Observations de la Pologne

Affaire C-741/19 *

Pièce déposée par :

la République de Pologne

Nom usuel de l'affaire :

RÉPUBLIQUE DE MOLDAVIE

Date de dépôt :

4 février 2020 (original)

Varsovie, le 4 février 2020

DPUE.9323.71.2020/1/mm

AU PRÉSIDENT ET AUX MEMBRES

DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

OBSERVATIONS

DE LA RÉPUBLIQUE DE POLOGNE

déposées conformément à l'article 23 du Statut de la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre du renvoi préjudiciel dans l'affaire

C-741/19

République de Moldavie

(juridiction nationale : Cour d'appel de Paris – France)

Représentant de la République de Pologne :

B[redacted]Majczyna

Adresse pour les significations :

Ministerstwo Spraw Zagranicznych

* Langue de procédure : le français.

al. J. Ch. Szucha

23 00-580 Warszawa – POLOGNE

[Or. 2]

Table des matières

I. OBJET DE L'AFFAIRE ET QUESTIONS PRÉJUDICIELLES 2
II. POSITION DE LA RÉPUBLIQUE DE POLOGNE 4
II. Observations préliminaires.....4
II. 2. Observations sur la première question 9
II.3. Observations sur la deuxième question.....14
II.4. Observations sur la troisième question.....16
III. PROPOSITION DE RÉPONSE 17

[Or. 3]

I. OBJET DE L'AFFAIRE ET QUESTIONS PRÉJUDICIELLES

1 La demande de décision préjudicielle de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire C-741/19, République de Moldavie, a été présentée par une juridiction française (Cour d'appel de Paris) dans le cadre d'un recours contre la sentence d'un tribunal arbitral ad hoc rendue à Paris à la suite d'une procédure d'arbitrage introduite sur le fondement du Traité sur la Charte de l'énergie [1].

2 Ainsi qu'il ressort de la motivation de la demande, le litige examiné dans le cadre de la procédure arbitrale a pour origine les circonstances suivantes. En février 1999, un contrat a été conclu entre quatre sociétés : deux sociétés ukrainiennes (Ukrenergo, productrice d'électricité et Energoalians, distributeur d'électricité), une société moldave (Moldtranselectro, bénéficiaire contractuel de cette électricité et responsable de sa distribution et vente ultérieures aux clients finaux) et une société des Îles Vierges britanniques (Derimen, intermédiaire). Dans le contrat du 1er février 1999, il a été convenu de la chaîne d'approvisionnement en électricité – et par conséquent de la chaîne d'obligations financières entre les sociétés – suivante : la société Ukrenergo produisait l'électricité puis la vendait à la société Energoalians qui, quant à elle, transportait cette électricité sur son propre réseau jusqu'à la frontière avec la Moldavie où l'électricité était récupérée par Moldtranselectro. Le 24 février 1999, un autre contrat a introduit dans cette chaîne un intermédiaire (la société Derimen), qui achetait l'électricité fournie par

[1] Décision du Conseil, du 15 décembre 1994, concernant l'application provisoire du traité sur la Charte de l'énergie par la Communauté européenne (JO 1994, L 380, p. 1).

Energoalians pour la revendre immédiatement à la société Moldtranselectro pour un montant environ deux fois supérieur au prix auquel elle l'achetait.

3 Le schéma de distribution décrit ci-avant a été appliqué dans les années 1999 à 2000 et a généré une dette de la société Moldtranselectro envers la société Derimen à hauteur d'environ 18 millions de dollars américains. Cependant, il n'y avait aucune dette vis-à-vis d'Energoalians qui était payée par Derimen au fur et à mesure de ses livraisons.

4 La société Derimen a cédé sa créance sur la société Moldtranselectro à la société Energoalians qui a introduit une procédure d'arbitrage contre la Moldavie. Par la suite, la société ukrainienne Komstroy est venue aux droits de la société Energoalians ; elle est actuellement partie à la procédure contre la Moldavie à l'origine du renvoi préjudiciel. Dans le cadre de la procédure d'arbitrage ad hoc introduite par la société Energoalians, le tribunal arbitral situé à Paris a jugé en 2013 que la Moldavie **[Or. 4]** avait méconnu ses engagements fondés sur le Traité sur la Charte de l'énergie, et l'a donc condamnée à payer une amende à la société Energoalians. Le tribunal arbitral a jugé que la société Energoalians avait réalisé un « investissement », au sens du Traité sur la Charte de l'énergie, dans l'entreprise publique Moldtranselectro (se fondant sur la définition large de cette notion dans le Traité sur la Charte de l'énergie).

5 La sentence du tribunal arbitral a été annulée en 2016 par la Cour d'appel de Paris qui a jugé que le seul objet des créances était la vente d'électricité, sans qu'il puisse être question dans ce cas d'un « investissement » au sens du Traité sur la Charte de l'énergie. Toutefois, cet arrêt a été cassé en 2018 par la Cour de cassation qui lui a renvoyé l'affaire pour un nouvel examen en raison d'imprécisions sur l'interprétation du terme « investissement » au sens du Traité sur la Charte de l'Énergie.

6 Dans ces conditions, la juridiction de renvoi a saisi la Cour de justice des questions suivantes :

1) L'article 1er, paragraphe 6, du Traité sur la Charte de l'énergie 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 1er, du Traité sur la Charte de l'énergie doit-il être interprété en ce sens 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 Traité sur la Charte de l'énergie 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 d'accueil, 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 ?

