.

²⁶ Voir, à cet égard, communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 19 juillet 2018, relative à la protection des investissements intra-EU, COM(2018) 547 final.

a) L'applicabilité du mécanisme de règlement des différends institué à l'article 26, paragraphe 1, du TCE dans l'ordre juridique de l'Union

51. La question de la compatibilité avec le droit de l'Union de mécanismes de règlement des différends contenus dans des instruments conventionnels liant les États membres de l'Union est, depuis plusieurs années, au cœur de vifs débats, en doctrine²⁷ comme en pratique²⁸.

52. L'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Achmea* les aura reflétés, et illustre, s'il en était besoin, les relations conflictuelles qu'entretiennent le droit de l'Union et le droit de l'arbitrage d'investissement²⁹.

1) L'arrêt Achmea

53. Dans l'arrêt *Achmea*³⁰, la Cour a jugé que les articles 267 et 344 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition contenue dans un accord international conclu entre deux États membres aux termes de laquelle un investisseur de l'un de ces États membres peut, en cas de litige concernant des investissements dans l'autre État membre, introduire une procédure contre ce dernier État membre devant un tribunal arbitral, dont cet État membre s'est obligé à accepter la compétence.

54. En d'autres termes, la Cour a jugé incompatible avec le droit de l'Union une clause de règlement des différends contenue dans un TBI conclu entre deux États membres.

55. Dans cet arrêt, la Cour a fondé son raisonnement sur des principes fondateurs et incontestables du droit de l'Union. Elle a souligné, tout d'abord, qu'un accord international ne saurait porter atteinte à l'ordre des compétences fixé par les traités et, partant, à l'autonomie du système juridique de l'Union³¹. Elle a rappelé que l'autonomie du droit de l'Union se justifie en raison des caractéristiques essentielles de l'Union et de son droit, relatives, notamment, à la structure constitutionnelle de l'Union ainsi qu'à la nature même dudit droit³², caractérisé notamment par sa source autonome, que sont les traités, sa primauté, et son effet direct³³.

56. Ensuite, la Cour a précisé que le droit de l'Union repose ainsi 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. Elle a

²⁷ Voir, notamment, pour ce qui est de la doctrine antérieurement à l'arrêt *Achmea*, Eilmansberger, T., « Bilateral investment Treaties and EU Law », *Common Market Law Review*, 2009, vol. 46, n° 2, p. 383 à 429 ; Hindelang, S., « Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU's Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter-se Treaties ? The Case of Intra-EU Investment Arbitration », *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, vol. 39, n° 2, p. 179 à 206, et Miron, S., « The Last Bite of the BITs–Supremacy of EU Law versus Investment Treaty Arbitration », *European Law Journal*, 2013, vol. 20, n° 3, p. 332 à 345.

²⁸ Voir, à titre d'illustration, *Vattenfall AB e.a. c. Allemagne*, (affaire CIRDI n° ARB/12/12), décision sur *Achmea* du 31 août 2018 ; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Royaume d'Espagne*, (affaire CIRDI n° ARB/14/1), sentence du 16 mai 2018 ; *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand-Duché de Luxembourg), SICAR c. Royaume d'Espagne*, (affaire SCC n° 2015/063), sentence du 15 février 2018.

²⁹ Voir, notamment, Gaillard, E., « L'affaire *Achmea* ou les conflits de logiques », *Revue critique de droit international privé*, 2018, n° 3, p. 616 ; Hess, B., « The Fate of Investment Dispute Resolution after the *Achmea* Decision of the European Court of Justice », Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series, 2018, n° 3, p. 8, et Basedow, J., « *Achmea* judgment and the applicability of the Energy Charter Treaty in Intra-EU Investment Arbitration », *Journal of international economic Law*, 2020, vol. 23, n° 1, p. 271 à 292.

³⁰ Point 60 et dispositif.

³¹ Arrêt *Achmea*, point 32. Voir, également, avis 2/13, du 18 décembre 2014 (EU:C:2014:2454, point 201 et jurisprudence citée).

³² Arrêt *Achmea*, point 33.

³³ Arrêt *Achmea*, point 33.

par ailleurs relevé que 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 œuvre³⁴.

57. Enfin, la Cour a rappelé que, pour garantir la préservation des caractéristiques spécifiques et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, les traités ont institué un système juridictionnel destiné à assurer la cohérence et l'unité dans l'interprétation du droit de l'Union³⁵. Elle a indiqué, en outre, que la clé de voûte de ce système est constituée par la procédure du renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE, qui a pour but d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union permettant ainsi d'assurer sa cohérence, son plein effet, et son autonomie, ainsi que, en dernière instance, le caractère propre du droit institué par les traités³⁶.

58. Sur la base de ces principes, la Cour a relevé, d'une part, que le tribunal arbitral institué sur le fondement des dispositions du TBI en cause était amené à interpréter, voire à appliquer, le droit de l'Union³⁷. D'autre part, elle a jugé que le tribunal arbitral en cause se situait hors du système juridictionnel de l'Union, de sorte que le mécanisme de règlement des différends institué par le TBI était susceptible d'exclure que des litiges, alors même qu'ils pourraient concerner l'interprétation ou l'application du droit de l'Union, soient tranchés de manière à garantir la pleine efficacité des normes de l'Union³⁸.

59. La Cour a relevé que tel était le cas même si le droit des États membres prévoit la possibilité pour les juridictions nationales de contrôler la sentence arbitrale, dès lors qu'un tel contrôle est limité et ne peut s'opérer que dans la mesure où le droit national le permet. En ce sens, dans l'arrêt *Achmea*, la Cour a opéré une distinction entre un mécanisme de règlement des différends contenu dans une convention liant deux États membres et l'arbitrage commercial, lequel a précisément été jugé compatible avec le droit de l'Union dans la mesure où les dispositions fondamentales de droit de l'Union peuvent être examinées dans le cadre du contrôle des sentences arbitrales par les juridictions nationales et, le cas échéant, faire l'objet d'un renvoi préjudiciel³⁹.

60. Je souligne en effet qu'il existe une différence fondamentale entre ces deux mécanismes. Une procédure d'arbitrage commercial suppose l'exercice par chaque partie de son autonomie. Elle implique la conclusion d'une convention d'arbitrage soit simultanément à la conclusion du contrat pour lequel les litiges y relatifs seront soumis à l'arbitrage, soit une fois le litige né. Autrement dit, la compétence du tribunal, dans l'arbitrage commercial, découle toujours d'une convention d'arbitrage relative à un litige précisément défini dans celle-ci. On ne saurait considérer que la compétence d'un tel tribunal arbitral relève du système de la protection juridictionnelle accordée par l'État. Elle résulte plutôt de l'autonomie de chaque partie impliquée dans le commerce⁴⁰. C'est en effet de cette autonomie que découle la possibilité pour les parties de décider de régler les litiges par le recours à l'arbitrage commercial.

³⁴ 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).

³⁵ Arrêt *Achmea*, point 35. Voir, également, avis 2/13, du 18 décembre 2014 (EU:C:2014:2454, point 174).

³⁶ Arrêt *Achmea*, point 37. Voir, également, avis 2/13, du 18 décembre 2014 (EU:C:2014:2454, point 176 ainsi que jurisprudence citée).

³⁷ Arrêt *Achmea*, points 39 à 42.

³⁸ Arrêt *Achmea*, points 42 à 56.

³⁹ Arrêt *Achmea*, points 45 et 55.

⁴⁰ Voir, en ce sens, Basedow, J., « EU Law in International Arbitration : Referrals to the European Court of Justice », *Journal of International Arbitration*, 2015, vol. 32, n° 4, p. 367 à 386, en particulier p. 370.

61. En revanche, le mécanisme de règlement des différends contenu dans un accord international répond à une logique différente⁴¹. Dans cette hypothèse, ce mécanisme constitue une offre d'arbitrage générale et permanente, qu'il appartiendra à la partie opposée d'accepter ou non. Autrement dit, par ce mécanisme, l'État renonce à la possibilité qu'un litige l'opposant à un investisseur d'un autre État membre et relevant du champ d'application de cet accord soit tranché par les juridictions étatiques. Cette renonciation a un caractère systémique, en ce qu'elle peut concerner tous les litiges relevant du champ d'application de cet accord. Ce faisant, l'État crée un mécanisme de protection juridictionnelle, extérieur au système juridictionnel accordé par celui-ci.

