



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

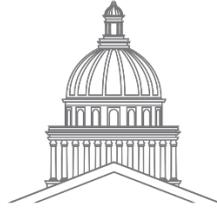
BANQUE DES MEMOIRES

**Master de Contentieux international privé
Dirigé par Monsieur Louis d'Avout
2023**

***L'arbitrage international au regard du
Traité sur la Charte de l'Energie***

Cléo Batista

Sous la direction de Monsieur Jean-Baptiste Racine



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Master 2 Contentieux international privé
Dirigé par M. le Professeur Louis D'AVOUT
2022-2023

L'arbitrage international au regard du Traité sur la Charte de
l'énergie

Présenté par Cléo BATISTA
Sous la direction de M. le Professeur Jean-Baptiste RACINE

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier Monsieur le Professeur Jean-Baptiste Racine pour avoir accepté d'encadrer ce mémoire et pour ses précieux conseils.

Je souhaite également remercier Monsieur le Professeur Louis d'Avout, directeur du Master, de nous avoir permis un si grand choix pour nos sujets de mémoires et de diriger un Master si pluridisciplinaire et enrichissant.

Enfin, je souhaite remercier ma famille et mes amis pour leur aide et leur soutien sans faille.

SOMMAIRE

TITRE 1 : LA FIN DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT INTRA-EUROPEEN ANNONCEE PAR L'AFFAIRE *KOMSTROY*

CHAPITRE 1 : L'INTERVENTION DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE

Section 1 : Le caractère inopportun de la question préjudicielle posée par la Cour d'appel de Paris

Section 2 : La solution *obiter dicta* de la Cour de justice

CHAPITRE 2 : L'ANNULATION ATTENDUE DE LA SENTENCE PAR LA COUR D'APPEL DE PARIS

Section 1 : Le caractère contraignant de l'interprétation par la Cour de justice de la notion d'investissement dans le cadre du TCE

Section 2 : L'échec de la tentative de l'investisseur d'invoquer une violation de son droit de propriété protégé par le premier protocole de la Convention européenne des droits de l'Homme

TITRE 2 : LES PERSPECTIVES DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT INTRA- EUROPEEN

CHAPITRE 1 : LES SUITES DE LA DECISION *KOMSTROY* DANS LA JURISPRUDENCE ARBITRALE

Section 1 : La résistance unanime des tribunaux arbitraux du CIRDI

Section 2 : La résignation d'un tribunal arbitral *ad hoc* : l'affaire *Green Power Partners c. Espagne*

CHAPITRE 2 : LE SORT DE L'ARBITRAGE DANS LE TCE

Section 1 : Les dénonciations en cascade du TCE et l'impact de la *sunset clause*

Section 2 : Les discussions sur une version modernisée du TCE : quel avenir pour l'arbitrage ?

ABREVIATIONS

§/§§	Paragraphe/Paragraphes
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CEDH	Convention européenne des droits de l'Homme
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
Civ. 1 ^{ère}	Première chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Ex.	Exemple
<i>Ibid</i>	<i>Ibidem</i>
<i>Infra</i>	Ci-dessous
RTD Eur.	Revue trimestrielle de droit européen
SCC	<i>Stockholm Chamber of Commerce</i> (Chambre de commerce de Stockholm)
<i>Supra</i>	Ci-dessus
TBI	Traités bilatéraux d'investissement
TCE (<i>ECT</i>)	Traité sur la Charte de l'Energie (<i>Energy Charter Treaty</i>)
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne
V.	Voir

INTRODUCTION

La guerre en Ukraine est l'un des facteurs à l'origine d'une hausse des prix de l'énergie sans précédent qui modifie la façon de penser de nombreux pays quant à leurs politiques énergétiques. Face à cette crise énergétique mondiale, l'Union européenne préconise de faciliter davantage les investissements afin de construire un secteur de l'énergie capable de faire face aux défis modernes et d'avoir un approvisionnement énergétique solide dans l'Union pour l'avenir¹. Favoriser les investissements passe notamment par l'existence d'un système judiciaire indépendant et effectif et par une sécurité juridique. C'est précisément le but des traités bilatéraux ou multilatéraux d'investissement qui sont des accords relatifs au traitement par un Etat des investissements effectués par des personnes physiques ou morales ressortissantes d'un autre Etat.

Le Traité sur la Charte de l'énergie (TCE) est un traité multilatéral signé en décembre 1994 et entré en vigueur en avril 1998 pour la coopération transfrontalière dans le secteur de l'énergie afin d'améliorer la sécurité de l'approvisionnement de l'Europe en énergie. Initialement, il s'agissait d'une convention sectorielle visant à intégrer les secteurs énergétiques de l'Union soviétique et de l'Europe de l'Est dans les marchés européens et mondiaux à la fin de la Guerre froide. Aujourd'hui, le TCE compte cinquante-quatre signataires, dont les Etats membres de l'Union européenne à l'exception de l'Italie, l'UE elle-même, Euratom, l'Afghanistan, le Japon ou encore la Russie jusqu'en 2018. Son champ est large puisqu'il porte sur la production, le commerce, le transit, la distribution et l'utilisation de l'énergie et il protège tous les investissements étrangers effectués dans ce domaine. Ainsi, il couvre tous les aspects économiques *lato sensu* relatifs au domaine de l'énergie ce qui en fait un traité tout à fait complet et unique. C'est aussi le traité international le plus fréquemment mis en œuvre dans le cadre intra-européen comme le relève le professeur M. Laazouzi². Au 1^{er} juin 2022, le Secrétariat du TCE dénombrait quatre-vingt-sept procédures intra-européennes introduites sur son fondement durant les dix dernières années, dont sept en 2021.

L'une des caractéristiques importantes du TCE est le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et Etats qu'il prévoit en son article 26 intitulé « Règlement des différends entre un investisseur et une partie contractante ». Ouvrant la partie V du traité, l'article 26(1)

¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Lutte contre la hausse des prix de l'énergie : une panoplie d'instruments d'action et de soutien », COM(2021) 660 final, 13 octobre 2021.

² Laazouzi, M., « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements : Arbitrage d'investissement et droit de l'Union européenne », *Revue de l'arbitrage*, 2022, n°4, p.1608.

dispose que : « 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 ». A défaut de solution amiable, et selon les dispositions suivantes de l'article 26, le litige est soumis, au choix de l'investisseur, aux juridictions judiciaires ou administratives de l'Etat défendeur, à toute procédure de règlement des différends préalablement convenue entre les parties ou à un arbitrage porté soit devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), soit devant un tribunal arbitral *ad hoc* constitué sur la base du règlement de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), soit devant un tribunal arbitral constitué sous l'égide de l'Institut d'arbitrage de la SCC, acronyme anglais de la Chambre de commerce de Stockholm. En effet, en vertu de l'article 26(3) du TCE, chaque partie contractante donne son consentement inconditionnel à la soumission de tout différend à une procédure d'arbitrage ou de conciliation internationale, conformément à cet article.

L'instauration d'un mécanisme d'arbitrage en matière d'investissements internationaux n'a rien d'insolite. Le règlement judiciaire est souvent qualifié d'inadéquat pour traiter des différends économiques internationaux en raison de l'inaptitude du juge professionnel à trancher ces contentieux souvent complexes et lourds. Est également régulièrement dénoncée la recherche par le juge d'une vérité alors que les litiges économiques peuvent exister sans qu'aucune règle de droit n'ait été violée, par exemple parce qu'un avantage acquis ou escompté a été perdu³. En conséquence, l'arbitrage est la voie procédurale privilégiée en la matière et l'arbitrage d'investissement trouve son fondement conventionnel dans un traité international par lequel l'Etat accepte de manière systématique et générale que les futurs litiges avec des investisseurs étrangers puissent être réglés par un tribunal arbitral, détaché par définition de tout ordre juridique national.