II. POSITION DE LA RÉPUBLIQUE DE POLOGNE

II. Observations préliminaires

7 La République de Pologne présentera ses observations sur toutes les questions posées par la juridiction de renvoi. Celles-ci visent à obtenir l'interprétation de dispositions déterminantes du Traité sur la Charte de l'énergie. En tant qu'accord mixte, ce traité fait partie de l'ordre juridique de l'Union **[Or. 5]** et la présente affaire est la première occasion pour la Cour de justice d'interpréter ses dispositions.

8 Le Traité sur la Charte de l'énergie est l'un des rares traités multilatéraux sur la protection de l'investissement (*Multilateral Investment Treaties*) et, ces dernières années, son rôle semble croître, notamment en raison du nombre croissant de procédures d'arbitrage engagées contre des États parties au Traité sur la Charte de l'énergie, dont les États membres de l'Union européenne et, dernièrement, contre l'Union européenne elle-même. Ce phénomène a été souligné par le rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 19 novembre 2019 sur le fonctionnement du règlement (UE) nº 912/2014 relatif à la responsabilité financière liée au règlement des différends entre investisseurs et États dans le cadre des accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie [2].

9 La réponse de la Cour de justice aux questions préjudicielles dans la présente affaire devrait contribuer à une interprétation uniforme de la notion d'« investissement » et d'« investisseur » dans le cadre de l'ordre juridique de l'Union. Il convient de souligner que la notion d'« investissement » figure dans différents actes du droit de l'Union, autant de droit primaire [3] que dérivé [4], de

[2] Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil, du 19 novembre 2019, sur le fonctionnement du règlement (UE) nº 912/2014 relatif à la responsabilité financière liée au règlement des différends entre investisseurs et États dans le cadre des accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie [COM(2019) 597 final].

[3] Voir par exemple les articles 101, paragraphe 1, sous b), 126, paragraphe 3, 199, paragraphe 3 et 4, et 309, TFUE ; le protocole nº 5 sur les statuts de la Banque européenne d'investissement ; le protocole nº 10 sur la coopération structurée permanente établie par l'article 42 du TFUE ; la déclaration nº 30 sur l'article 126 du TFUE.

[4] Voir par exemple :

1) les définitions données à l'annexe I de la directive 88/361/CEE du Conseil, du 24 juin 1988, pour la mise en œuvre de l'article 67 du Traité (JO 1988, L 178, p. 5 ; édition spéciale polonaise, chapitre 10, tome 1, p. 10) ;

2) le point 4.65 de l'annexe A et l'annexe 7.1, Résumé des différentes catégories d'actifs, du règlement (UE) nº 549/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au

même que dans la jurisprudence de la Cour de justice, révélant son importance déterminante dans le cadre de l'article 64 TFUE [5]. Comme la Cour de justice l'a notamment déclaré dans l'arrêt SEGRO e.a., un investisseur d'un autre État membre, qui a été exproprié, a droit à une indemnisation sur le fondement de l'article 64 TFUE [6]. **[Or. 6]**

10 Il convient en outre de remarquer que l'absence d'interprétation uniforme de la notion d'« investissement » peut entraîner des problèmes dans l'application du règlement (UE) nº 2019/452 du Parlement européen et du Conseil, du 29 mars 2019, établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union, dit règlement « *screening* » [7].

11 L'interprétation de la notion d'« investissement » est l'une des questions les plus discutées en doctrine et dans la jurisprudence du droit de la protection des investissements. En raison de la fragmentation de cette jurisprudence (les différents tribunaux arbitraux fonctionnant indépendamment les uns des autres et n'étant pas liés par leurs propres décisions), ces divergences sont permanentes et semblent même s'amplifier avec le temps.

12 La jurisprudence arbitrale a développé deux approches opposées de la notion d'investissement, qualifiées selon le cas d'approche objective ou subjective. Les partisans de l'approche objective préconisent de rechercher des critères universels permettant de distinguer les investissements des autres activités économiques, en particulier celles qui sont de nature commerciale ou spéculative. En revanche, l'approche subjective suppose de redéfinir à chaque fois la définition de l'investissement sur la base de l'instrument juridique dont découle le consentement de l'État à l'arbitrage (en pratique, il s'agit principalement de traités d'investissement). Compte tenu du fait que la majorité des traités d'investissement, en particulier ceux conclus dans les années 1980 et 1990, dont le

système européen des comptes nationaux et régionaux dans l'Union européenne (JO 2013, L 174, p. 1) ;

3) l'annexe II du règlement (CE) nº 184/2005 du Parlement européen et du Conseil, du 12 janvier 2005, relatif aux statistiques communautaires de la balance des paiements, du commerce international des services et des investissements directs étrangers (JO 2005, L 35, p. 23).

Voir également par exemple le point 6.1 de l'annexe III de l'orientation de la banque centrale européenne du 9 décembre 2011 relative aux obligations de déclaration statistique établies par la Banque centrale européenne en matière de statistiques extérieures (EBC/2011/23) (JO 2012, L 65, p. 1).

5 Voir par exemple l'arrêt du 24 novembre 2016, Secil - Companhia Geral de Cal e Cimento/Fazenda Publica (C-464/14, EU:C:2016:896, point 73 et suivants).

6 Arrêt du 6 mars 2018, SEGRO e.a. (C-52/16 et C-113/16, EU:C:2018:157, points 56 et 57).

7 Règlement (UE) nº 2019/452 du Parlement européen et du Conseil, du 29 mars 2019, établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union (JO 2019, L 791, p. 1).

Traité sur la Charte de l'énergie, prévoit une définition large de l'investissement, incluant « tous types d'actifs » (*every kind of assets*) [8], l'approche subjective est en pratique plus favorable aux investisseurs [9]. Il peut notamment en résulter une situation, telle que celle en cause devant la juridiction de renvoi, dans laquelle l'accès à l'arbitrage en matière d'investissements est accordé à une entité qui n'exerce aucune activité économique effective sur le territoire de l'État d'accueil.