62. C'est précisément cet aspect des mécanismes d'arbitrage d'investissement prévus par des accords entre États membres que la Cour vise dans l'arrêt *Achmea* : il n'est en effet pas admis que les États membres puissent soustraire au système juridictionnel de l'Union, par l'intermédiaire d'un engagement international, de façon systématique, un ensemble de litiges portant sur l'interprétation ou l'application du droit de l'Union.

63. Dans ces conditions, la Cour a jugé que le mécanisme de règlement des différends en question est de nature à remettre en cause, outre le principe de confiance mutuelle entre les États membres, la préservation du caractère propre du droit institué par les traités, assurée par la procédure du renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE, et n'est dès lors pas compatible avec le principe de coopération loyale⁴². Selon elle, il en résulte que le mécanisme de règlement des différends contenu dans le TBI en cause, en vertu duquel n'importe quel investisseur d'un État membre peut introduire une procédure contre le second État membre devant un tribunal arbitral, porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union⁴³.

64. Cette solution est finalement l'expression exacte de l'autonomie du droit de l'Union⁴⁴, elle-même fondée sur l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres, lesquels partagent un ensemble de valeurs et reconnaissent le partage effectif de ces valeurs. Ainsi, les États membres sont tenus de considérer, sauf dans des circonstances exceptionnelles, que tous les autres États membres de l'Union 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 européenne⁴⁵.

65. Autrement dit, c'est précisément parce qu'il est admis et reconnu, dans l'ordre juridique de l'Union, que les États membres respectent un ensemble de valeurs et de droits, au titre desquels l'État de droit et le droit à un recours effectif énoncé, qu'il est également garanti que les investisseurs des États membres sont, de façon certaine, suffisamment protégés⁴⁶ dans l'ordre juridique de l'Union, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de recourir à un système extérieur aux systèmes juridictionnels des États membres⁴⁷.

⁴¹ Sur l'originalité du mécanisme, voir Kessedjian, C., et Pironon, V., *Droit du commerce international*, 2^e éd., Thémis, PUF, 2020, p. 209.

⁴² Arrêt *Achmea*, point 58.

⁴³ Arrêt *Achmea*, point 59.

⁴⁴ Hess, B., op. cit., p. 8.

⁴⁵ Avis 1/17 (Accord ECG UE-Canada), du 30 avril 2019 (EU:C:2019:341, point 128 et jurisprudence citée).

⁴⁶ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 19 juillet 2018, relative à la protection des investissements intra-EU, COM(2018) 547 final.

⁴⁷ Il ne s'agit pas ici de nier que les tribunaux arbitraux en droit des investissements ont pu contribuer au respect de l'État de droit. À cet égard, 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*, 2018, n° 55, p. 1025 à 1060. Néanmoins, une telle contribution n'est pas comparable à l'assurance entre les États membres de l'Union de la reconnaissance et du respect des valeurs fondamentales sur lesquelles est fondée l'Union, parmi lesquelles le respect de l'État de droit et le droit à un recours effectif devant un tribunal indépendant.

66. L'importance de ces valeurs, en particulier de l'État de droit, est d'ailleurs rappelée par la Cour dans différentes affaires⁴⁸, mettant en exergue le rôle des institutions de l'Union, en particulier celui de la Commission, chargées de veiller à leur respect.

67. L'arrêt *Achmea* a ainsi mis fin aux interrogations entourant les rapports entre le droit de l'Union et les mécanismes de règlement des différends contenus dans des TBI conclus entre deux États membres.

68. La quasi-totalité des États membres ont d'ailleurs par la suite pris acte de cette décision, en signifiant par différentes déclarations⁴⁹ leur intention de dénoncer les TBI existant entre les États membres. Ces déclarations ont été suivies par la conclusion, par 23 États membres, le 5 mai 2020, d'un accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres de l'Union⁵⁰.

69. Il me faut aussi préciser que l'incompatibilité d'un mécanisme d'arbitrage d'investissement prévu par un accord international avec le droit de l'Union résulte directement du principe de primauté du droit de l'Union. Il en découle son inapplicabilité dans l'ordre juridique de l'Union, sans aucune limitation temporelle, de sorte que la compétence d'un tribunal arbitral sur ce fondement ne saurait être reconnue.

2) *La portée de l'arrêt Achmea à l'égard du TCE*

70. L'arrêt *Achmea* ne règle cependant toutes les questions relatives aux relations entre l'arbitrage d'investissement et le droit de l'Union. En particulier, dans cette affaire était en cause un traité bilatéral, auquel étaient parties deux États membres. Le TCE, bien que prévoyant un mécanisme de règlement des différends semblable à celui en cause dans l'arrêt *Achmea* en ce qu'il permet le recours à un tribunal arbitral, est, quant à lui, un traité multilatéral auquel l'Union et les États membres sont parties.

71. Ces différences ont limité la transposition automatique de la solution dégagée pour ce qui concerne les TBI au mécanisme de règlement des différends prévu à l'article 26 du TCE. Les déclarations successives des États membres à cet égard illustrent justement les divergences

⁴⁸ Je songe en particulier aux arrêts du 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (C-64/16, EU:C:2018:117, points 32 et 33) ; du 24 juin 2019, *Commission/Pologne (Indépendance de la Cour suprême)* (C-619/18, EU:C:2019:531, points 43 et 47), et du 5 novembre 2019, *Commission/Pologne (Indépendance des juridictions de droit commun)* (C-192/18, EU:C:2019:924, point 98).

⁴⁹ Déclarations des représentants des gouvernements des États membres des 15 et 16 janvier 2019, relatives aux conséquences juridiques de l'arrêt *Achmea* rendu par la Cour de justice et à la protection des investissements dans l'Union européenne, <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf> ; <<https://2015-2019.kormany.hu/download/5/1b/81000/Hungarys%20Declaration%20on%20Achmea.pdf>> ; et <<https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7327320/achmea-declaration.pdf>>.

⁵⁰ Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres de l'Union européenne (JO 2020, L 169, p. 1). L'accord a été conclu par l'ensemble des États membres, à l'exception de l'Irlande, de la République d'Autriche, de la République de Finlande et du Royaume de Suède.

existantes quant à la possibilité d'étendre la portée de l'arrêt Achmea au mécanisme de règlement des différends prévu par le TCE⁵¹ et, plus fondamentalement, quant à la compatibilité de l'article 26 du TCE avec le droit de l'Union.

72. Il importe dès lors de déterminer si le raisonnement de la Cour dans l'arrêt Achmea peut s'appliquer s'agissant de la compatibilité du mécanisme de règlement des différends prévu à l'article 26 du TCE. À cet égard, les gouvernements français, allemand, espagnol, italien, néerlandais, polonais ainsi que la Commission ont soutenu qu'une telle solution devait être retenue et que l'incompatibilité de l'article 26 du TCE avec le droit de l'Union implique son inapplicabilité dans l'ordre juridique de l'Union. Pour leur part, les gouvernements hongrois, finlandais et suédois ont, lors de l'audience, défendu l'idée selon laquelle la solution dégagée dans l'arrêt Achmea ne pouvait être appliquée au mécanisme de règlement des différends institué à l'article 26 du TCE.

73. Je suis d'avis que le mécanisme de règlement des différends prévu à l'article 26 du TCE, en ce qu'il permet le recours à un tribunal arbitral, conduit assurément à un résultat semblable au mécanisme de règlement des différends en cause dans l'arrêt Achmea, jugé incompatible avec le droit de l'Union.

74. En premier lieu, je relève que, à l'instar du mécanisme de règlement des différends en cause dans l'arrêt Achmea, l'article 26 du TCE permet de soumettre à un tribunal arbitral d'investissements des différends susceptibles d'être relatifs à l'interprétation du droit de l'Union.

75. En effet, l'article 26, paragraphe 6, du TCE prévoit que le tribunal arbitral statue sur les questions litigieuses conformément au TCE et aux « règles et principes applicables de droit international ». Or, contrairement à ce que soutiennent les gouvernements finlandais et suédois, et ainsi que l'a jugé la Cour dans l'arrêt Achmea⁵², compte tenu de la nature et des caractéristiques du droit de l'Union, ce droit doit être considéré à la fois comme faisant partie du droit en vigueur dans tout État membre et comme étant issu d'un accord international entre les États membres. À ce titre, le tribunal arbitral institué conformément à l'article 26 du TCE est, le cas échéant, amené à interpréter, voire à appliquer, le droit de l'Union.