Pourtant, depuis quelques années, un véritable « conflit de systèmes » est apparu entre l'ordre juridique de l'Union européenne et l'ordre juridique international auquel se rattachent les sentences arbitrales d'investissement⁴. Le professeur E. Gaillard parlait d'une collusion prévisible entre chacun de ces systèmes en raison de leur « personnalité forte » et de leurs

³ V. en ce sens : Ruiz Fabri, H., « Règlement des différends économiques interétatiques », *Répertoire de droit international*, janvier 2018 (actualisé en novembre 2020).

⁴ Coleman, P., « L'arbitrage d'investissement à l'épreuve de l'autonomie du droit de l'Union européenne », *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2022, n°2, p.581.

« valeurs radicalement opposées »⁵. D'un côté, le droit de l'Union repose sur la confiance mutuelle et le postulat selon lequel les juridictions de chaque Etat membre sont dignes de confiance, même pour juger d'un litige entre l'Etat et un ressortissant étranger. De l'autre côté, le droit de la protection des investissements repose sur un postulat inverse : la défiance envers les juridictions de l'Etat en cause car elles ne bénéficient pas de la neutralité essentielle pour un procès équitable. L'arbitre est donc le juge apparaissant le plus neutre pour garantir qu'aucune partie ne bénéficiera d'un avantage. Le consentement à l'arbitrage figurant dans les traités de promotion des investissements est ainsi la pierre angulaire du système. L'Union elle-même reconnaissait et mettait en avant cette logique économique⁶.

Celle-ci a eu un rôle moteur dans la naissance du TCE qui a été envisagé lors du Conseil européen de Dublin en septembre 1990 à l'initiative du gouvernement hollandais⁷. La Commission et le Conseil l'ont approuvé au nom des Communautés européennes et de la Communauté européenne de l'énergie atomique par la décision 98/181⁸, argument que les tribunaux arbitraux n'ont pas manqué de relever⁹. De manière plus générale, la Communauté européenne encourageait à cette époque la conclusion de traités bilatéraux d'investissement (TBI) entre les Etats membres et les Etats d'Europe centrale et orientale afin de préparer ces derniers pour leur adhésion¹⁰. Avant l'arrêt *Achmea*, cent-quatre-vingt-seize TBI intra-UE étaient en vigueur. En parallèle, la Cour de justice cherchait à éviter d'éventuelles confrontations avec les mécanismes internationaux de protection des investissements¹¹.

Les tensions entre l'ordre juridique de l'Union et l'arbitrage d'investissement ont émergé dès les années 2000 lorsque certains Etats d'Europe centrale et orientale, devenus membres de l'Union, ont contesté la compétence des tribunaux arbitraux par des arguments tirés du droit de l'Union tels que son principe de primauté ou encore l'inapplicabilité et/ou l'extinction des

⁵ Gaillard, E., « L'affaire *Achmea* ou les conflits de logiques », *Revue critique de DIP*, 2018, p.616.

⁶ V. par ex. l'article 72(2) de l'accord européen conclu entre les Communautés européennes et la Hongrie le 16 décembre 1991 (JO 1993, L 347/2).

⁷ Sur le rôle de la Communauté dans la rédaction et l'adoption du Traité sur la Charte de l'énergie, v. Schroth, H.-J., « The Energy Charter Treaty (ECT) in the Context of the Treaties of the European Union » in *The Energy Charter Treaty. An East-West Gateway for Investment & Trade*, Wälde, T.W. (dir.), Kluwer Law International, 1996, p.240-248.

⁸ Décision du Conseil et de la Commission 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, 98/181/CE, CECA, Euratom, 23 septembre 1997.

⁹ V. par ex. : *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case n° ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012, §4.131.

¹⁰ V. en ce sens : Castellarin, E., « Relations entre droit de l'Union et accords de protection des investissements » dans « Investissements », *Répertoire de droit européen*, novembre 2021, §§4-26.

¹¹ CJUE, 15 septembre 2011, *Commission c. République slovaque*, aff. C-264/09 et les conclusions de l'avocat général.

traités en raison des traités constitutifs de l'Union. La Commission européenne demandait à intervenir en tant qu'*amicus curiae* dans les arbitrages pour appuyer les arguments des Etats défendeurs. Les tribunaux arbitraux ont systématiquement rejeté les exceptions à leur compétence fondées sur le droit de l'Union. Les critiques de la Commission se sont accentuées avec le transfert de compétence opéré au profit de l'Union par le Traité de Lisbonne en matière de protection des investissements étrangers directs¹². N'ayant eu aucun soutien de la part des Etats membres qui n'ont pas dénoncé les traités intra-UE, la Commission était contrainte d'attendre une saisine de la Cour de justice sur ces questions.

C'est dans la célèbre affaire *Achmea*¹³ que la Cour saisit l'occasion d'apporter ses premiers éclairages sur la compatibilité d'une offre d'arbitrage insérée dans un TBI intra-européen avec le droit de l'Union dans un contexte où de telles clauses figurent dans près de deux-cents traités similaires. La Commission n'avait, encore une fois, pas réussi à convaincre les arbitres de l'incompatibilité de l'offre d'arbitrage du TBI avec le droit de l'Union. C'est dans le cadre du recours en annulation contre la sentence devant la Cour fédérale de justice allemande que la question préjudicielle a pu être adressée à la Cour de justice. L'Etat défendeur faisait valoir que la convention d'arbitrage était nulle et contraire à l'ordre public en raison de sa contrariété aux articles 267 et 344 du TFUE. La Cour de justice a accueilli cet argument et déclaré l'offre d'arbitrage contraire au droit européen puisque ce mécanisme n'est pas apte à assurer que les différends entre investisseurs et Etats soient réglés par une juridiction qui peut garantir la pleine efficacité et l'autonomie du droit de l'Union. Afin de neutraliser toute possibilité de contourner l'arrêt *Achmea*, la Cour de justice a également déclaré incompatible avec le droit de l'Union toute convention d'arbitrage *ad hoc* conclue postérieurement afin de se substituer à l'offre d'arbitrage d'un TBI dans son arrêt *PL Holdings*¹⁴. La voie de l'arbitrage d'investissement intra-européen paraissait close, à l'exception des arbitrages fondés sur le TCE qui semblaient être épargnés par la Cour de justice.

Il s'agira donc de déterminer dans quelle mesure l'arbitrage international fondé sur le Traité sur la Charte de l'énergie a encore un avenir au sein de l'Union européenne.

Si la Cour de justice semblait avoir annoncé la mort de l'arbitrage d'investissement intra-européen dans son arrêt *Komstroy (Titre 1)*, c'était sans compter sur les perspectives qui lui

¹² Article 3 §1 e), article 206 et article 207 du TFUE.

¹³ CJUE, 6 mars 2018, *Achmea*, aff. C-284/16.

¹⁴ CJUE, 26 octobre 2021, *Republiken Polen c. PL Holdings Sàrl*, aff. C-109/20.

sont encore offertes par les tribunaux arbitraux et le *statu quo* du processus de modernisation du TCE (**Titre 2**).