13 La décision exposant cette approche descriptive qui a eu le plus d'influence est celle du tribunal arbitral du CIRDI (*International Centre for Settlement of Investment Disputes* [Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements]) dans l'affaire Salini Construttori et Italstrade contre Maroc. Quatre critères caractéristiques de l'investissement y ont été formulés, définis par la doctrine et la jurisprudence arbitrale ultérieures comme le « test Salini » (*Salini test*). Il s'agit de l'apport (*contribution*), de la durée (*duration*), du risque **[Or. 7]** (*risk)* et de la contribution au développement économique de l'État d'accueil (*contribution to the host State's economy*) [10]. En dépit des hésitations initiales, la jurisprudence des tribunaux arbitraux agissant sous l'égide du CIRDI a accepté le principe du test Salini, à l'exception du dernier de ses critères (la contribution au développement économique de l'État d'accueil) qui a été reconnu comme excessivement arbitraire et en pratique inopérant.

14 Toutefois, le test Salini ayant été formulé dans le cadre de l'interprétation de l'investissement sur la base de la Convention CIRDI qui ne comporte pas de définition juridique de cette notion, la possibilité pour les tribunaux arbitraux statuant en dehors du CIRDI d'appliquer ces critères demeure un réel sujet de controverse. Une partie de la doctrine et de la jurisprudence considère que ces tribunaux ne sont liés que par la définition de l'investissement figurant dans les différents traités d'investissement qui constituent le fondement des demandes des investisseurs dans le cadre de chaque procédure [11]. Toutefois, ces dernières années, la position opposée, selon laquelle la notion d'investissement qui ressort des traités d'investissement doit être lue dans son sens usuel et, par conséquent, en tenant compte de critères tels que l'apport, la durée et le risque, suscite de plus en plus l'adhésion. Cela vaut également pour les traités d'investissement qui, si l'on s'en tient à une lecture littérale, ne prévoient pas de telles conditions, définissant l'investissement uniquement comme « tous types d'actifs ». Les tribunaux arbitraux indiquent que la notion d'investissement a un « sens intrinsèque » (*inherent meaning*), les définitions des traités d'investissement n'indiquant que les

[8] Dans la pratique conventionnelle de la Pologne, le terme « *assets* » est traduit en général par « actifs ».

[9] Pyka M., *Pojęcie inwestycji w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym* [Notion d'investissement dans l'arbitrage international relatif aux investissements], C.H. Beck, 2018.

[10] Sentence arbitrale du 31 janvier 2006, affaire CIRDI nº ARB/02/13, Salini Costruttori et Italstrade/Royaume de Jordanie, point 52.

[11] Voir Dolzer R., Schreuer Ch., *Principles of International Investment Law*, 2e éd., Oxford University Press, 2012, p. 65.

formes qu'un investissement peut prendre dans des situations particulières. L'exemple type de cette ligne jurisprudentielle est la décision Romak contre Ouzbekistan, ayant affirmé ce qui suit :

The Arbitral Tribunal therefore considers that the term 'investments' under the BIT has an inherent meaning (irrespective of whether the investor resorts to ICSID or UNCITRAL arbitral proceedings) entailing a contribution that extends over a certain period of time and that involves some risk. (...) By their very nature, asset types enumerated in the BIT's non-exhaustive list may exhibit these hallmarks. But if an asset **[Or. 8]** *does not correspond to the inherent definition of 'investment', the fact that it falls within one of the categories listed in Article 1 does not transform it into 'investment'* [12].

[Le tribunal arbitral considère donc que le terme 'investissement' a, au regard du TBI, un sens intrinsèque (indépendamment de la question de savoir si l'investisseur fait appel aux procédures arbitrales du CIRDI ou de la CNUDCI) qui implique un apport s'étendant sur une certaine période de temps et comportant des risques. […] Par leur nature même, les catégories d'actifs énumérées dans la liste non exhaustive des TBI peuvent présenter ces traits distinctifs. Néanmoins, si un actif ne correspond pas au sens intrinsèque d''investissement', le fait qu'il relève de l'une des catégories énumérées à l'article 1er n'en fait pas pour autant un 'investissement' » NdT : traduction libre]

15 La position exprimée dans l'arrêt Romak contre Ouzbékistan a, par la suite, été reprise dans d'autres décisions de tribunaux arbitraux [13]. Cependant, elle demeure controversée et il est difficile de la considérer comme dominante.

16 L'interprétation de la notion d'« investissement » sur la base du Traité sur la Charte de l'énergie donne lieu à des difficultés analogues. La définition de l'investissement dans ledit traité, lue de manière littérale, est parfois qualifiée d'« extrêmement large » [14], incluant également des transactions typiquement commerciales [15]. Sur la base d'une interprétation littérale de cette définition, certains tribunaux arbitraux contestent l'applicabilité de critères non explicitement énoncés dans le texte du Traité sur la Charte de l'énergie, comme par exemple

[12] Sentence arbitrale du 26 novembre 2009, CNUDCI, CPA affaire nº AA280, Romak/Ouzbekistan, point 207.

[13] Voir par exemple les sentences du 5 mars 2011, CNUDCI, Alps Finance/Slovaquie, points 230 à 241 ; du 7 février 2011, affaire CIRDI nº ARB/08/18, Malicorp/Égypte, point 110 ; 17 octobre 2013, affaire CIRDI nº ARB/09/8, KT Asia Investment Group/Kazakhstan, point 166 ; du 31 mai 2017, affaire CIRDI nº ARB/12/35, Orascom TMT Investment/Algérie, point 372.