76. En second lieu, je suis d'avis que le tribunal arbitral institué conformément à l'article 26 du TCE, même dans un litige introduit par un investisseur d'un État membre contre un autre État membre, se situe hors du système juridictionnel de l'Union⁵³.

⁵¹ Tandis que le Royaume de Belgique, la République de Bulgarie, la République tchèque, le Royaume de Danemark, la République fédérale d'Allemagne, la République d'Estonie, l'Irlande, la République hellénique, le Royaume d'Espagne, la République française, la République de Croatie, la République italienne, la République de Chypre, la République de Lettonie, la République de Lituanie, le Royaume des Pays-Bas, la République d'Autriche, la République de Pologne, la République portugaise, la Roumanie, la République slovaque, et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ont tous déclaré estimer que la clause de règlement des différends du TCE était incompatible avec le droit de l'Union, le Grand-Duché de Luxembourg, la République de Malte, la République de Slovénie, la République de Finlande et le Royaume de Suède ont expressément émis une réserve quant à la possibilité de transposer la solution dégagée dans cet arrêt au mécanisme de règlement des différends du TCE. La Hongrie, quant à elle, a déclaré considérer que cette solution ne saurait s'appliquer au mécanisme de règlement des différends de l'article 26 du TCE. Voir déclarations des représentants des gouvernements des États membres des 15 et 16 janvier 2019, relatives aux conséquences juridiques de l'arrêt Achmea rendu par la Cour de justice et à la protection des investissements dans l'Union européenne, <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf> ; <<https://2015-2019.kormany.hu/download/5/1b/81000/Hungarys%20Declaration%20on%20Achmea.pdf>> ; et <<https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7327320/achmea-declaration.pdf>>.

⁵² Point 41.

⁵³ Si je n'ai pas exclu d'emblée l'idée opposée avant l'arrêt Achmea dans le cadre de mes activités académiques, je m'en remets désormais au raisonnement de la Cour à cet égard. Voir Szpunar, M., « Referrals of Preliminary Questions by Arbitral Tribunals to the CJEU », dans Ferrari, F. (éd.), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, Juris, 2017, p. 85 à 124.

77. En effet, ce tribunal arbitral ne constitue pas un élément du système juridictionnel des États membres et c'est précisément ce caractère dérogatoire qui justifie l'existence d'un tel mécanisme de règlement des différends. Il ne constitue pas davantage une juridiction commune à plusieurs États membres, dès lors qu'il ne présente aucun lien avec les systèmes juridictionnels des États membres.

78. Dans ces conditions, le tribunal arbitral institué conformément à l'article 26 du TCE ne saurait être considéré comme une « juridiction d'un des États membres », au sens de l'article 267 TFUE, et n'est pas habilité à saisir la Cour à titre préjudiciel. Les décisions d'un tel tribunal ne sont donc pas soumises à des mécanismes de nature à assurer réellement la pleine efficacité des normes de l'Union⁵⁴.

79. Il en résulte que, à l'instar du mécanisme de règlement des différends jugé incompatible avec le droit de l'Union dans l'arrêt *Achmea*, l'article 26 du TCE, en ce qu'il permet le recours à un tribunal arbitral, porte, à mon sens, atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et est, à ce titre, également incompatible avec le droit de l'Union.

80. Une telle conclusion n'est remise en cause ni par les spécificités du TCE, ayant conduit à douter de l'application de l'arrêt *Achmea* au mécanisme de règlement des différends qu'il prévoit, ni par la jurisprudence plus récente de la Cour, invoquée notamment par les gouvernements hongrois, finlandais et suédois lors de l'audience.

i) L'absence d'incidence des spécificités du TCE par rapport à un TBI

81. Il est vrai que, à la différence d'un TBI tel que celui visé dans l'arrêt *Achmea*, l'Union est elle-même partie au TCE et est donc liée par ce dernier. En outre, je relève que la Cour a, dans cet arrêt, expressément souligné que le mécanisme de règlement des différends était prévu par un accord conclu « non pas par l'Union, mais par des États membres »⁵⁵. Est-ce que cela implique nécessairement que la même solution ne pourrait pas s'appliquer s'agissant d'un accord international conclu par les États membres *et* l'Union ? Je ne le crois pas.

82. À cet égard, je relève qu'il est constant qu'un accord international prévoyant la création d'une juridiction chargée de l'interprétation de ses dispositions et dont les décisions lient les institutions, y compris la Cour, n'est, en principe, pas incompatible avec le droit de l'Union. En effet, la compétence de l'Union en matière de relations extérieures et sa capacité à conclure des accords internationaux comportent nécessairement la faculté de se soumettre aux décisions d'une juridiction créée ou désignée en vertu de tels accords, pour ce qui concerne l'interprétation et l'application de leurs dispositions⁵⁶.

83. Néanmoins, une telle faculté ne peut être admise qu'à la condition que l'autonomie de l'Union et de son ordre juridique soit respectée⁵⁷. Or, ainsi que je l'ai indiqué aux points 78 et 79 des présentes conclusions, le mécanisme de règlement des différends prévu à l'article 26 du TCE, en ce qu'il permet le recours à l'arbitrage, porte précisément atteinte à l'autonomie du droit de l'Union. Dans ces conditions, le fait que l'Union soit également partie au TCE ne saurait avoir une incidence sur ce constat.

⁵⁴ Arrêt *Achmea*, point 43 et jurisprudence citée.

⁵⁵ Arrêt *Achmea*, point 58.

⁵⁶ Avis 1/91 (Accord EEE – I), du 14 décembre 1991 (EU:C:1991:490, points 40 et 70) ; avis 1/09, du 8 mars 2011 (EU:C:2011:123, points 74 et 76), et avis 2/13, du 18 décembre 2014 (EU:C:2014:2454, points 182 et 183).

⁵⁷ Avis 2/13, du 18 décembre 2014 (EU:C:2014:2454, point 183), et arrêt *Achmea*, point 57.

ii) La distinction avec l'avis 1/17

84. Enfin, les gouvernements hongrois, finlandais et suédois ont fait valoir lors de l'audience que l'avis 1/17 (Accord ECG UE-Canada)⁵⁸ avait introduit une nouvelle grille d'analyse des mécanismes de règlement des différends extérieurs au système juridictionnel de l'Union. Un tel mécanisme ne serait pas en lui-même incompatible avec le droit de l'Union, pourvu qu'il ne permette pas l'interprétation ou l'application des dispositions du droit de l'Union par un tribunal extérieur au système juridictionnel de l'Union et que les sentences que ce dernier rend ne puissent pas avoir pour effet d'empêcher les institutions de l'Union de fonctionner conformément au cadre constitutionnel de celle-ci.

85. Cependant, une telle argumentation ne saurait convaincre. D'une part, ainsi qu'exposé aux points 74 et 75 des présentes conclusions, je suis d'avis que l'article 26 du TCE permet précisément l'interprétation ou l'application des dispositions du droit de l'Union par un tribunal arbitral extérieur au système juridictionnel de l'Union. L'article 26 du TCE diffère en outre du mécanisme de règlement des différends prévu par l'accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part (ci-après l'« AECG »), en ce que ce dernier prévoit une réserve expresse s'agissant de l'interprétation du droit de l'Union⁵⁹, une telle réserve n'existant pas en vertu de l'article 26 du TCE.

86. D'autre part, et surtout, je relève que, dans l'avis 1/17 (Accord ECG UE-Canada)⁶⁰, le raisonnement de la Cour à l'égard du mécanisme de règlement des différends contenu dans l'AECG ne saurait aucunement influencer l'analyse de l'article 26 du TCE. Ainsi que l'a relevé la Cour dans cet avis, la question de la compatibilité, avec le droit de l'Union, de l'instauration ou du maintien d'un tribunal d'investissement par un accord liant entre eux les États membres diffère de celle de la compatibilité, avec ce droit, de l'instauration d'un tel tribunal par un accord entre l'Union et les États tiers⁶¹. L'argumentation des gouvernements hongrois, finlandais et suédois ne pourrait donc prospérer que si le TCE ne régissait que les relations entre l'Union et les États tiers.