TITRE 1 : LA FIN DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT INTRA- EUROPEEN ANNONCEE PAR L'AFFAIRE *KOMSTROY*

L'arrêt *Achmea* ne mentionnait pas le sort de l'arbitrage fondé sur le TCE, accord mixte dont l'Union est signataire, contrairement aux TBI dénoncés par la Cour de justice. Pourtant, la majorité des Etats membres estimait que le raisonnement de la Cour était transposable au TCE tandis que cinq Etats membres (Finlande, Luxembourg, Malte, Slovénie, Suède) ne souhaitaient pas se prononcer sans clarification de la Cour et que la Hongrie considérait que le TCE n'était pas concerné. L'intervention de la Cour de justice était donc nécessaire (**Chapitre 1**). En déclarant l'article 26 du TCE inapplicable aux litiges intra-européens, l'annulation de la sentence concernée était attendue (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : L'INTERVENTION DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE

L'intervention de la Cour de justice a été permise par une question préjudicielle posée par la Cour d'appel de Paris dont l'opportunité peut être contestée (**Section 1**). Il reste que ce renvoi préjudiciel a permis à la Cour de justice de rendre une solution allant bien au-delà des questions d'interprétation qui lui étaient soumises (**Section 2**).

Section 1 : Le caractère inopportun de la question préjudicielle posée par la Cour d'appel de Paris

L'affaire en cause concernait une société ukrainienne ayant intenté contre la Moldavie une procédure d'arbitrage *ad hoc* sous le règlement de la CNUDCI conformément à l'article 26(2) c) du TCE. Le tribunal arbitral siégeant à Paris a rendu une sentence le 23 octobre 2013¹⁵ se déclarant compétent et condamnant la Moldavie au paiement de plusieurs millions de dollars US en raison de la méconnaissance de ses engagements internationaux.

Par un arrêt du 12 avril 2016¹⁶, la Cour d'appel de Paris a annulé la sentence au motif que le tribunal arbitral s'était déclaré à tort compétent¹⁷, faute d'un « investissement » au sens du TCE. La décision d'appel a ensuite été censurée par la première chambre civile de la Cour de cassation¹⁸ considérant que le TCE ne précise pas les critères caractérisant un investissement et que les juges d'appel ont ajouté une condition non prévue par celui-ci. Statuant sur renvoi après

¹⁵ *Komstroy (formerly Energoaliants) v. Republic of Moldova*, UNCITRAL, Award, 23 October 2013.

¹⁶ CA Paris, 12 avril 2016, n°13/22531.

¹⁷ Sur fondement de l'article 1520 1° du Code de procédure civile.

¹⁸ Civ. 1^{ère}, 28 mars 2018, n°16-16.568.

cassation, la Cour d'appel de Paris¹⁹ a décidé de poser une question préjudicielle à la Cour de justice sur l'interprétation de la notion d'investissement au sens de l'article 1(6) du TCE. Sans entrer dans le détail des faits de l'espèce, il était question de savoir, en substance, si une créance issue d'un contrat de vente d'électricité qui n'a impliqué aucun apport de la part de l'investisseur dans l'Etat d'accueil pouvait constituer un « investissement » au sens de la disposition précitée.

On peut s'interroger sur la pertinence et la légitimité d'une telle question préjudicielle. Le professeur J. Jourdan-Marques qualifiait ce choix de la Cour d'appel de délégation à la Cour de justice du « travail de contrôle des sentences arbitrales qui lui avait été confié par les parties »²⁰. Il est vrai que le TCE est un acte pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union au sens de l'article 267 du TFUE et que la Cour de justice est ainsi compétente pour connaître des questions d'interprétation qui lui sont relatives afin d'assurer l'application uniforme du droit de l'Union. Toutefois, comme le soulevait la société ukrainienne, la qualité des parties au litige importe puisqu'il s'agit d'un investisseur issu d'un Etat tiers à l'Union face à un autre Etat tiers. Comment la Cour d'appel pouvait-elle donner le dernier mot à la Cour de justice s'agissant de l'interprétation d'un traité international qui ne prévoit pas cette compétence et s'agissant de parties contractantes qui n'ont pas non plus consenti à cette compétence pour la résolution d'un litige qui n'a pas de lien avec l'Union européenne ? Cette solution justifiée par la volonté d'assurer « l'application uniforme du droit de l'UE » conduit à faire prévaloir le droit européen sur le TCE alors même qu'ils devraient être situés au même niveau. En outre, selon Maître A.-S. Gidoïn, en imposant l'interprétation par la Cour de justice du TCE à des Etats extérieurs à l'Union, cette solution conduit à « considérer que le système juridique interne de l'un des cosignataires d'un traité multilatéral s'imposerait aux autres cosignataires ne faisant pas partie de cet ordre juridique »²¹.

Pour défendre la solution de la Cour d'appel, le professeur J. Jourdan-Marques²² rappelle que les parties au litige, certes tierces à l'Union, ont choisi de fixer le siège de l'arbitrage à Paris, choix qui conduit à confier au juge de l'annulation le pouvoir de contrôler la sentence arbitrale sur la compétence en vertu de l'article 1520 1° du Code de procédure civile et le pouvoir de

¹⁹ CA Paris, 24 septembre 2019, n°18/14721.

²⁰ Jourdan-Marques, J., « Chronique d'arbitrage : après Komstroy, Londres rit et Paris pleure », *Dalloz actualité*, 17 septembre 2021.

²¹ Gidoïn, A.-S., Commentaire de l'arrêt rendu par la CA Paris, 24 septembre 2019, *République de Moldavie c. Komstroy*, *Cahiers de l'Arbitrage*, 2020, n°2, p.315.

²² Jourdan-Marques, J., « Chronique d'arbitrage : arbitrage et question préjudicielle – la cour d'appel de Paris jette un pavé dans la mare », *Dalloz actualité*, 29 octobre 2019.

poser une question préjudicielle à la Cour de justice dans le cadre d'un contentieux post-arbitral²³. Or, une jurisprudence bien établie en matière d'arbitrage commercial et d'investissement prévoit que le juge de l'annulation examine attentivement la décision du tribunal arbitral sur sa compétence, qu'il se soit déclaré compétent ou incompétent, en recherchant tous les éléments de droit et de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage²⁴. Il peut donc être défendu que la Cour d'appel de Paris ne fait qu'appliquer le droit français de l'arbitrage qui est supposé être connu et anticipé par les parties choisissant d'y fixer un siège d'arbitrage. D'un point de vue pragmatique, il reste que cet arrêt conduira sans doute les parties à un arbitrage à choisir un siège en-dehors de l'Union européenne, favorisant ainsi les places de Londres et de Genève alors que Paris était fréquemment choisi pour la résolution des litiges d'investissement, à défaut de compétence des tribunaux du CIRDI.

Section 2 : La solution *obiter dicta* de la Cour de justice

Formellement, la Cour de justice était seulement saisie de la question de l'interprétation de la notion d'investissement au sens de l'article 1^{er} du TCE. Toutefois, par une solution qualifiable d'*obiter dicta*, la Cour de justice²⁵ a saisi l'occasion qui lui était offerte par la Cour d'appel de Paris de se prononcer sur le TCE pour juger contraire au droit de l'Union le recours à l'arbitrage d'investissement dans un cadre intra-européen sous l'égide de ce Traité (§2). Cette solution n'a été rendue possible que par une reconnaissance par la Cour de sa propre compétence dont on verra le caractère contestable (§1).

➤ §1 : Une reconnaissance contestable de la compétence de la Cour de justice

La Cour de justice s'estime compétente en raison de deux arguments principaux. Tout d'abord, elle considère que le TCE est un acte du droit de l'Union et qu'elle a compétence pour l'interpréter même dans un litige extérieur à l'Union (A). Ensuite, elle relève les conséquences d'un choix volontaire des parties de localiser le siège de l'arbitrage dans l'Union (B).

A) L'intégration du TCE à l'ordre juridique européen

La société ukrainienne *Komstroy*, les gouvernements hongrois, finlandais et suédois, ainsi que le Conseil de l'Union européenne contestaient la compétence de la Cour dans la mesure où le droit de l'Union n'était pas applicable au différend en cause au principal et que les parties étaient

²³ V. notamment en ce sens : Civ. 1^{ère}, 18 novembre 2015, n°14-26.482.