[14] Sentence arbitrale du 19 décembre 2013, CCS affaire nº V 116/2010, Anatolie Stati e.a./Kazakhstan, point 806.

[15] Gaillard E., McNeill M., « The Energy Charter Treaty », in Yannaca-Small K., *Arbitration Under International Investment Agreements*, Oxford University Press, 2010, p. 42.

ceux du test Salini [16]. D'un autre côté, également sur la base du Traité sur la Charte de l'énergie, certains tribunaux arbitraux soutiennent l'approche objective, affirmant que la définition de l'investissement contenue dans le Traité sur la Charte de l'énergie ne peut être lue indépendamment du sens ordinaire de cette notion [17]. L'approche objective est également acceptée par les représentants de la doctrine [18].

17 Jusqu'à présent, dans leur jurisprudence très restreinte, les juridictions des États membres jugeant des recours en annulation de sentences arbitrales, tant sur le fondement de traités bilatéraux relatifs à l'investissement (*Bilateral Investment Treaties*) que sur le fondement du Traité sur la Charte de l'énergie, refusaient en général **[Or. 9]** la thèse de l'existence d'un « sens intrinsèque » de la notion investissement, considérant que les tribunaux arbitraux sont liés exclusivement par l'interprétation littérale de la définition de l'investissement énoncée dans chaque traité relatif à l'investissement [19].

18 En l'espèce, la Cour d'appel de Paris a annulé la sentence attaquée du tribunal arbitral, considérant que la dette sur laquelle portait le litige ne constituait pas un investissement au sens du Traité sur la Charte de l'énergie au motif que le critère de l'apport n'était pas rempli [20]. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris a cependant été annulé par la Cour de cassation qui a considéré que la définition de l'investissement contenue dans le Traité sur la Charte de l'énergie n'exigeait pas que l'acquisition de l'actif constituant l'investissement implique un apport [21].

19 Il convient enfin de relever que le litige porté devant la juridiction de renvoi est étranger à l'Union. Cette circonstance a une importance fondamentale au regard de la jurisprudence de la Cour de justice selon laquelle les clauses soumettant à des tribunaux arbitraux les différends entre un investisseur et un État ne s'appliquent pas aux différends entre investisseurs d'un État membre et d'autres

[16] Sentences arbitrales du 19 décembre 2013, CCS affaire nº V 116/2010, Anatolie Stati e.a./Kazakhstan, point 806 ; du 6 juin 2016, affaire CIRDI nº ARB/13/30, RREEF Infrastructure (G.P.) e.a./Espagne, point 156 à 158 ; du 15 mai 2019, CNUDCI, CPA affaire nº 2014-20, Voltaic Network/Tchéquie, point 206.

[17] Sentence arbitrale du 16 juillet 2012, affaire CIRDI nº ARB/08/13, Alapli Elektrik/Turquie, point 349-384 ; du 12 juillet 2016, CCS affaire nº V 2013/153, Isolux Netherlands/Espagne, point 683 à 686 ; du 16 mai 2018, affaire CIRDI nº ARB/14/1, Masdar Solar & Wind Cooperatief/Espagne, points 193 à 199.

[18] Douglas Z., *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2011, p. 163 à 165, 231 à 232 ; Roe T., Happold M., *Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty*, Cambridge University Press, 2011, p. 54 à 57.

[19] Arrêts du 25 septembre 2008 de la Cour d'appel de Paris, Pren Nreka/Tchéquie (nº 07/04675, p. 5) ; du 19 janvier 2007 du Svea Hovrätt (Cour d'appel de Stockholm), Petrobart/Kirgistan (T5208-05, p. 10).

[20] Arrêt du 12 avril 2016 de la Cour d'appel de Paris, Komstroy/Moldavie (nº 13/22531).

[21] Arrêt du 28 mars 2018 de la Cour de cassation, Komstroy/Moldavie (nº 16-16568).

États membres. Cette position ressort notamment de l'arrêt Achmea [22]. Elle s'applique également au Traité sur la Charte de l'énergie, comme le signalent non seulement une majorité d'États membres [23] mais aussi la Commission européenne dans sa communication au Parlement européen et au Conseil du 19 juillet 2019, Protection des investissements intra-UE [24].

20 En l'espèce, toutefois, ces questions ne sont pas directement pertinentes aux fins de la réponse de la Cour de justice aux questions de la juridiction de renvoi, puisque celles-ci ont été formulées dans le cadre d'un litige entre un pays tiers (la Moldavie) et un investisseur d'un pays tiers (la société ukrainienne Komstroy qui est venue au droit de la société Energoalians).

21 En résumant les considérations qui précèdent et en tenant compte du fait que les deuxième et troisième questions ont pour objet l'interprétation de l'article 26 du Traité sur la Charte de l'énergie relatif au règlement des différends entre investisseurs et États parties au Traité sur la Charte de l'énergie, la République de Pologne fait remarquer **[Or. 10]** que ses observations à cet égard portent sur l'application de l'article 26 du Traité sur la Charte de l'énergie aux seuls pays tiers. Il semble qu'une réserve similaire devrait être formulée par la Cour de justice dans le cadre de la solution proposée dans la présente affaire. Cela pourrait, à défaut d'une telle réserve, être interprété à tort comme la reconnaissance de l'application de l'article 26 du Traité sur la Charte de l'énergie à des situations intra-UE, c'est-à-dire entre des investisseurs d'États membres et les États membres eux-mêmes.

II. 2. Observations sur la première question

22 Par sa première question, la juridiction de renvoi cherche à obtenir la définition de la notion d'« investissement » au sens du Traité sur la Charte de l'énergie et plus particulièrement à déterminer si l'activité d'un investisseur qui n'implique aucun apport sur le territoire de l'État d'accueil peut constituer un « investissement ».