87. En effet, tandis que les États membres sont tenus au respect du principe de confiance mutuelle, un tel principe ne s'applique aucunement dans les relations entre l'Union et les États tiers. Plus précisément, les relations avec les États tiers ne sont pas fondées sur la prémisse fondamentale que chaque État membre partage avec tous les autres États membres et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui une série de valeurs communes et, donc, respectent le droit de l'Union qui les met en œuvre. Ainsi que l'a relevé l'avocat général Bot, dans le cadre d'un accord avec des États tiers, chacune des parties contractantes ne fait pas nécessairement confiance au système juridictionnel de l'autre partie pour assurer le respect des règles contenues dans l'accord⁶². L'absence de confiance mutuelle, telle qu'elle existe au sein de l'Union, est précisément la raison pour laquelle les parties contractantes décident de s'entendre sur un mécanisme neutre de règlement des différends⁶³. Un tel mécanisme, extérieur aux deux parties, permet d'assurer la

⁵⁸ Avis du 30 avril 2019 (EU:C:2019:341).

⁵⁹ Avis 1/17 (Accord ECG UE-Canada), du 30 avril 2019 (EU:C:2019:341, point 131).

⁶⁰ Avis du 30 avril 2019 (EU:C:2019:341).

⁶¹ Avis 1/17 (Accord ECG UE-Canada), du 30 avril 2019 (EU:C:2019:341, point 127).

⁶² Conclusions de l'avocat général Bot dans l'avis 1/17 (Accord ECG UE-Canada, EU:C:2019:72, point 82).

⁶³ Conclusions de l'avocat général Bot dans l'avis 1/17 (Accord ECG UE-Canada, EU:C:2019:72, point 84). Sur ce point, voir également, Lenaerts, K., « Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue », *Yearbook of European Law*, 2019, vol. 38, p. 12.

confiance des parties contractantes pour ce qui concerne l'application de l'accord, sans que cette confiance puisse se confondre avec la confiance mutuelle, qui structure les relations au sein de l'ordre juridique de l'Union.

88. Dans ces conditions, l'avis 1/17 (Accord ECG UE-Canada)⁶⁴ n'a pas d'incidence sur l'analyse, à la lumière des principes dégagés dans l'arrêt Achmea, du mécanisme de règlement des différends prévu à l'article 26 du TCE, en ce qu'il permet le recours à un tribunal arbitral, dès lors que cet accord régit les relations entre les États membres.

3) Conclusion sur l'applicabilité de l'article 26 du TCE dans l'ordre juridique de l'Union

89. Il résulte de tout ce qui précède que le mécanisme de règlement des différends prévu à l'article 26 du TCE est, à mon sens, incompatible avec le droit de l'Union, en ce qu'il permet à un tribunal arbitral situé en dehors du système juridictionnel de l'Union, à l'occasion d'un litige opposant un investisseur d'un État membre à un autre État membre, d'interpréter ou d'appliquer le droit de l'Union et remet en cause, par là même, le principe de confiance mutuelle entre les États membres et la préservation du caractère propre du droit institué par les traités, en même temps qu'il porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union. Dans cette mesure, l'article 26 du TCE n'a donc pas vocation à s'appliquer au sein de l'ordre juridique de l'Union.

90. Cela étant, l'impossibilité pour un investisseur d'un État membre de recourir à l'arbitrage dans un litige l'opposant à un autre État membre n'implique pas que l'article 26 du TCE ne soit jamais applicable au sein de l'ordre juridique de l'Union. Les investisseurs d'un État membre pourraient toujours, en principe, attirer un autre État membre devant ses juridictions eu égard à un litige visé à cette disposition⁶⁵. Une telle possibilité dépend toutefois du point de savoir si les dispositions matérielles du TCE peuvent fonder de telles prétentions et, donc, si elles sont, à leur tour, applicables dans l'ordre juridique de l'Union. Je vais maintenant examiner cette question.

b) L'applicabilité de l'article 1^{er}, point 6, du TCE dans l'ordre juridique de l'Union

91. L'article 1^{er}, point 6, du TCE définit la notion d'« investissement », telle qu'employée dans les dispositions du TCE, et figure dans la première partie du TCE, intitulée « Définitions et objet ». Cette disposition fait donc partie des dispositions introductives du TCE, qui visent plus généralement à établir le champ d'application et l'objet du texte, ainsi qu'à définir les termes utilisés dans ses dispositions.

92. Autrement dit, l'article 1^{er}, point 6, du TCE, en ce qu'il détermine le champ d'application matériel du TCE, a également pour effet de déclencher l'application des dispositions matérielles de protection du TCE.

93. Dans ces conditions, l'applicabilité, dans l'ordre juridique de l'Union, de cette disposition dépend essentiellement du point de savoir si les normes matérielles auxquelles elle donne effet sont elles-mêmes applicables dans l'ordre juridique de l'Union, de sorte que les investisseurs d'un État membre peuvent les invoquer à l'occasion d'un recours contre un autre État membre devant les juridictions de cet État.

⁶⁴ Avis du 30 avril 2019 (EU:C:2019:341).

⁶⁵ En outre, il ne peut être exclu que l'interprétation de l'article 26 du TCE par la Cour puisse être nécessaire dans le cadre du contrôle, par les juridictions étatiques des États membres, d'une sentence arbitrale rendue dans le cadre d'un litige opposant un investisseur d'un État tiers à un État membre, laquelle peut impliquer l'interprétation par les arbitres du droit de l'Union.

94. Si l'arrêt Achmea n'a pas réglé cette question, il a en revanche révélé l'existence de certains doutes quant à la possibilité d'appliquer, au sein de l'Union, les dispositions matérielles des traités de promotion et de protection des investissements en général, et du TCE en particulier⁶⁶.

95. Je ne crois cependant pas qu'il soit possible, dans le cadre de la présente affaire, et de façon purement théorique, de répondre de façon certaine à cette question. Cela supposerait en effet de procéder à une analyse in abstracto et exhaustive de tous les chevauchements pouvant exister entre le droit de l'Union et le TCE⁶⁷. Or, il me semble peu judicieux de procéder à une telle analyse au stade de l'étude de la compétence de la Cour pour répondre aux questions préjudicielles et dans le contexte de la présente affaire. Il faut également souligner que cette question n'a pas été débattue entre les parties⁶⁸.

96. En outre, je souligne que le seul argument relatif à l'incompatibilité des dispositions matérielles du TCE avec le droit de l'Union formulé succinctement dans la présente affaire l'a été par le gouvernement italien et la Commission, au motif que le droit de l'Union prévoit des instruments de protection des investissements équivalents aux instruments de protection des investissements du TCE. Or, à première vue, les raisons pour lesquelles cette équivalence de protection impliquerait, en elle-même, une incompatibilité avec le droit de l'Union ne m'apparaissent pas clairement.

97. Dans ces conditions, je suis d'avis que l'incompatibilité avec le droit de l'Union des dispositions matérielles du TCE, en ce compris l'article 1^{er}, point 6, du TCE, ne saurait, à ce stade et avec certitude, être ni exclue ni admise. Partant, il y a lieu de présumer que ces dispositions ont vocation à s'appliquer au sein de l'ordre juridique de l'Union.

4. Conclusion sur la compétence de la Cour

98. L'article 26 du TCE n'est, selon moi, pas compatible avec le droit de l'Union en ce qu'il prévoit le recours à un tribunal arbitral, de sorte qu'un tel mécanisme de règlement des différends ne saurait s'appliquer au sein de l'ordre juridique de l'Union.

99. Pour autant, dans la mesure où il ne saurait être exclu, à ce stade, que les dispositions matérielles du TCE, en ce compris l'article 1^{er}, point 6, du TCE, puissent être applicables dans l'ordre juridique de l'Union, il doit également être présumé que ces dispositions peuvent être invoquées par des investisseurs d'un État membre à l'occasion d'un litige contre un autre État membre devant les juridictions de ce dernier, visé à l'article 26 du TCE. Dans ces conditions, tant l'article 1^{er}, point 6, que l'article 26 du TCE doivent être considérés comme pouvant être applicables au sein de l'ordre juridique de l'Union.

100. Il en résulte qu'il existe un intérêt certain de l'Union à ce que ces dispositions reçoivent une interprétation uniforme, de sorte que la Cour devrait être compétente pour répondre à l'ensemble des questions préjudicielles.

⁶⁶ Voir, à cet égard, communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 19 juillet 2018, relative à la protection des investissements intra-EU, COM(2018) 547 final.

⁶⁷ Pour un exemple des chevauchements envisageables entre un traité de protection et de promotion des investissements conclus entre deux États membres et le droit de l'Union, voir conclusions de l'avocat général Wathelet dans l'affaire Achmea (C-284/16, EU:C:2017:699)

⁶⁸ Si les parties ont été interrogées, lors de l'audience, sur les effets de l'arrêt Achmea, le débat n'a porté que sur l'incidence de cet arrêt sur la compatibilité avec le droit de l'Union du mécanisme de règlement des différends prévu à l'article 26 du TCE. Je souligne que cet arrêt concerne en effet non pas la compatibilité des règles matérielles, mais uniquement la compatibilité avec le droit de l'Union d'un mécanisme similaire institué par un TBI.