²⁴ CA Paris, 12 juillet 1984, *Egypte c. SPP* ; Civ. 1^{ère}, 6 janvier 1987, *SPP c. Egypte*, n°84-17.274 ; CA Paris, 12 avril 2016, n°13/22531 ; CA Paris, 25 avril 2017, n°15/01040.

²⁵ CJUE, 2 septembre 2021, *République de Moldavie c. Komstroy*, aff. C-741/19.

étrangères à l'Union. La Cour estime, au contraire, que le TCE ayant été conclu par le Conseil de l'Union et la Commission européenne, il doit être considéré comme un « acte pris par les institutions » au sens de l'article 267 du TFUE qui confère compétence à la Cour pour interpréter ces actes²⁶. A cet égard, elle précise que les dispositions d'un tel accord forment partie intégrante « de l'ordre juridique de l'Union » donc que le TCE qui est un acte de droit international est intégré dans l'ordre juridique européen. Comme le relève, à juste titre, le professeur J. Jourdan-Marques, ce raisonnement conduit à nier la « complexité des questions autour de la pluralité des ordres juridiques »²⁷ puisqu'aux yeux de la Cour, le TCE n'appartient pas à son propre ordre juridique (l'ordre juridique international) mais il est intégré dans l'ordre juridique européen. De ce fait, la Cour refuse de reconnaître une supériorité des engagements internationaux sur le droit européen primaire et décide de se poser en interprète officiel du TCE en se déclarant compétente dans un litige extérieur à l'Union. La Cour de justice ajoute que la circonstance que le TCE soit un accord mixte, conclu par l'Union mais aussi par des Etats tiers, n'exclut pas sa compétence puisqu'il s'agit d'interpréter la notion d'« investissement » au sens du TCE. C'est alors l'occasion pour la Cour de rappeler sa compétence exclusive en matière d'investissements directs étrangers depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en vertu de l'article 207 du TFUE.

Bien consciente que le litige en l'espèce est extérieur à l'Union, la Cour considère néanmoins que, puisque le TCE pourrait s'appliquer dans un différend relevant du droit de l'Union, il existe un intérêt certain pour l'Union à ce que ses dispositions soient interprétées de manière uniforme et ce, « quelles que soient les conditions dans lesquelles ladite disposition est appelée à s'appliquer »²⁸. C'est donc simplement en raison de cette éventualité que la Cour s'estime compétente pour interpréter le TCE, peu important sa nature mixte et la qualité des parties au présent litige.

B) Le choix volontaire de fixer le siège de l'arbitrage dans l'Union

La Cour de justice ajoute ensuite un argument relevant du droit de l'arbitrage qui n'est pas totalement convaincant²⁹. En l'introduisant par l'expression « d'autre part et en tout état de cause », elle semble suggérer que cet argument serait suffisant à lui seul pour retenir la compétence de la Cour, que l'on ait été convaincu ou non par son précédent argument. Elle

²⁶ *Ibid*, points 22 à 24.

²⁷ Jourdan-Marques, J., « Chronique d'arbitrage : après Komstroy, Londres rit et Paris pleure », *Dalloz actualité*, 17 septembre 2021.

²⁸ CJUE, 2 septembre 2021, *République de Moldavie c. Komstroy*, aff. C-741/19, point 29.

²⁹ *Ibid*, points 32 à 34.

rappelle que les parties ont fait le choix de fixer le siège de l'arbitrage à Paris et que ce choix « a pour conséquence de rendre applicable au litige au principal le droit français en tant que *lex fori* dans les conditions et limites prévues par ce droit ». Or, en vertu de l'article 1520 du Code de procédure civile, le juge français est compétent pour connaître du recours en annulation dirigé contre une sentence arbitrale rendue en France pour défaut de compétence du tribunal arbitral et le droit de l'Union fait partie du droit en vigueur dans tout Etat membre. De manière plus générale, la Cour en conclut que la fixation du siège d'un arbitrage dans un Etat membre entraîne l'application du droit de l'Union pour les besoins de la procédure ouverte sur le territoire de cet Etat et que la juridiction saisie a l'obligation d'assurer le respect du droit de l'Union, conformément à l'article 19 du Traité sur l'Union européenne (TUE). Or cet argument semble méconnaître la conception autonomiste de l'arbitrage qui est particulièrement défendue en France car la Cour confond la *lex arbitri* et la loi applicable à la convention d'arbitrage. En droit français, la convention d'arbitrage est indépendante matériellement de son *instrumentum* et juridiquement de toute loi étatique³⁰ : ni les lois étrangères ni le droit français ne lui sont applicables en vertu d'une règle matérielle internationale. Le consentement figurant dans un traité bilatéral d'investissement doit donc être observé, indépendamment de toute loi étatique, au seul regard de l'intention des parties. Le droit de l'Union ne peut donc pas être appliqué par le juge français de l'annulation pour considérer que la convention d'arbitrage figurant dans le traité d'investissement est inapplicable. Comme le relevait le professeur J. Jourdan-Marques³¹, la Cour de justice considère dans son arrêt que la convention d'arbitrage « fait corps avec le traité dans lequel elle figure et est soumise au droit européen », interprété souverainement par elle. Elle ne respecte donc pas les limites du contrôle fixé par le droit français de l'arbitrage international, contrairement à ce qu'elle indiquait être nécessaire au point 33 de l'arrêt.

➤ §2 : L'anéantissement de l'article 26 du TCE dans les relations intra-européennes

Citant abondamment la solution *Achmea*³², la Cour rappelle les différents principes du droit européen permettant d'appuyer sa décision (A) et reprend le raisonnement tripartite qu'elle avait déjà développé afin de rendre inapplicable le mécanisme arbitral prévu par le TCE aux litiges intra-européens (B). Enfin, il faut s'attacher à mesurer la portée exacte de cette solution (C).

³⁰ Principe affirmé par Civ. 1^{ère}, 20 décembre 1993, *Dalico*, n°91-16.828 en arbitrage commercial puis confirmé en matière d'arbitrage d'investissement : CA Paris, 17 novembre 2020, *Sorelec*, n°18/02568.

³¹ Jourdan-Marques, J., « Chronique d'arbitrage : après Komstroy, Londres rit et Paris pleure », *Dalloz actualité*, 17 septembre 2021.

³² CJUE, 6 mars 2018, *Achmea*, aff. C-284/16.

A) Un rappel des différents principes du droit européen

Les principes mis en avant par la Cour de justice sont développés aux points 42 à 46 et ne présentent aucune nouveauté par rapport à ceux invoqués dans l'arrêt *Achmea*. Il s'agit tout d'abord du principe d'autonomie du système juridique de l'Union, auquel un accord international ne peut porter atteinte. Ce principe est consacré à l'article 344 du TFUE qui prévoit que : « Les Etats membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci ». Ce principe est un argument manié par la Cour pour maintenir voire « étendre son monopole de *jurisdictio* contre toute concurrence d'autres juridictions, qu'elles soient supranationales comme la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) ou arbitrales » selon les professeurs S. Ménétreay et M. Happold³³. Il s'agit ensuite du principe d'autonomie du droit de l'Union dont il résulte sa primauté par rapport aux traités, son effet direct, sa source autonome et le principe de confiance mutuelle. Enfin, la Cour rappelle la procédure de renvoi préjudiciel de l'article 267 du TFUE qualifiée de « clef de voûte du système juridictionnel » et permettant d'instaurer un dialogue de juge à juge entre elle et les juridictions des Etats membres afin d'assurer l'interprétation du droit de l'Union, sa cohérence, son plein effet et son autonomie.