23 Selon la République de Pologne, le terme « investissement » utilisé par le Traité sur la Charte de l'énergie doit être interprété conformément aux principes d'interprétation des traités internationaux, codifiés à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, c'est-à-dire 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.

[22] Arrêt du 6 mars 2018, Slovaquie/Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, points 56 et 58).

[23] Déclaration des représentants de 22 États membres du 15 janvier 2019 relative aux conséquences juridiques de l'arrêt Achmea rendu par la Cour de justice le 6 mars 2018 et à la protection des investissements dans l'Union européenne. La Suède, la Slovénie, Malte, Luxembourg, la Finlande et la Hongrie ont adopté une position différente.

[24] Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, du 19 juillet 2018, Protection des investissements intra-EU (COM(2018) 547 final).

24 [Premièrement, b]ien que le Traité sur la Charte de l'énergie définisse la notion d'investissement comme incluant « tout type d'avoir », rien dans le texte de ce même traité n'indique que, dans l'intention des parties, cette notion devait recevoir une acception faisant totalement abstraction de son acception ordinaire dans les sciences économiques [25]. Si l'on s'en tient à l'acception ordinaire de la notion d'investissement, il est évident que l'acquisition de certains actifs constituant un investissement doit être associée à une activité entrepreneuriale (un acte d'investissement) consistant à verser un apport et à accepter un risque afin de réaliser un bénéfice.

25 L'article 1er, paragraphe 6, sous c), du Traité sur la Charte de l'énergie indique que la notion d'investissement ne se limite pas à l'hypothèse d'une créance de somme d'argent puisqu'une telle créance doit être associée à la réalisation d'un apport par l'investisseur sur le territoire de l'État d'accueil et à l'acceptation d'un risque dans le but de réaliser un bénéfice (« tout type d'avoir détenu ou contrôlé directement ou indirectement par un investisseur » et comprenant notamment « les créances liquides ou les droits à prestations au titre d'un contrat à valeur économique et associé à un investissement »). La notion d'investissement est entendue de manière analogue en droit de l'Union : conformément à l'article 2, paragraphe 1, du **[Or. 11]** règlement nº 2019/452, un « investissement direct étranger » est un investissement de toute nature auquel procède un investisseur étranger et qui vise à établir ou à maintenir des relations durables et directes entre l'investisseur étranger et l'entrepreneur ou l'entreprise à qui ces fonds sont destinés en vue d'exercer une activité économique dans un État membre, dont des investissements permettant une participation effective à la gestion ou au contrôle d'une société exerçant une activité économique.

26 L'une des versions officielles du Traité sur la Charte de l'énergie, la version anglaise, différencie le terme « Investissement » défini par le Traité sur la Charte de l'énergie (écrit avec une majuscule : *Investment*) et le terme « investissement » (écrit en minuscule : *investment*). Un exemple de cette distinction se trouve à l'article 1er, paragraphe 6, Traité sur la Charte de l'énergie dans sa version officielle en langue anglaise, qui énonce :

A change in the form in which assets are invested does not affect their character as investments and the term 'Investment' includes all investments whether existing at or made after the later of the date of entry into force of this Treaty for the Contracting Party of the Investor making the investment and that for the Contracting Party in the Area of which the investment is made (hereinafter referred to as the 'Effective Date') provided that the Treaty shall only apply to matters affecting such investments after the Effective Date.

'Investment' refers to any investment associated with an Economic Activity in the Energy Sector and to investments or classes of investments designated by a

[25] Roe T., Happold M., *Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty*, p. 56.

Contracting Party in its Area as 'Charter efficiency projects' and so notified to the Secretariat.

[NdT : Version française correspondante: « La modification de la forme sous laquelle les avoirs sont investis n'affecte pas leur caractère d'investissement, et le terme 'investissement' couvre tous les investissements, qu'ils existent à la date d'entrée en vigueur ou qu'ils soient réalisés postérieurement à la date d'entrée en vigueur du présent traité pour la partie contractante d'où provient l'investisseur ou pour la partie contractante dans la zone de laquelle l'investissement est réalisé, ci après appelée 'date effective', à condition que le traité ne s'applique qu'aux matières affectant ces investissements après la date effective.

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', et notifiés en tant que tels au Secrétariat. »]

27 L'utilisation du terme « investissement », écrit avec une minuscule, indique clairement que le sens de celui-ci est différent de celui de la définition juridique. Il renvoie au sens ordinaire d'investissement.

28 Deuxièmement, la définition donnée par l'article 1er, paragraphe 6, du Traité sur la Charte de l'énergie énumère seulement (de la lettre a à f) de manière non limitative des exemples d'avoirs pouvant constituer un investissement (ou une forme d'investissement). À défaut de préciser le sens « ordinaire » de la notion d'investissement et en quoi consiste une activité économique associée à un « investissement », il ne serait pas possible de déterminer quels autres types d'avoirs, non mentionnés dans l'énumération, pourraient être couverts par ce terme.

29 Troisièmement, une lecture littérale de la définition du Traité sur la Charte de l'énergie, sans référence au « sens intrinsèque » d'investissement, amènerait à conclure, de façon erronée, que chaque **[Or. 12]** bien patrimonial, indépendamment de sa valeur, du but ou des conditions de son acquisition (par exemple, au titre d'une donation ou d'un héritage), appartenant à une entité d'un autre État partie au Traité sur la Charte de l'énergie, pourrait être considéré comme un « investissement » au sens de ce traité. De surcroît, une telle approche signifierait que des créances découlant de contrats commerciaux ordinaires, tels que des contrats de vente d'électricité, seraient également des investissements. Cependant, le Traité sur la Charte de l'énergie comporte des dispositions relatives au commerce et à l'investissement dans deux parties distinctes. S'il avait été considéré que chaque transaction commerciale constitue également un investissement, l'introduction d'une telle distinction n'aurait pas de sens.