B. Sur le fond

1. Sur la première question préjudicielle : la notion d'« investissement » au sens de l'article 1^{er}, point 6, du TCE

101. Par sa première question préjudicielle, la juridiction de renvoi cherche à savoir, en substance, si l'article 1^{er}, point 6, du TCE doit être interprété en ce sens qu'une créance issue d'un contrat d'électricité qui n'a pas impliqué d'apport de la part de l'investisseur dans l'État d'accueil peut constituer un investissement.

102. Lors de l'audience, Komstroy a soutenu que la notion d'« investissement » est définie par le TCE et que cette définition se suffit à elle-même, bien qu'elle soit étayée par une liste non exhaustive d'exemples d'avoirs constituant un investissement au sens du TCE. Cette société a également fait valoir que le sens propre des termes de l'article 1^{er}, point 6, du TCE est clair, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de procéder à leur interprétation ni de se référer à des critères extérieurs à la définition donnée. Enfin, Komstroy soutient que l'article 1^{er}, point 6, du TCE prévoit lui-même qu'une créance contractuelle peut être considérée comme un investissement, car l'article 1^{er}, point 6, sous c) et f), du TCE mentionne, respectivement, les « créances liquides » et « tout droit [issu d'un] contrat ».

103. La République de Moldavie, les gouvernements espagnol, néerlandais et polonais, ainsi que la Commission, font valoir qu'une créance issue d'un contrat de vente ne saurait constituer un investissement au sens de l'article 1^{er}, point 6, du TCE. Ils soutiennent que si l'article 1^{er}, point 6, sous c), du TCE prévoit qu'une créance liquide constitue un investissement, c'est à la seule condition que cette créance soit « associé[e] à un investissement ». Or, une créance issue d'un contrat de vente ne peut être considérée comme étant « associée à un investissement ». La République de Moldavie souligne en outre qu'il convient de se référer au sens ordinaire du terme « investissement », lequel suppose un apport en capital, qui ferait défaut s'agissant d'une créance contractuelle. Enfin, la République de Moldavie et la Commission soulignent l'importance de distinguer entre ce qui relève du commerce et ce qui relève d'un investissement, seuls les investissements étant protégés par la partie III du TCE.

104. L'article 1^{er}, point 6, du TCE définit l'investissement comme « tout type d'avoir détenu ou contrôlé directement ou indirectement par un investisseur ». Ce faisant, le TCE fournit une définition peu précise qui ne semble, à première vue, limitée que par l'objet de l'activité à laquelle cet investissement est associé. Cette disposition ajoute qu'un investissement au sens du TCE doit être associé à une activité économique dans le secteur de l'énergie.

105. Cette définition est complétée par une liste non exhaustive d'exemples précis d'investissements au sens de cette disposition. Il en résulte que, ainsi que le fait valoir Komstroy, lorsque l'avoir en question est clairement couvert par l'un des investissements expressément cités à l'article 1^{er}, point 6, du TCE, il n'est, en principe, nul besoin de procéder à l'interprétation de cette disposition⁶⁹.

⁶⁹ Voir, sur ce point, dans la jurisprudence arbitrale, *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd c. Kazakhstan* [affaire de la Chambre de commerce de Stockholm (CSS) n° V 116/2010], sentence du 19 décembre 2013, point 806, et, dans la doctrine, Gaillard, E., *Journal du droit international (Clunet)*, 2019, n° 6, p. 160.

106. S'agissant des créances contractuelles, celles-ci sont susceptibles de relever de la définition de l'article 1^{er}, paragraphe 6, du TCE, tant en vertu de l'article 1^{er}, point 6, sous c), que de l'article 1^{er}, point 6, sous f), du TCE. Sont en effet visés « les créances liquides [...] au titre d'un contrat à valeur économique et associé à un investissement »⁷⁰, ainsi que « tout droit conféré [...] par contrat [...] pour l'exercice d'une activité économique dans le secteur de l'énergie »⁷¹.

107. Je relève cependant que, si ces deux dispositions fournissent des exemples d'investissements au sens du TCE, elles ajoutent également des conditions supplémentaires pour qualifier l'investissement. D'une part, l'article 1^{er}, point 6, sous c), du TCE prévoit qu'une créance liquide est un investissement à la condition qu'elle soit issue d'un contrat lui-même associé à un investissement. D'autre part, l'article 1^{er}, point 6, sous f), du TCE prévoit qu'un droit conféré par un contrat est un investissement à la condition qu'il ait été conféré pour l'exercice d'une activité économique dans le domaine de l'énergie. Autrement dit, une créance issue d'un contrat n'est pas automatiquement un investissement au sens du TCE, certaines limitations sont imposées par le texte.

108. Or, l'ajout de ces conditions rend difficile, sinon impossible, le rattachement univoque de toute créance contractuelle à l'une ou l'autre forme d'investissement au sens de l'article 1^{er}, point 6, du TCE. En effet, une créance contractuelle, en particulier lorsqu'elle est issue d'un contrat de vente d'électricité, ne peut être couverte sans aucun doute par l'article 1^{er}, point 6, sous c) ou f), du TCE, sans qu'il ait été déterminé, au préalable, ce qu'impliquent les conditions supplémentaires qu'énoncent ces dispositions.

109. Il convient donc de procéder à l'interprétation de ces deux dispositions, qui doit, conformément à l'article 31, paragraphe 1, de la convention de Vienne⁷², être opérée « de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ».

a) Sur l'article 1^{er}, point 6, sous c), du TCE

110. S'agissant de l'article 1^{er}, point 6, sous c), du TCE, qui prévoit qu'une créance doit être issue d'un contrat associé à un investissement, j'y relève une certaine ambiguïté. En effet, cette disposition définit les créances liquides pouvant être considérées comme un investissement, en renvoyant à la notion d'« investissement ». En d'autres termes, la notion d'« investissement » est à la fois la notion définie et la notion utilisée pour la définir. L'article 1^{er}, point 6, sous c), du TCE présente en ce sens un caractère circulaire⁷³.

111. Dans ces conditions, et afin de s'extraire de cette circularité, on ne peut comprendre le terme « investissement » visé à l'article 1^{er}, point 6, sous c), du TCE que dans un sens différent de celui précisément visé à cette disposition. Comme le relève le gouvernement polonais, une créance liquide est un investissement uniquement si elle est constituée au titre d'un contrat lui-même associé à un autre investissement au sens du TCE, qui ne relève pas du champ de l'article 1^{er}, point 6, sous c), du TCE.

⁷⁰ Article 1^{er}, point 6, sous c), du TCE.

⁷¹ Article 1^{er}, point 6, sous f), du TCE.

⁷² Convention sur le droit des traités, conclue à Vienne le 23 mai 1969 (*Recueil des Traités des Nations unies*, vol. 1155, p. 353) <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-French.pdf>

⁷³ Sur le caractère circulaire de la définition d'investissement, voir Pyka, M., *Pojęcie inwestycji w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym*, C.H. Beck, Varsovie, 2018, p. 43 et 44.

112. Or, aucun des autres investissements visés à l'article 1^{er}, point 6, du TCE ne saurait être compris comme couvrant la fourniture d'électricité, qui fait l'objet du contrat dont est issue la créance liquide étudiée. Aucun des alinéas de cette disposition ne vise une simple transaction commerciale⁷⁴. Il résulte donc de l'interprétation littérale de l'article 1^{er}, point 6, du TCE qu'une créance issue d'un contrat de fourniture d'électricité et n'ayant impliqué aucun apport n'est pas une créance liquide au titre d'un contrat à valeur économique associé à un investissement.

113. L'interprétation littérale de l'article 1^{er}, point 6, sous c), du TCE est, ensuite, confirmée par le recours au sens ordinaire du terme « investissement », mentionné à cette disposition⁷⁵.

114. Dans le langage courant, ainsi que le font valoir la République de Moldavie et la Commission, ce terme désigne généralement une opération constituée d'un apport financier s'inscrivant dans une certaine durée et impliquant un risque⁷⁶.