B) La reprise du raisonnement tripartite de l'affaire *Achmea*

La logique de l'arrêt *Achmea* est entièrement reprise dans le raisonnement de la Cour qui procède en trois temps³⁴. En premier lieu, la Cour constate qu'en vertu de l'article 26(6) du TCE, le tribunal arbitral statue sur les questions litigieuses conformément au TCE ainsi qu'aux « règles et principes applicables de droit international ». Ainsi, un tel tribunal est amené à interpréter, voire à appliquer, le droit de l'Union. Cette première étape du raisonnement était déjà critiquée par le professeur E. Gaillard³⁵ qui considérait malvenu pour la Cour de se fonder sur une éventualité qui ne se produit pas dans la majorité des cas afin de déclencher l'autonomie du droit de l'Union. La Cour aurait pu cantonner la portée de sa décision aux situations dans lesquelles le tribunal arbitral est effectivement confronté à des questions de droit européen.

En deuxième lieu, la Cour vérifie si un tel tribunal se situe dans le système juridictionnel de l'Union et peut poser des questions préjudicielles en tant que juridiction d'un Etat membre au sens de l'article 267 du TFUE. La réponse est évidente car si un tribunal arbitral présente les

³³ Happold, M. et Ménétreay, S., « L'investissement et l'arbitrage au sens du Traité sur la Charte de l'énergie vu par la Cour de justice : la dimension stratégique de l'arrêt *Komstroy* à l'aune de l'Avis 1/20 », *RTD Eur*, 2022, p.693.

³⁴ CJUE, 2 septembre 2021, *République de Moldavie c. Komstroy*, aff. C-741/19, points 48 à 66.

³⁵ Gaillard, E., « L'affaire *Achmea* ou les conflits de logiques », *Revue critique de DIP*, 2018, p.616.

caractéristiques d'une juridiction, il peut difficilement être qualifié de « juridiction d'un des Etats membres » malgré la tentative de l'avocat général M. Wathelet pour convaincre la Cour du contraire dans l'arrêt *Achmea*³⁶.

En troisième lieu, la Cour observe si le contrôle exercé sur la sentence par les juridictions des Etats membres est de nature à garantir que les questions de droit européen, que le tribunal pourrait connaître, puissent être soumises à la Cour par voie de question préjudicielle. Elle relève le contenu de l'article 26(8) du TCE qui prévoit que les sentences arbitrales sont définitives et obligatoires. Elle met en avant aussi le choix des parties de recourir à un tribunal arbitral *ad hoc* ayant son siège à Paris ce qui rend le droit français applicable à la procédure devant la juridiction de renvoi pour le contrôle juridictionnel de la sentence. La Cour estime ensuite que la *lex arbitri* française, en particulier l'article 1520 du Code de procédure civile, ne prévoit qu'un contrôle limité, portant notamment sur la compétence du tribunal arbitral. Cette minimisation du contrôle exercé sur la sentence par les juridictions des Etats membres est contestable, déjà parce qu'il a permis en l'espèce à la Cour de justice de se prononcer sur la notion d'investissement au sens du TCE et la compatibilité du mécanisme arbitral avec le droit de l'Union. Ensuite, comme l'exposait le professeur E. Gaillard³⁷ au sujet d'*Achmea*, parce qu'il permet un contrôle *a posteriori* de l'existence d'une convention d'arbitrage valable et de la conformité de la sentence à l'ordre public. Aucune sentence méconnaissant les dispositions essentielles du droit de l'Union telles que les libertés fondamentales, le droit des aides d'Etat, le droit de la concurrence et les droits fondamentaux n'est susceptible d'intégrer l'ordre juridique des Etats membres étant donné que le contrôle du respect de l'ordre public est exercé en fait et en droit et *de novo* par le juge étatique. A titre d'exemple, E. Gaillard citait l'affaire *Genentech*³⁸ qui a donné lieu à une question préjudicielle posée par la Cour d'appel de Paris dans le cadre du recours en annulation contre la sentence s'agissant d'une problématique de droit de la concurrence. Les juridictions des Etats membres n'hésitent donc pas à recourir au renvoi préjudiciel dans le cadre du contrôle d'une sentence arbitrale lorsque le droit européen est en cause.

En tout état de cause et de manière identique à l'arrêt *Achmea*, le fait que les parties choisissent le siège du tribunal arbitral et donc l'étendue du contrôle sur la sentence, ainsi que le caractère limité du contrôle exercé par les juridictions des Etats membres sur la sentence vont permettre

³⁶ Conclusions de l'avocat général M. Wathelet, §§126-131.

³⁷ Gaillard, E., « L'affaire *Achmea* ou les conflits de logiques », *Revue critique de DIP*, 2018, p.616.

³⁸ CA Paris, 23 septembre 2014, *Genentech Inc. c. Hoeschst GmbH et Sanofi-Aventis Deutschland GmbH*, n°12/21810 ; CJUE, 7 juillet 2016, aff. C-567/14 ; CA Paris, 26 septembre 2017, n°16/15338.

à la Cour de juger que l'article 26 du TCE prévoit un mécanisme de résolution des litiges susceptible d'exclure que ces litiges, alors même qu'ils pourraient concerner l'interprétation ou l'application du droit de l'Union, soient tranchés « d'une manière garantissant la pleine efficacité de ce droit »³⁹. Ainsi, cette possibilité est « de nature à remettre en cause la préservation de l'autonomie et du caractère propre du droit institué par les traités »⁴⁰ ce qui permet à la Cour d'affirmer l'inapplicabilité de l'article 26(2) c) du TCE aux différends intra-européens. La seule différence notable entre le raisonnement développé dans *Achmea* et celui développé dans *Komstroy* est que le principe de confiance mutuelle n'est pas mobilisé dans le second.

C) La portée précise de la solution

Si la mise à l'écart du mécanisme d'arbitrage de l'article 26(2) c) du TCE est certaine, encore faut-il préciser sa portée exacte. La Cour précise que ce texte est désormais inapplicable aux « différends opposant un Etat membre à un investisseur d'un autre Etat membre au sujet d'un investissement réalisé par ce dernier dans le premier Etat membre »⁴¹. Toutefois, au point 65 de son arrêt, elle réserve la possibilité de recourir à l'arbitrage dans le cadre d'un différend opposant un investisseur d'un Etat tiers à un Etat membre pour un investissement réalisé dans celui-ci. L'article 26 du TCE reste donc applicable pour un litige entre un Etat membre et un investisseur d'un Etat tiers et même si la Cour ne prévoit pas expressément cette hypothèse, il semble rester applicable concernant un investissement réalisé par un investisseur européen dans un Etat tiers. En effet, la situation posant problème à la Cour de justice est celle des obligations que l'article 26 prévoit « aux Etats membres entre eux »⁴² et pas les obligations prévues entre Etats membres et autres parties contractantes du TCE. Toutes ces distinctions risquent d'accroître encore l'importance de la question de la nationalité de l'investisseur qui est souvent débattue devant les tribunaux arbitraux. Enfin, elle semble laisser ouverte la possibilité pour les investisseurs européens d'invoquer le TCE devant les juridictions d'un autre Etat membre partie à ce Traité⁴³ puisque seul le mécanisme d'arbitrage est dénoncé.

Par ailleurs, la décision de la Cour de justice doit être circonscrite au cas spécifique d'un arbitrage d'investissement, par opposition à un arbitrage commercial. La Cour s'engage en effet

³⁹ CJUE, 2 septembre 2021, *République de Moldavie c. Komstroy*, aff. C-741/19, point 60.

⁴⁰ *Ibid*, point 63.

⁴¹ *Ibid*, point 66.

⁴² *Ibid*, point 65.