30 Quatrièmement, le « sens intrinsèque » de la notion d'investissement fait actuellement l'objet d'un large consensus international. Dans les traités

commerciaux et d'investissement actuels, les États et les organisations internationales indiquent souvent que les caractéristiques de l'investissement sont l'apport, la prise de risque et la recherche d'un profit [26]. Des dispositions du même type figurent également dans les traités commerciaux et d'investissement conclus par l'Union européenne et ses États membres [27]. Il ressort de leur formulation que ces dispositions ont toutefois uniquement un caractère interprétatif, elles ne servent pas à introduire dans les traités un nouveau contenu normatif mais à éclairer le sens ordinaire de la notion d'investissement [28]. Il semble que [ces dispositions] s'inspirent du projet d'accord multilatéral d'investissement (AMI) préparé dans le cadre de l'OCDE en 1998. Indépendamment du fait que cet accord a retenu une définition large de l'investissement, incluant « tout type d'actif », l'accord prévoit également la publication d'une note interprétative précisant que l'investissement bénéficiant d'une protection doit avoir les caractéristiques (*characteristics*) d'un investissement, notamment l'apport de capitaux ou d'autres ressources, l'attente d'un gain et la prise en charge d'un risque [29].

31 La nécessité d'un apport de l'investisseur ressort également de la définition de la notion d'« investissement direct » donnée par la Cour de justice dans sa jurisprudence relative à l'article 64, paragraphe 2, TFUE [30]. **[Or. 13]**

32 Il y a donc des éléments importants en faveur de la conception objective de l'investissement. En particulier, cette conception est conforme aux principes d'interprétation des accords internationaux découlant de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, tout en assurant la cohérence de l'interprétation du Traité sur la Charte de l'énergie avec les autres actes du droit de l'Union.

33 Il convient par conséquent d'examiner si l'apport (*contribution*), qui est l'une des caractéristiques intrinsèques de l'investissement, doit être effectué sur le territoire du pays d'accueil. La réponse à cette question doit être positive. L'article 26,

[26] Voir par exemple l'article 10.28 de l'accord de libre-échange d'Amérique centrale, l'article 1er du modèle américain de traité bilatéral d'investissement de 2004, l'article 1er du modèle américain de traité bilatéral d'investissement de 2012, l'article 9.1 de l'accord de partenariat transpacifique.

[27] Voir l'article 8.1 de l'accord économique et commercial global (ARCG ou CETA), du 30 octobre 2016, l'article 1.2 de l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République socialiste du Viêt Nam, du 30 juin 2019, et l'article 1.2 de l'accord de libre-échange entre Singapour et l'Union européenne, du 19 octobre 2019.

[28] Voir l'exemple du modèle américain de traité bilatéral de 2004 : Heiskanen V., « Of capital import : the definition of 'investment' in international investment law", in Hoffmann A.K., *Protection of Foreign Investments through Modern Treaty Arbitration. Diversity and Harmonisation*, ASA Special Series nº 34, 2010, p. 57 ; Vandevelde K.J., *U.S. International Investment Agreements*, Oxford University Press, 2009, p. 121-122.

[29] Accord multilatéral sur l'investissement. Texte consolidé du projet, 22 avril 1998, p. 11.

[30] Voir par exemple l'arrêt du 24 mai 2007, Winfried L. Holböck (C-157/05, EU:C:2007:297, points 33 et 34.

paragraphe 1, du Traité sur la Charte de l'énergie, qui régit les différends entre un investisseur et l'État d'accueil, indique expressément que ces différends doivent porter sur « un investissement réalisé par ce dernier dans la zone de la première » (*relating to an Investment of the latter in the Area of the former*). L'investissement doit donc avoir un caractère transfrontalier, ce qui veut dire qu'il doit être réalisé sur le territoire de l'État d'accueil depuis l'extérieur des frontières de ce dernier [31]. L'utilisation de cette formulation par le Traité sur la Charte de l'énergie indique également la nécessité d'une relation active entre l'investisseur et l'investissement (l'action d'investir), liée au transfert de valeurs (par exemple, d'argent, de savoir-faire, de contacts, d'expérience) sur le territoire du pays d'accueil [32].

34 La nécessité d'un apport sur le territoire de l'État d'accueil ressort également de l'objectif du Traité sur la Charte de l'énergie, tel qu'il est explicitement énoncé dans son préambule, consistant à faciliter la croissance économique des parties à l'accord. Si les États se lient par des traités d'investissement et se déclarent d'accord pour soumettre leurs différends avec un investisseur à la compétence de tribunaux d'arbitrage, c'est pour attirer des capitaux étrangers dans leur économie (ce que l'on appelle la contrepartie de l'arbitrage relatif à l'investissement) [33]. Par conséquent, eu égard à l'objectif du Traité sur la Charte de l'énergie, il y a lieu de considérer qu'un investisseur doit transférer une valeur (pas nécessairement sous la forme monétaire) sur le territoire de l'État d'accueil pour pouvoir bénéficier de la protection du traité. Comme l'indique la doctrine : **[Or. 14]**

the territorial connection between the claimant contribution of capital and an investment enterprise in the host state must be direct rather than indirect or consequential [34] [Le lien territorial entre l'apport de capital du demandeur et une entreprise d'investissement dans l'État d'accueil doit être un direct plutôt qu'indirect ou corrélatif. NdT traduction libre].