115. Dans le même sens, la jurisprudence arbitrale a, par ailleurs, progressivement dégagé une définition objective de la notion d'« investissement », aux termes de laquelle un investissement suppose la réunion de trois éléments : un apport par l'investisseur, une certaine durée d'exécution et une participation aux risques de l'opération⁷⁷.

116. Si cette définition a été développée relativement à la notion d'« investissement » dans la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, signée à Washington le 18 mars 1965, elle me semble toutefois contenir les éléments essentiels de ce que peut constituer un investissement et est, en ce sens, souvent rappelée en doctrine lorsqu'il s'agit de proposer une définition générale de cette notion⁷⁸.

⁷⁴ Un doute pourrait exister quant à la possibilité de considérer que la fourniture d'électricité est couverte à l'article 1^{er}, point 6, sous f), du TCE, qui vise « tout droit conféré [...] par contrat [...] pour l'exercice d'une activité économique dans le secteur de l'énergie ». Un tel raisonnement avait d'ailleurs été retenu dans la jurisprudence arbitrale ; voir, à cet égard, *Petrobart Limited c. République kirghize* [affaire de la CSS n° 126/2003], sentence du 29 mars 2005, p. 72. Néanmoins, au vu de l'interprétation que je propose de retenir de l'article 1^{er}, point 6, sous f), du TCE, une telle possibilité devrait être exclue. Voir points 121 et suiv. des présentes conclusions.

⁷⁵ La doctrine défend l'idée que, pour ce qui est de la définition du terme « investissement » contenu à l'article 1^{er}, point 6, sous c), du TCE, il convient de se référer seulement au sens ordinaire de ce terme. En effet, et ainsi que le gouvernement polonais le soutient dans ses observations écrites, la version en langue anglaise du TCE opérerait une distinction entre le terme anglais « Investment », au sens du TCE, marqué par une lettre majuscule, et le terme anglais « investment », au sens ordinaire du terme cette fois, sans majuscule. Les « investissements », qui diffèrent donc des « Investissements » protégés par le TCE, auraient un sens objectif, tel que rappelé aux points 114, 115 et 116 des présentes conclusions. Or, l'article 1^{er}, point 6, sous c), du TCE précisant qu'une créance doit être issue d'un contrat « associé à un investissement », il en résulterait que le terme « investissement » devrait, dans cette hypothèse, être seulement compris de façon objective, par référence au sens usuel du terme. Sur cette idée, voir Baltag, C., *The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor*, Kluwer Law International, Alphen-sur-le-Rhin, 2012, p. 174. Je ne suis toutefois pas entièrement convaincu par cet argument, qui repose seulement sur la typographie du texte, que l'on ne retrouve d'ailleurs pas dans toutes les versions linguistiques du TCE.

⁷⁶ Le terme « investissement » est notamment défini, en français, comme le « placement de fonds en vue d'obtenir des revenus », *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd. En anglais, « investment » est défini comme « the act of putting money [...] into something to make a profit ». Sur l'évolution de la définition de ce terme, voir Gilles, A., *La définition de l'investissement international*, Larcier, Bruxelles, 2012, p. 16 et suiv.

⁷⁷ Voir *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc* (affaire CIRDI n° ARB/00/4), sentence du 23 juillet 2001, 129 *Journal du droit international* 196 (2002), point 52. Sur l'analyse de cette jurisprudence, voir Pyka, M., op. cit., p. 63 à 111, et Jeżewski, M., *Międzynarodowe prawo inwestycyjne*, C.H. Beck, Varsovie, 2019, p. 127 à 134.

⁷⁸ Voir, Baltag, C., op. cit., p. 167 à 183, ainsi que Kessedjian, C., et Pironon, V., op. cit., p. 206.

117. Selon cette acception du terme « investissement », une créance liquide est donc un investissement au sens de l'article 1^{er}, point 6, du TCE, à condition qu'elle soit née d'un contrat ayant impliqué un apport de la part de l'investisseur supposé et l'espérance d'un gain, lequel n'est pas garanti. Cette acception du terme « investissement », telle qu'énoncée à l'article 1^{er}, point 6, sous c), du TCE, se retrouve en outre tant dans la jurisprudence arbitrale⁷⁹ que dans la doctrine⁸⁰.

118. Or, un contrat de fourniture d'électricité est une simple transaction commerciale qui ne saurait être couverte par la notion d'« investissement », dès lors qu'il n'implique ni apport⁸¹ ni espérance de revenus dépendant de l'apport. Ainsi, je suis d'avis qu'une créance issue d'un contrat de fourniture d'électricité n'est pas associée à un investissement et ne satisfait pas à la condition énoncée à l'article 1^{er}, point 6, sous c), du TCE.

119. Enfin, une telle interprétation de la notion d'« investissement », au sens de l'article 1^{er}, point 6, sous c), du TCE, est confortée par l'étude de la logique d'ensemble du TCE et du système de protection des investissements mis en place. Ainsi que le souligne la Commission, le TCE distingue les règles relatives au commerce, figurant dans la partie II de celui-ci, de celles relatives à la promotion et à la protection des investissements, figurant dans la partie III. Une simple transaction commerciale n'est donc pas, en tant que telle, assimilable à un investissement, sauf à faire perdre tout sens à la distinction existant entre ce qui relève du commerce et ce qui relève d'un investissement et qui nécessite, à ce titre, une protection particulière⁸².

120. La notion d'« investissement » au sens de l'article 1^{er}, point 6, sous c), du TCE ne saurait donc se confondre avec une simple activité commerciale, de sorte qu'une créance issue d'un contrat de fourniture d'électricité, qui n'implique pas d'apport et d'espérance d'un gain dépendant de cet apport, ne peut en relever.

b) Sur l'article 1^{er}, point 6, sous f), du TCE

121. L'article 1, point 6, sous f), du TCE vise « tout droit conféré [...] par contrat [...] pour l'exercice d'une activité économique dans le secteur de l'énergie ». Je rappelle, à cet égard, que l'article 1^{er}, point 6, du TCE prévoit déjà, de façon générale, qu'un investissement au sens du TCE doit être associé à une activité économique dans le secteur de l'énergie. Ainsi, la condition imposée à l'article 1^{er}, point 6, sous f), du TCE ne saurait s'entendre de la même façon, faute de quoi une telle précision perdrait tout son sens.

122. L'article 1, point 6, sous f), du TCE ne vise donc pas tout droit contractuel en lien avec une activité économique dans le secteur de l'énergie, mais vient ajouter une condition supplémentaire pour qu'un droit contractuel puisse être considéré comme un investissement protégé au sens du TCE. Cela ressort de la formulation même de cette disposition. Ainsi, l'utilisation des termes « pour l'exercice d[e] » indique que le droit contractuel en cause doit avoir été conféré *aux fins* de l'exercice d'une activité économique dans le secteur de

⁷⁹ Voir, notamment, Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Royaume d'Espagne (affaire CIRDI n° ARB/14/1), sentence du 16 mai 2018, paragraphes 195 et suiv., et Isolux Netherlands BV c. Royaume d'Espagne (affaire CSS n° V 2013/153), sentence du 17 juillet 2016, paragraphes 683 et suiv.

⁸⁰ Voir, Baltag, C., op. cit., p. 178 et suiv., ainsi qu'Audit, M, *Journal de droit international (Clunet)*, 2020, n° 3, p. 16.

⁸¹ Komstroy a fait valoir, lors de l'audience, que l'apport consistait en la fourniture d'électricité. Cependant, un tel argument ne saurait suffire à qualifier le contrat de fourniture d'électricité de « contrat associé à un investissement », car cela n'implique pas pour autant l'existence d'un risque quant aux rendements attendus à la suite d'un tel apport.

⁸² Notamment au moyen du mécanisme de règlement des différends prévu à l'article 26 du TCE. Si certaines transactions commerciales présentent parfois des caractéristiques justifiant leur qualification d'« investissements », voir, sur ce point, Pyka, M., op. cit., p. 175 à 181. Je ne crois pas qu'une telle analyse puisse être appliquée ici.

l'énergie⁸³. Le droit contractuel doit permettre l'exercice d'une activité économique dans le secteur de l'énergie que le bénéficiaire ne pourrait pas, en son absence, exercer. Autrement dit, le droit contractuel doit autoriser l'exercice de cette activité et créer les conditions de cet exercice⁸⁴.

123. Or, si une créance contractuelle est bien un droit conféré par contrat, elle ne peut cependant être considérée comme autorisant l'exercice d'une activité économique dans le secteur de l'énergie lorsqu'elle est acquise *après* sa constitution auprès du titulaire originel. Dans ces conditions, la créance donne à son titulaire non pas le droit d'exercer une activité économique dans le secteur de l'énergie, mais uniquement celui d'en réclamer le paiement.