⁴³ V. en ce sens : Saugmandsgaard, H. et Sabouret, P., « Transition verte : les investissements intra-UE après l'arrêt Komstroy - Quel avenir pour le TCE ? », *Obs. Brux.*, mars 2022, n°127, p.45.

dans un « *distinguishing* » assez subtil entre les deux types d'arbitrage selon l'expression des professeurs S. Ménétreay et M. Happold⁴⁴. Contrairement à l'arbitrage commercial qui trouve son origine « dans l'autonomie de la volonté des parties concernées », l'arbitrage d'investissement trouve son origine dans un « traité » par lequel des Etats membres consentent à soustraire à la compétence de leurs propres juridictions des litiges pouvant porter sur l'application ou l'interprétation du droit de l'Union. Ainsi, l'arbitrage d'investissement justifie un contrôle accru des sentences, en raison de la renonciation par les Etats à la compétence de leurs propres juridictions. Il s'agissait donc d'une distinction peu claire qui s'est avérée affaiblie par un arrêt postérieur de la Cour de justice elle-même. En effet, certains ont pu penser qu'un arbitrage d'investissement auquel l'Etat aurait spécifiquement consenti pouvait échapper à la censure de la Cour de justice. Toutefois, dans l'affaire *PL Holdings*⁴⁵, la Cour a jugé qu'une convention d'arbitrage *ad hoc* se substituant à l'offre d'arbitrage d'un TBI était incompatible avec le droit de l'Union. Elle a ainsi fait échec à la tentative des requérants de tirer parti de la réserve formulée dans *Achmea* et reprise dans *Komstroy* en faveur de l'arbitrage fondée sur la commune volonté des parties. Elle refuse d'ouvrir la voie à un contournement de ses solutions mais elle ne condamne pas expressément un arbitrage au fondement contractuel entre un Etat membre et un investisseur d'un autre Etat membre lorsqu'il n'y a aucun TBI conclu entre les pays concernés. Ainsi, la distinction entre arbitrage commercial et d'investissement demeure mais l'argument de l'autonomie de la volonté n'est pas suffisant. Encore faut-il qu'il ne s'agisse pas pour l'Etat de consentir spécifiquement à l'arbitrage pour pallier un traité précédemment conclu.

⁴⁴ Happold, M. et Ménétreay, S., « L'investissement et l'arbitrage au sens du Traité sur la Charte de l'énergie vu par la Cour de justice : la dimension stratégique de l'arrêt Komstroy à l'aune de l'Avis 1/20 », *RTD Eur.*, 2022, p.693.

⁴⁵ CJUE, 26 octobre 2021, *Republiken Polen c. PL Holdings Sàrl*, aff. C-109/20.

CHAPITRE 2 : L'ANNULATION ATTENDUE DE LA SENTENCE PAR LA COUR D'APPEL DE PARIS

Suite à cette décision préjudicielle, la Cour d'appel de Paris devait encore se prononcer sur le recours en annulation introduit par la Moldavie contre la sentence l'ayant condamnée. Nul ne doutait du choix de la juridiction de renvoi de s'incliner devant la Cour de justice en annulant la sentence. La Cour d'appel de Paris⁴⁶ a en effet affirmé le caractère contraignant de l'interprétation donnée par la Cour de justice de la notion d'investissement dans le cadre du TCE (**Section 1**). Par ailleurs, l'investisseur a tenté, sans succès, de contester le principe d'une annulation de la sentence en invoquant l'affaire *BTS Holding c. Slovaquie*⁴⁷ où la Cour européenne des droits de l'Homme a affirmé que le refus de l'Etat d'exécuter une sentence arbitrale constituait une atteinte au droit de propriété (**Section 2**).

Section 1 : Le caractère contraignant de l'interprétation par la Cour de justice de la notion d'investissement dans le cadre du TCE

Il s'agira d'étudier successivement la solution apportée par la Cour d'appel de Paris (§1) puis les critiques pouvant être formulées à son encontre (§2).

➤ §1 : La solution de la Cour d'appel

La Moldavie invoquait deux griefs de l'article 1520 du Code de procédure civile conduisant à annuler la sentence. L'Etat faisait valoir que le tribunal arbitral s'était déclaré à tort compétent et/ou que la reconnaissance ou exécution de la sentence était contraire à l'ordre public international. La Cour d'appel retiendra le premier grief pour annuler la sentence et n'examinera donc pas le second. Concernant le premier grief, la Moldavie défend l'incompétence du tribunal arbitral car les conditions énoncées par l'article 26(1) du TCE pour le recours à l'arbitrage ne sont pas réunies en l'absence d'un investissement protégé réalisé par l'investisseur dans la zone de la Moldavie. Elle soutient donc, en substance, que la solution donnée par la Cour de justice sur l'interprétation de la notion d'investissement s'impose car le juge de renvoi est lié par sa réponse. Selon l'Etat hôte de l'investissement, il ne faut pas opérer de traitement différencié en fonction de l'identité des parties en raison du principe d'interprétation uniforme des traités.

En réponse, la société ukrainienne défend la portée limitée de la décision rendue par la Cour de justice car elle ne serait pas contraignante pour le juge de renvoi. Comme le litige ne relève pas

⁴⁶ CA Paris, 10 janvier 2023, n°18/14721.

⁴⁷ CEDH, 30 juin 2022, *BTS Holding a.s. v. Slovakia*, n°55617/17.

du droit de l'Union, elle invoque l'autorité relative de la chose interprétée par la Cour car la définition de la notion d'investissement voulue par les Etats parties doit prévaloir sur celle donnée par la Cour de justice. Elle rappelle ainsi qu'aucun principe ne s'oppose à ce que l'on attache des significations différentes à cette notion selon l'ordre juridique concerné, à savoir l'ordre européen ou international, notamment en raison de la multiplicité des relations juridiques bilatérales que le TCE établit. Selon l'investisseur, la Cour d'appel doit donc interpréter l'article 1(6) du TCE au sens du droit international, notamment en suivant son sens ordinaire, dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité en vertu de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. Il rappelle également que la convention d'arbitrage est régie uniquement par la commune volonté des parties et n'est donc pas soumise à une quelconque loi étatique. Enfin, il démontre point par point que les conditions d'application du TCE étaient bien réunies pour que le tribunal arbitral s'estime compétent et que l'arrêt de la Cour de justice ne retenant pas la qualification d'investissement repose sur des éléments factuels incomplets et procède de constatations erronées. Il invite ainsi la Cour d'appel à confronter les éléments d'interprétation du droit de l'Union à la situation factuelle dont elle est saisie.

La Cour d'appel commence par rappeler le caractère obligatoire des décisions préjudicielles quant à l'interprétation des actes concernés en vertu de l'article 91 du règlement de procédure de la Cour de justice de l'Union du 25 septembre 2012 et de plusieurs arrêts de la Cour de justice⁴⁸. Elle affirme que la Cour de justice a retenu sa compétence sans méconnaître le fait que le différend opposait une entreprise d'un Etat tiers à l'Union à un autre Etat tiers, partie au TCE. Elle ajoute que cette affirmation de compétence était justifiée par la nécessité d'assurer une interprétation uniforme par les Etats membres de l'Union de la notion d'investissement au sens du TCE. Ainsi, elle refuse de permettre deux interprétations différentes de la notion d'investissement du TCE, à savoir une interprétation sous l'égide de la Cour de justice lorsque le droit de l'Union est applicable (donc que les parties sont des Etats membres) et une interprétation différente lorsque le droit de l'Union ne s'applique pas car les parties au litige sont des Etats tiers à l'Union. Une telle distinction serait inopérante en raison de deux arguments : d'abord, car la notion d'investissement est indépendante de la nationalité de l'investisseur et de son appartenance à l'Union européenne et, ensuite, car la société ukrainienne n'apporte aucune preuve d'une définition univoque de cette notion dans l'ordre juridique

⁴⁸ V. point 53 de l'arrêt citant : CJCE, 3 février 1977, *Benedetti*, aff. 52/76 ; CJCE, ord., 5 mars 1986, *Wünsche*, aff. 69/85 ; CJCE, 11 juin 1987, *Pretore di Salo*, aff. 14/86.

international et qu'au contraire, il semble en exister deux interprétations possibles au regard des données du litige. Pour appuyer encore sa solution, le juge de renvoi souligne que la Cour de justice a interprété le TCE conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne précitée, contrairement à ce qu'affirme l'investisseur. Ainsi, l'interprétation de la Cour de justice s'impose en droit à la Cour d'appel. Celle-ci raisonne ensuite en fait et en conclut que le droit de créance invoqué par la société n'est pas un investissement selon le TCE donc le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent et la sentence doit être annulée. Elle rejette donc l'argument de l'investisseur sur le caractère incomplet de l'analyse factuelle de la Cour de justice puisque celle-ci disposait, en plus de l'arrêt de renvoi, de la sentence et des contrats litigieux.