35 Selon la République de Pologne, les considérations qui précèdent tendent à confirmer le bien-fondé de l'approche objective de la notion d'investissement au sens du Traité sur la Charte de l'énergie et amènent donc à conclure que la réalisation d'un apport par l'investisseur est inhérente à chaque investissement, que ce soit en capital ou par d'autres moyens. L'objectif de la conclusion du Traité sur la Charte de l'énergie et le contenu de l'article 26, paragraphe 1, du

[31] Sentence arbitrale du 20 avril 2016, CCS affaire nº V 2014/023, Cem Cenzig Uzan/Turquie, points 146 et 152.

[32] Voir la sentence arbitrale du 2 novembre 2012, affaire CIRDI nº ARB/10/12, Standard Chartered Bank/Tanzanie, points 230 à 232 (la sentence portait sur une clause attributive de compétence du traité bilatéral d'investissement entre le Royaume-Uni et la Tanzanie, formulée de manière similaire à celle de l'article 26, paragraphe 1, du Traité sur la Charte de l'énergie).

[33] Douglas Z., *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2010, p. 161-163.

[34] Ibidem, p. 191.

même traité indiquent que cet apport doit être effectué sur le territoire de l'État d'accueil.

36 Dans les circonstances de l'affaire portée devant la juridiction de renvoi, l'investissement allégué était censé consister en l'acquisition d'une créance par une société ukrainienne auprès d'une société enregistrée dans les Îles Vierges britanniques. L'éventuel apport associé à l'acquisition de l'investissement (le prix d'acquisition de la créance) aurait donc été réalisé dans les Îles Vierges britanniques et non sur le territoire de la Moldavie. Le fait que le débiteur de la créance cédée soit une société moldave n'est pas suffisant, dans ce cadre, pour que l'on puisse considérer que la cession a entraîné un « investissement » sur le territoire de la Moldavie.

37 À la lumière de ces éléments, la République de Pologne propose à la Cour de justice d'apporter la réponse suivante à la première question :

L'article 1er, paragraphe 6, du Traité sur la Charte de l'énergie doit 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 ne peut pas constituer un « investissement » au sens de cet article.

II.3. Observations sur la deuxième question

38 Par sa deuxième question, la juridiction de renvoi cherche à déterminer si l'acquisition par un investisseur d'une partie contractante d'une créance constituée par un opérateur économique étranger aux États parties constitue un investissement.

39 Selon la République de Pologne, il convient tout d'abord de distinguer deux cas de figure : 1) la cession d'une créance indemnitaire de l'investisseur au titre de la violation des normes de protection découlant du Traité sur la Charte de l'énergie par l'État et **[Or. 15]** 2) la cession d'une créance civile qui est susceptible de pouvoir constituer un investissement protégé sur le fondement du Traité sur la Charte de l'énergie.

40 En ce qui concerne le premier cas de figure, un entrepreneur établi dans un État qui n'est pas partie au Traité sur la Charte de l'énergie ne peut être considéré comme un « investisseur » au sens de celui-ci. Par conséquent, une telle entité ne peut faire valoir une quelconque créance associée à la réalisation d'un investissement sur le fondement du Traité sur la Charte de l'énergie, ce qui entraîne de façon évidente l'impossibilité de transmettre à un tiers cette créance inexistante (nemo dat quod non habet) [35]. Toutefois, cela ne semble pas être le cas dans les faits de l'affaire devant la juridiction de renvoi. En effet, la société

[35] Voir sentence arbitrale du 15 mars 2002, affaire CIRDI nº ARB/00/2, Mihaly International Corporation/Sri Lanka, point 24.

demanderesse a acquis non pas une créance indemnitaire sur la base du Traité sur la Charte de l'énergie mais une créance de droit civil contre la société moldave.

41 Quant au second cas de figure, il ne peut être exclu qu'une créance acquise auprès d'une entité qui ne relève pas d'un État partie au Traité sur la Charte de l'énergie constitue un investissement au sens de l'article 1er, paragraphe 6, dudit traité, pour autant que l'acquisition de celle-ci soit liée à la réalisation d'un apport sur le territoire de l'État d'accueil. Une telle créance doit avoir les caractéristiques d'un investissement. Les autres conditions prévues par l'article 1er, paragraphe 6, sous c), du Traité sur la Charte de l'énergie doivent également être remplies ; il faut en particulier que la créance soit associée à un autre investissement au sens du Traité sur la Charte de l'énergie.

42 La créance peut être considérée comme un droit présentant les caractéristiques d'un investissement si elle remplit les critères indiqués dans la partie précédente des présentes observations (apport, risque, durée). En principe, une seule transaction commerciale ordinaire ne peut être considérée comme un investissement. Toutefois, des facteurs tels qu'une opération présentant un degré de complexité supérieur à la normale, son caractère répétitif et un risque accru qui y est associé (un risque relatif à l'investissement et non le risque commercial ordinaire dû à la possibilité que le cocontractant ne remplisse pas ses obligations), peuvent justifier de reconnaître la qualification d'investissement à une créance résultant d'une transaction commerciale [36].

43 L'article 1er, paragraphe 6, sous c), du Traité sur la Charte de l'énergie mentionne, comme exemple de type d'investissement, « les créances liquides ou les droits à prestations au titre d'un contrat à valeur économique et associé à un investissement » (*claims to money and* **[Or. 16]** *claims to performance pursuant to contract having an economic value and associated with an Investment*). La manière dont est formulée cette disposition du Traité sur la Charte de l'énergie laisse grandement à désirer dans la mesure où tout en étant une partie de la définition d'« investissement », elle renvoie en même temps à cette notion (définition circulaire). Néanmoins, le sens de cette disposition demeure lisible. Il s'ensuit notamment que, pour qu'une créance soit considérée comme un investissement, elle doit être « associée » à un autre investissement au sens du Traité sur la Charte de l'énergie ne relevant pas du champ d'application de l'article 1er, paragraphe 6, sous c), dudit traité [37]. Par conséquent, une créance liquide, même si elle satisfait aux critères susmentionnés d'apport, de risque et de durée, ne peut être considérée comme un investissement que si elle présente un lien avec un autre investissement sur le territoire de l'État d'accueil par la même entité et n'est pas une créance liquide ou un droit à prestations.