124. En outre, même si l'on devait considérer l'origine de la créance, quod non, à savoir le contrat de fourniture d'électricité, je suis d'avis que le même résultat serait atteint. Si un contrat de vente d'électricité entre deux sociétés permet bien à l'une d'elles de fournir de l'électricité à l'autre, ce n'est en revanche pas ce contrat qui autorise l'exercice d'une activité économique dans le secteur de l'énergie. La société fournissant l'électricité est en effet déjà en position de fournir l'électricité en cause à son cocontractant, de sorte que le contrat ne contient en aucun cas une autorisation ou un droit à exercer une activité économique dans le secteur de l'énergie dans le pays d'accueil.

125. Une telle créance n'est donc pas, à mon sens, couverte par l'article 1^{er}, point 6, sous f), du TCE.

126. Il résulte de ce qui précède que ni l'article 1^{er}, paragraphe 6, sous c), ni l'article 1^{er}, point 6, sous f), du TCE ne sauraient être interprétés en ce sens qu'une créance issue d'un contrat de fourniture d'électricité et n'ayant impliqué aucun apport est un investissement au sens de ces dispositions.

c) Sur la définition générale de la notion d'« investissement » à l'article 1^{er}, point 6, du TCE

127. Il reste que l'article 1^{er}, point 6, du TCE prévoit également une définition générale, certes vague, de la notion d'« investissement » et que la liste d'investissements qu'il fournit n'est pas exhaustive. On pourrait donc défendre l'idée qu'une créance qui n'est pas couverte par l'article 1^{er}, point 6, sous c) ou f), du TCE pourrait toutefois constituer un investissement au sens de l'article 1^{er}, point 6, du TCE, en ce qu'elle constitue un « avoir détenu ou contrôlé directement ou indirectement par un investisseur ».

128. Une telle argumentation ne saurait convaincre. Ainsi que je l'ai souligné⁸⁵, les créances contractuelles sont les seuls avoirs pour lesquels l'article 1^{er}, point 6, du TCE prévoit des limitations expresses à leur admission en tant qu'investissements. On ne peut donc se référer à la définition générale de la notion d'« investissement » dans le seul but d'éviter les limitations pourtant prévues à l'article 1^{er}, point 6, sous c) et f), du TCE, sauf à nier l'existence de ces dispositions précises et à procéder à une interprétation *contra legem* de la notion d'« investissement » au sens du TCE.

⁸³ Une telle interprétation ressort d'ailleurs plus clairement encore de la version en langue anglaise du TCE : « any right conferred [...] by contract [...] to undertake any economic activity in the energy sector » (tout droit conféré [...] par contrat [...] pour entreprendre une activité économique dans le secteur de l'énergie) (italique ajouté par mes soins).

⁸⁴ L'exemple typique d'un tel droit contractuel serait une concession pour opérer, sur le territoire de la partie contractante, une infrastructure.

⁸⁵ Voir point 107 des présentes conclusions.

129. Partant, je propose de répondre à la première question préjudicielle que l'article 1^{er}, point 6, du TCE doit être interprété en ce sens qu'une créance issue d'un contrat de fourniture d'électricité n'ayant impliqué aucun apport n'est pas un investissement au sens de cette disposition.

2. Sur la deuxième question préjudicielle

130. Par sa deuxième question préjudicielle, la juridiction de renvoi cherche à savoir, en substance, si l'article 26, paragraphe 1, du TCE doit être interprété en ce sens que constitue un investissement l'acquisition, par une entreprise d'une partie contractante, d'une créance constituée par un opérateur économique relevant d'un État tiers au TCE.

131. Je rappelle, à cet égard, que la créance en cause est issue d'une relation contractuelle entre Moldtranselectro et Derimen, cette dernière société étant immatriculée aux Îles Vierges britanniques, soit un État tiers au TCE.

132. L'article 26, paragraphe 1, du TCE permet le règlement des différends entre une partie contractante et un investisseur d'une autre partie contractante lorsque le différend porte sur un investissement *réalisé par cet investisseur*. La juridiction de renvoi s'interroge sur l'éventuelle incidence de l'origine de la créance, lorsque cette créance a originellement été constituée par un opérateur économique d'un État tiers au TCE, sur sa qualification d'« investissement » au sens de l'article 26, paragraphe 1, du TCE, qui impose qu'un tel investissement ait été réalisé par un investisseur d'une partie contractante.

133. D'emblée, je relève que, compte tenu de ma proposition de réponse à la première question, il n'est pas nécessaire de répondre à la deuxième question, dans la mesure où, en répondant par la négative à la première question, il n'est pas nécessaire de déterminer si l'origine de la créance a une incidence sur son admission en tant qu'investissement réalisé par un investisseur d'une partie contractante au sens de l'article 26, paragraphe 1, du TCE.

134. J'examinerai tout de même, par souci d'exhaustivité, la deuxième question préjudicielle, pour le cas où la Cour ne partagerait pas mon analyse de la première question, en supposant qu'une telle créance puisse constituer un investissement au sens de l'article 1^{er}, point 6 du TCE.

135. Ainsi que le relève la juridiction de renvoi, et comme le souligne la République de Moldavie, il convient, pour déterminer si un investissement a bien été « réalisé par un investisseur d'une partie contractante », de se référer à l'article 1^{er}, point 8, du TCE, qui définit les termes « réaliser un investissement ». Cette disposition prévoit notamment qu'un investissement peut être réalisé par l'acquisition de tout ou partie d'investissements existants. Elle n'impose pas, en revanche, que l'investissement existant en cause ait été originellement constitué dans un État partie au TCE.

136. La République de Moldavie soutient cependant qu'une telle condition existe. Selon elle, les termes « investissement existant » doivent être compris selon la définition d'« investissement » de l'article 1^{er}, point 6, du TCE, qui prévoit qu'un investissement doit être « détenu ou contrôlé directement ou indirectement par un investisseur ». Or, elle relève que l'article 1^{er}, point 7, du TCE définit à son tour le terme « investisseur » comme « toute entreprise ou autre organisation organisée conformément à la législation applicable sur le territoire d'[une] partie contractante ». Ainsi, elle soutient que, puisque l'opérateur économique, titulaire originel de la créance en cause, est un opérateur d'un État tiers au TCE, celui-ci ne saurait être considéré comme un investisseur

au sens de l'article 1^{er}, point 7, du TCE, de sorte que la créance en question ne saurait constituer un « investissement existant » réalisé par une société d'une partie contractante au sens de l'article 1^{er}, point 8, et de l'article 26, paragraphe 1, du TCE.

137. Une telle argumentation ne saurait convaincre. Si le raisonnement de la République de Moldavie relatif à la nécessité de se référer à l'article 1^{er}, points 6 à 8, du TCE pour définir ce que recouvrent les termes « investissement réalisé par » doit être approuvé, la conclusion à laquelle celle-ci parvient procède cependant d'une lecture partielle de ces articles.

138. Non seulement, ainsi que je l'ai relevé⁸⁶, l'article 1^{er}, point 8, du TCE n'impose aucune condition relative à l'origine géographique de l'investissement existant, mais les dispositions étudiées prévoient expressément qu'un tel investissement peut être constitué par un opérateur économique d'un État tiers au TCE. En effet, l'article 1^{er}, point 7, du TCE définit la notion d'« investisseur » en ce qui concerne tant les parties contractantes que les États tiers. Il est donc clairement admis qu'un investisseur peut être originaire d'un État tiers au TCE, sans pour autant que cela implique que les investissements qu'il réalise ne sont pas des investissements existants au sens du TCE⁸⁷.

139. Dans ces conditions, le fait que la créance ait été constituée par un opérateur économique d'un État tiers au TCE n'a aucune incidence sur sa qualification d'« investissement existant », dès lors que cet opérateur doit également être considéré, selon les termes du TCE, comme un investisseur.

140. Il en résulte que l'acquisition, par un opérateur d'une partie contractante, d'une créance constituée par un opérateur économique d'un État tiers au TCE doit être considérée comme l'acquisition d'un investissement existant et, partant, comme constituant un investissement réalisé par un investisseur d'une partie contractante au sens du TCE.