➤ §2 : L'appréciation critique

Plusieurs critiques peuvent être formulées à l'encontre de cette solution. Tout d'abord, l'argument de l'investisseur selon lequel plusieurs interprétations du terme « investissement » peuvent exister selon l'ordre juridique concerné semble pertinent et la Cour d'appel le balaie hâtivement. Dans la mesure où le TCE ne prévoit pas de Cour internationale ou d'organe chargé de son interprétation, l'entrechoc entre les différents ordres juridiques était prévisible. Il apparaît peu probable que les Etats parties du TCE qui sont tiers à l'Union souhaitent que l'interprétation d'une Cour européenne prévale sur les interprétations de leurs juridictions et quoiqu'il en soit, celles-ci continueront de se conformer à leur propre interprétation. Il est souhaitable, certes, d'avoir une interprétation unique du TCE mais étant donné l'absence de moyen mis en place pour y parvenir, les Etats doivent pour l'instant composer avec de potentielles divergences d'interprétation. Or, la Cour d'appel ne semble pas prête à raisonner sur ce terrain. Elle choisit de se ranger du côté de la Cour de justice sans plus de discussion puisqu'« une telle distinction [entre les ordres juridiques] n'est nullement envisagée dans le dispositif de l'arrêt préjudiciel, qui lie le juge de renvoi »⁴⁹. C'est une attitude décevante selon certains auteurs. Le professeur J. Jourdan-Marques⁵⁰ affirme que « cet arrêt méritait soit deux pages, soit cent », à savoir deux pages pour « rappeler le caractère obligatoire de l'interprétation de la Cour de justice et annuler la sentence sans autre discussion » ou cent pages pour « réaliser une véritable analyse approfondie de la question sur la compétence ». D'ailleurs, la Cour d'appel rappelle elle-même une grande incohérence de l'arrêt rendu par la juridiction européenne : elle note que la compétence de la Cour de justice tirait sa justification de la

⁴⁹ CA Paris, 10 janvier 2023, n°18/14721, point 57.

⁵⁰ Jourdan-Marques, J., « Chronique d'arbitrage : à l'ami, à la mort », *Dalloz actualité*, 14 mars 2023.

nécessité d'une « interprétation uniforme » du droit européen alors même que la portée de cette interprétation « est désormais nécessairement circonscrite à des situations mettant en cause des parties tierces à l'Union »⁵¹ puisque la Cour de justice a décidé que le TCE n'était « pas applicable aux différends opposant un Etat membre à un investisseur d'un autre Etat membre »⁵².

Par ailleurs, le professeur J. Jourdan-Marques⁵³ signalait l'existence d'une porte de sortie laissée par la Cour de justice pour que la Cour d'appel puisse se détacher de sa solution mais celle-ci ne l'a pas saisie. En effet, dans son arrêt *Komstroy*, la Cour de justice a précisé à deux reprises que le contrôle de la sentence doit se faire dans le cadre et les limites de ce qui est prévu par le droit du siège. En l'état actuel de la jurisprudence française et du droit français de l'arbitrage international, la Cour d'appel pourrait rappeler que la convention d'arbitrage est détachée de toute loi étatique et que l'interprétation donnée par la Cour de justice ne s'impose donc pas à elle. Toutefois, ce serait s'écarter totalement des solutions de la Cour de justice et il est clair que celle-ci n'a pas souhaité laisser délibérément cette porte de sortie.

En outre, on peut imaginer de modifier le contrôle sur la compétence réalisé actuellement par le juge de l'annulation. En l'état actuel, ce contrôle se désintéresse totalement du raisonnement mené par les arbitres car le juge français réalise son propre contrôle à partir de la convention d'arbitrage. Une solution alternative serait pour le juge de l'annulation d'utiliser la motivation de la sentence arbitrale comme point de départ de son contrôle. Il vérifierait si la solution retenue par l'arbitre est fondée et il serait contraint de prendre en compte la variété de sources utilisées par les arbitres et de ne pas se fier uniquement aux sources françaises. Les juridictions françaises ne seraient donc pas liées par la solution de la Cour de justice. Là encore, ce serait un contournement risqué de la politique juridique de la Cour de justice hostile à l'arbitrage d'investissement intra-européen depuis l'arrêt *Achmea*.

Par ailleurs, d'autres critiques peuvent être adressées quant au contenu du raisonnement développé par la Cour. Tout d'abord, le professeur J. Jourdan-Marques⁵⁴ pointait du doigt le « maniement contestable des sources » par la Cour d'appel. En effet, elle met sur le même plan la sentence arbitrale et l'opinion dissidente du président du tribunal arbitral. D'une part, la place

⁵¹ CA Paris, 10 janvier 2023, n°18/14721, point 56.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Jourdan-Marques, J., « Chronique d'arbitrage : après Komstroy, Londres rit et Paris pleure », *Dalloz actualité*, 17 septembre 2021.

⁵⁴ Jourdan-Marques, J., « Chronique d'arbitrage : à l'ami, à la mort », *Dalloz actualité*, 14 mars 2023.

réservée à la sentence et à l'opinion dissidente est identique dans le raisonnement de la Cour⁵⁵ et d'autre part, elle va jusqu'à dire qu'il y a des « divergences d'interprétation » entre ces deux sources alors qu'elles n'ont pas la même nature puisque la sentence a une nature juridictionnelle dont est dépourvue l'opinion dissidente. On ne peut donc pas parler de divergences d'interprétation entre ces deux sources de nature différente. Selon le professeur J. Jourdan-Marques, les comparer de la sorte ne conduirait qu'à inciter les arbitres partiaux à rédiger des opinions dissidentes afin d'être un argument de poids lors du recours en annulation. Ensuite, toujours pour illustrer une divergence d'interprétation, la Cour d'appel met sur le même plan deux décisions judiciaires alors que le premier arrêt⁵⁶ a été cassé par la seconde décision⁵⁷. Il n'est donc pas possible de tenir compte d'une appréciation qui n'a plus d'existence dans l'ordre juridique.

Enfin, le choix de la Cour d'appel d'écarter l'argument sur le caractère incomplet de l'analyse factuelle réalisée par la Cour de justice est critiquable. En effet, devant la Cour de justice, la qualification factuelle a été faite sans débat contradictoire. Ce sont donc des éléments cruciaux qui échappent à un vrai débat : la Cour de justice a considéré qu'un « simple contrat de fourniture est une opération commerciale qui ne saurait, en tant que telle, constituer un “investissement” »⁵⁸ et la Cour d'appel affirme, sans aucune motivation ni source venant appuyer son fondement, que les conventions « présentent une nature commerciale »⁵⁹. Selon les termes du professeur J. Jourdan-Marques, « la motivation de l'arrêt en sort grandement affectée »⁶⁰.