[36] Voir Pyka M., *Pojęcie inwestycji w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym*, p. 175 à 181.

[37] Roe T., Happold M., *Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty*, p. 62 ; sentence arbitrale du 20 novembre 2012, affaire CIRDI nº ARB/07/19, Electrabel/Hongrie, point 5.52.

44 À la lumière de ces éléments, la République de Pologne propose à la Cour de justice de donner la réponse suivante à la deuxième question :

L'article 1er, paragraphe 6, sous c), du Traité sur la Charte de l'énergie doit être interprété en ce sens 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, à condition que cette créance présente les caractéristiques d'un investissement – être un apport, être durable et présenter un risque – et qu'elle soit associée à un autre « investissement » au sens de l'article 1er, paragraphe 6, du Traité sur la Charte de l'énergie, qui n'est pas une créance liquide ou un droit à prestations.

II.4. Observations sur la troisième question

45 Par la troisième question, la juridiction de renvoi cherche à déterminer si la protection octroyée par le Traité sur la Charte de l'énergie est applicable à une créance appartenant à un investisseur qui n'est liée à aucune activité économique de ce dernier sur le territoire de l'État d'accueil.

46 Comme nous l'avons indiqué précédemment, la protection accordée sur le fondement de l'article 26, paragraphe 1, du Traité sur la Charte de l'énergie n'est applicable qu'aux seuls investissements réalisés « sur le territoire » de la partie contractante. L'obligation de localiser l'investissement sur le territoire de l'État d'accueil ne pose pas de difficultés majeures dans le cas d'actifs tels que des droits réels ou des participations dans des sociétés. Des difficultés beaucoup plus importantes se présentent en ce qui concerne, par exemple, les droits sur **[Or. 17]** les actifs incorporels ou, comme dans la présente affaire, les créances [38]. Pour que de tels droits ou activités puissent être qualifiés d'investissement, une exigence supplémentaire doit être respectée, à savoir l'existence d'un lien avec un autre investissement qui, lui, ne constitue pas une créance au sens du Traité sur la Charte de l'énergie [39]. La localisation de l'investissement associé à la créance peut servir à déterminer si la créance constitue un investissement « réalisé » sur le territoire de l'État d'accueil. Il est en outre possible d'indiquer d'autres critères permettant de déterminer où se situe la créance, tels que le lieu de sa réalisation ou la loi applicable.

47 Il convient également de souligner que la notion d'« investissement », au sens du Traité sur la Charte de l'énergie, désigne les investissements liés à une activité économique dans le secteur de l'énergie. La notion d'« activité économique dans le secteur de l'énergie » est définie à l'article 1er, paragraphe 5, du Traité sur la Charte de l'énergie. Des exemples d'activité économique dans le secteur de

[38] Douglas Z., *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2010, p. 171-172.

[39] Ibidem, p. 194 ; Roe T., Happold M., *Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty*, p. 64.

l'énergie ont été en outre donnés dans la deuxième explication du Traité sur la Charte de l'énergie par les parties. Comme le souligne la doctrine, il ressort clairement de cette explication que pour être un investissement, l'exercice d'activités économiques dans le secteur de l'énergie doit être lié à l'établissement par l'investisseur d'une présence dans le pays d'accueil. À défaut d'une telle présence, il n'est pas possible de considérer qu'il y a investissement.

48 Si l'on transpose ces exigences aux circonstances de l'affaire dont est saisie la juridiction de renvoi, il convient de relever que l'opération de vente d'électricité par la société demanderesse n'était pas associée à une quelconque présence sur le territoire de la Moldavie (comme, par exemple, l'établissement d'une société destinataire ou la propriété des réseaux de transmission). Cette activité se limitait à vendre de l'électricité livrée à la frontière de la Moldavie. Dans ces conditions, il n'est pas possible de conclure qu'il y a eu un investissement bénéficiant d'une protection sur la base du Traité sur la Charte de l'énergie.

49 À la lumière de ces éléments, la République de Pologne propose à la Cour de justice de donner la réponse suivante à la troisième question :

L'article 26, paragraphe 1, du Traité sur la Charte de l'énergie 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 d'accueil, ne 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. **[Or. 18]**

III. PROPOSITION DE RÉPONSE

50 Eu égard à l'argumentation précédemment exposée, la République de Pologne propose à la Cour de justice d'apporter les réponses suivantes aux questions de la juridiction de renvoi :

1) L'article 1er, paragraphe 6, du Traité sur la Charte de l'énergie doit 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 ne peut pas constituer un « investissement » au sens de cet article.

2) L'article 1er, paragraphe 6, sous c), du Traité sur la Charte de l'énergie doit être interprété en ce sens 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, à condition que cette créance présente les caractéristiques d'un investissement – constituer un apport, être durable et présenter un risque – et qu'elle soit associée à un autre « investissement » au sens de l'article 1er, paragraphe 6, de ce traité, qui n'est pas une créance liquide ou un droit à prestations.

3) L'article 26, paragraphe 1, du Traité sur la Charte de l'énergie 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 d'accueil, ne 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.

B[redacted] Majczyna
Représentant de la République de Pologne]