141. La République de Moldavie, Komstroy et la Commission ont cependant exprimé une réserve quant à la possibilité d'un abus de droit dans ces circonstances. En effet, on ne saurait exclure qu'un investissement constitué par un opérateur d'un État tiers au TCE ne soit acquis par un investisseur d'une partie contractante que dans le but de bénéficier de la protection accordée par le TCE, notamment pour mettre en œuvre l'article 26, paragraphe 1, du TCE afin de former un recours contre une partie contractante, qui sinon n'aurait pas pu l'être.

142. S'il est vrai qu'une telle possibilité existe, elle ne saurait toutefois suffire à exclure automatiquement du bénéfice de la protection des investissements conférée par le recours au règlement des différends un investissement acquis auprès d'un opérateur d'un État tiers au TCE. Non seulement une telle interprétation ne me semble pas compatible avec les dispositions du TCE précédemment étudiées, mais elle impliquerait qu'aucun investissement acquis auprès d'un investisseur étranger ne serait jamais protégé au titre du TCE.

⁸⁶ Voir point 135 des présentes conclusions.

⁸⁷ Je précise que, si un investissement réalisé par un investisseur d'un État tiers au TCE est bien un investissement au sens du TCE, il n'est pas pour autant un investissement *protégé* par le texte, les dispositions matérielles de promotion et de protection des investissements visant expressément et exclusivement les investissements d'investisseurs des parties contractantes. Voir, notamment, article 10 du TCE : « Chaque partie contractante encourage et crée [...] des conditions stables, équitables, favorables et transparentes pour la réalisation d'investissements dans sa zone *par les investisseurs des autres parties contractantes*. Ces conditions comprennent l'engagement d'accorder, à tout instant, un traitement loyal et équitable *aux investissements des investisseurs des autres parties contractantes*. » (Italique ajouté par mes soins.)

143. Dans ces conditions, l'existence d'un abus de droit ne peut être prise en compte que de façon casuistique, et ne saurait justifier un principe selon lequel un investissement acquis par un investisseur d'une partie contractante auprès d'un investisseur d'un État tiers au TCE ne doit pas être considéré comme un investissement réalisé par le premier au sens de l'article 26, paragraphe 1, du TCE. Il appartiendra donc à la juridiction de renvoi de vérifier les raisons ayant présidé l'acquisition par Komstroy de la créance en cause, afin de déterminer si cette acquisition avait pour seul but de former un recours contre la République de Moldavie au titre du TCE.

144. Partant, dans l'hypothèse où la Cour ne partagerait pas mon analyse relative à la première question préjudicielle, je propose de répondre à la deuxième question préjudicielle que l'article 26, paragraphe 1, du TCE doit être interprété en ce sens que l'acquisition d'une créance constituée auprès d'un investisseur d'un État tiers au TCE est un investissement au sens de cette disposition, à moins qu'une telle acquisition ait eu pour unique objet de bénéficier de la protection accordée par les dispositions du TCE et, en particulier, de permettre l'introduction d'un recours devant une juridiction arbitrale contre une partie contractante, ce qu'il appartiendra à la juridiction de renvoi de vérifier.

3. Sur la troisième question préjudicielle

145. Par sa troisième question préjudicielle, la juridiction de renvoi cherche à savoir, en substance, si l'article 26, paragraphe 1, du TCE doit être interprété en ce sens qu'une créance appartenant à un investisseur, issue d'un contrat de vente d'électricité livrée à la frontière de l'État hôte, peut constituer un investissement réalisé dans la zone d'une autre partie contractante, en l'absence de toute activité économique exercée par l'investisseur sur le territoire de cet État.

146. Je relève là encore que la troisième question a un caractère subsidiaire. En effet, s'il est répondu à la première question préjudicielle en ce sens qu'une créance issue d'un contrat de fourniture d'électricité n'est pas un investissement, il n'est pas pertinent de déterminer si cette créance a été réalisée *dans la zone* d'une autre partie contractante.

147. Par souci d'exhaustivité, je répondrai toutefois à la troisième question préjudicielle, pour le cas où la Cour ne partagerait pas mon analyse des première et deuxième questions, en supposant, quod non, qu'une créance issue d'un contrat de fourniture d'électricité est un investissement au sens du TCE.

148. La République de Moldavie, soutenue en ce sens par le gouvernement espagnol et la Commission, fait valoir qu'aucun investissement n'a été réalisé sur son territoire, dès lors que l'électricité fournie en vertu du contrat dont est issue la créance n'était livrée que jusqu'à la frontière entre l'Ukraine et la Moldavie, du côté ukrainien.

149. Une telle argumentation procède de la lecture de l'article 1^{er}, point 6, sous c), du TCE, qui prévoit qu'une créance liquide est un investissement si elle a été constituée au titre d'un contrat lui-même associé à un investissement. Elle me semble cependant faire abstraction d'un élément essentiel. En effet, si l'étude de l'investissement auquel serait associé le contrat dont découle la créance en cause est pertinente pour qualifier la créance d'« investissement », une fois que cet élément est établi, l'investissement visé est seulement la créance, sans qu'il soit besoin de faire à nouveau référence, ultérieurement, à l'investissement associé.

150. L'investissement faisant l'objet du litige et devant, à ce titre, être examiné à la lumière de l'article 26, paragraphe 1, du TCE n'est donc pas la fourniture d'électricité prévue par le contrat dont est issue la créance, mais bien la créance en elle-même. Il s'agit alors seulement de définir si l'acquisition d'une telle créance peut être considérée comme un investissement dans la zone de Moldavie, sans qu'il soit besoin d'identifier si le contrat au titre duquel cette créance a été constituée est associé à un investissement qui, lui-même, est réalisé dans cette zone.

151. L'investissement en cause, c'est-à-dire la créance, est en l'espèce détenu par un investisseur ukrainien, à l'égard d'une société établie en Moldavie. Or, l'article 1^{er}, point 10, du TCE définit simplement le terme « zone » comme « le territoire qui relève de sa souveraineté ». Il en résulte qu'une créance détenue à l'égard d'une société établie sur le territoire moldave peut être considérée comme un investissement réalisé dans la zone de cette partie contractante, la localisation du débiteur de la créance suffisant à l'établir.

152. En tout état de cause, le même résultat serait atteint si l'argument de la République de Moldavie, selon lequel il est nécessaire de vérifier également la zone dans laquelle est réalisé l'investissement auquel est associé le contrat dont est issue la créance, devait être retenu.

153. Formellement, l'électricité est effectivement fournie jusqu'à la frontière avec la Moldavie. Cependant, et sauf à retenir une solution excessivement formaliste, il n'en reste pas moins que l'électricité est in fine introduite sur le réseau moldave et que cette circonstance constitue la donnée essentielle du problème. Le fait qu'elle ait été livrée par l'opérateur d'un côté ou de l'autre de la frontière ne saurait avoir une incidence sur ce résultat⁸⁸. En réalité, l'électricité fournie est toujours destinée à être distribuée sur le territoire moldave et, donc, dans la zone de cette partie contractante⁸⁹.

154. Partant, dans l'hypothèse où la Cour ne partagerait pas mon analyse relative aux première et deuxième questions préjudicielles, je propose de répondre à la troisième question préjudicielle que l'article 26, paragraphe 1, du TCE doit être interprété en ce sens qu'une créance détenue par un investisseur d'une partie contractante à l'égard d'un opérateur d'une autre partie contractante est un investissement réalisé par le premier dans la zone du second.

V. Conclusion

155. Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre comme suit aux questions préjudicielles posées par la cour d'appel de Paris (France) :

L'article 1^{er}, point 6, du traité sur la Charte de l'énergie, signé à Lisbonne le 17 décembre 1994 et approuvé au nom de l'Union européenne par la décision 98/181/CE, CECA, Euratom, du Conseil et de la Commission, du 23 septembre 1997, concernant la conclusion par les Communautés européennes du traité sur la Charte de l'énergie et du protocole de la Charte de l'énergie sur l'efficacité énergétique et les aspects environnementaux connexes, doit être interprété en ce sens qu'une créance issue d'un contrat de fourniture d'électricité n'ayant impliqué aucun apport n'est pas un investissement au sens de cette disposition.

⁸⁸ Audit, M., op. cit.

⁸⁹ Et ce d'autant plus que, s'agissant d'électricité, il est purement fictif d'imaginer une livraison à la frontière. Ainsi que cela ressort de la décision de renvoi, les réseaux électriques de l'Ukraine et de la Moldavie sont interconnectés et il est déraisonnable de considérer que l'électricité est livrée à un point A et stockée dans l'attente de sa récupération par le destinataire au même point.