Section 2 : L'échec de la tentative de l'investisseur d'invoquer une violation de son droit de propriété protégé par le premier protocole de la Convention européenne des droits de l'Homme

L'investisseur se prévaut en réalité d'une récente décision de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *BTS Holding c. Slovaquie*⁶¹ qu'il convient d'étudier (§1) avant de se pencher sur le refus critiquable de cet argument par la Cour d'appel de Paris (§2).

⁵⁵ CA Paris, 10 janvier 2023, n°18/14721, points 47 et 48.

⁵⁶ CA Paris, 12 avril 2016, n°13/22531.

⁵⁷ Civ. 1^{ère}, 28 mars 2018, n°16-16.568.

⁵⁸ CJUE, 2 septembre 2021, *République de Moldavie c. Komstroy*, aff. C-741/19, point 79.

⁵⁹ CA Paris, 10 janvier 2023, n°18/14721, point 72.

⁶⁰ Jourdan-Marques, J., « Chronique d'arbitrage : à l'ami, à la mort », *Dalloz actualité*, 14 mars 2023.

⁶¹ CEDH, 30 juin 2022, *BTS Holding a.s. v. Slovakia*, n°55617/17.

➤ §1 : Le rappel de la décision *BTS Holding c. Slovaquie*

Dans cette affaire, la République de Slovaquie avait été condamnée en raison de l'inexécution d'une sentence arbitrale CCI rendue à Paris en matière commerciale. L'apport de l'arrêt est essentiel sur plusieurs points : d'abord, la Cour européenne se prononce sur le fait de savoir si une sentence arbitrale peut constituer un « bien » au sens de l'article premier du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH) qui dispose notamment que : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et par les principes généraux du droit international »⁶². Ensuite, elle affirme que le refus d'exécution d'une sentence arbitrale peut constituer une ingérence injustifiée et illicite dans le droit au respect de ses biens et que c'était le cas en l'espèce.

En premier lieu, le fait d'affirmer que la créance figurant dans la sentence arbitrale constitue un « bien » au sens de la CEDH n'est pas une grande nouveauté car la Cour l'avait affirmé dans l'affaire *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*⁶³ et deux affaires postérieures⁶⁴. Il existe néanmoins une condition : la créance doit être suffisamment établie pour être exécutoire (« *sufficiently established to be enforceable* »⁶⁵) ce qui était le cas dans l'affaire *BTS Holding* car : la sentence était devenue définitive et obligatoire, la Slovaquie ne l'avait pas contestée au siège, elle était devenue en principe exécutoire en Slovaquie par l'effet de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères⁶⁶ et des dispositions de la loi slovaque sur les procédures d'arbitrage, aucune décision distincte n'était requise pour la reconnaissance de la sentence en Slovaquie et la procédure d'exequatur ne permettait aucun examen de fond de la sentence elle-même (« *did not allow for any substantive review of the award itself* »⁶⁷).

Toutefois, le professeur J. Jourdan-Marques⁶⁸ souligne la spécificité du droit slovaque qui ne distingue pas l'exécution de l'exequatur de la sentence. La sentence est reconnue implicitement

⁶² *Ibid*, §49.

⁶³ CEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, n°13427/87.

⁶⁴ CEDH, 3 avril 2008, *Regent company v. Ukraine*, n°773/03 ; CEDH, 20 avril 2010, *Kin-Stib and Majkić v. Serbia*, n°12312/05.

⁶⁵ CEDH, 30 juin 2022, *BTS Holding a.s. v. Slovakia*, n°55617/17, §49.

⁶⁶ Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères conclue à New York le 10 juin 1958.

⁶⁷ CEDH, 30 juin 2022, *BTS Holding a.s. v. Slovakia*, n°55617/17, §52.

⁶⁸ Jourdan-Marques, J., « Chronique d'arbitrage : CJUE versus CEDH, la bataille pour l'arbitrage a commencé », *Dalloz actualité*, 13 juillet 2022.

et automatiquement dans l'ordre juridique slovaque comme l'explique la Cour européenne : « *there was no separate decision to be taken for the recognition of the award in Slovakia and, by operation of law, its legal recognition in Slovakia was implicit* »⁶⁹. Est-ce que cette spécificité du droit concerné change la donne pour qualifier la sentence de bien ? L'acquisition de la qualité de bien n'est-elle que postérieure à l'exequatur ou peut-elle être antérieure ? Deux praticiens anglais de l'arbitrage, G. Nardell et L. Rees-Evans⁷⁰, soulignent que la Cour n'apporte pas de réponse claire et générale à la question de savoir où tracer la ligne de démarcation entre une demande « suffisamment établie pour être exécutoire » et une demande qui ne l'est pas, dans le contexte d'une sentence arbitrale. En particulier, est-ce qu'une sentence est une créance « suffisamment établie » uniquement s'il n'y a pas de possibilité de recours en annulation de la sentence ? Si tel est le cas, la sentence n'est pas un bien avant l'exercice éventuel du recours en annulation ou l'expiration du délai pour l'intenter⁷¹. Le professeur J. Jourdan-Marques considère que : « certains critères soulignés par la Cour – le caractère définitif et obligatoire de la sentence, l'autorité de la chose jugée de la sentence, la référence à la Convention de New York – plaident en faveur d'une qualification de bien en amont de l'exequatur »⁷².

En deuxième lieu, la Cour examine la conformité des décisions slovaques aux exigences de la CEDH afin de savoir si le refus d'exécution constituait une ingérence dans le droit au respect des biens. Elle observe les cinq motifs de refus retenus par le juge slovaque pour refuser l'exécution de la sentence : l'absence de clause d'arbitrage pour établir la compétence du tribunal arbitral, le fait que la sentence n'ait pas spécifié de délai de mise en conformité et n'ait pas été accompagnée d'un certificat indiquant la date de son caractère exécutoire, le fait que les parties avaient renoncé à leur droit de recours avant la sentence, le fait qu'il y ait un enjeu de protection de la concurrence et, enfin, le fait que l'Etat slovaque n'avait pas les fonds suffisants pour payer la somme d'argent auquel il était condamné et que ce serait aux frais des contribuables nationaux. Elle en conclut que les motifs invoqués par les tribunaux nationaux pour refuser l'exécution dépassent le cadre établi par le droit local et la Convention de New

⁶⁹ CEDH, 30 juin 2022, *BTS Holding a.s. v. Slovakia*, n°55617/17, §51.

⁷⁰ Nardell, G. et Rees-Evans, L., « The agreement terminating intra-EU BITs : are its provisions on “New” and “Pending” Arbitration Proceedings compatible with investors’ fundamental rights ? », *Arbitration International*, 2021, p.197.

⁷¹ En droit français, l'article 1519 du Code de procédure civile prévoit que le recours en annulation peut être intenté dans le mois de la notification de la sentence.

⁷² Jourdan-Marques, J., « Chronique d'arbitrage : CJUE versus CEDH, la bataille pour l'arbitrage a commencé », *Dalloz actualité*, 13 juillet 2022.

York⁷³. Ainsi, ce refus d'exécution présente un caractère disproportionné, même s'il a pu servir un intérêt général et les juridictions locales n'ont pas tenu compte des droits fondamentaux du requérant ni de la nécessité d'un juste équilibre entre ces droits et l'intérêt général de la communauté. La Cour européenne n'hésite donc pas à contrôler la motivation du juge étatique, que cette motivation se rattache ou non à la Convention de New York. Il est donc clair désormais que le refus d'exécution d'une sentence se trouve soumis à une exigence de légalité, comme toute interférence dans le droit au respect des biens, et que la Cour européenne sanctionne à ce titre des erreurs évidentes ou des manifestations de l'arbitraire de la part des juridictions locales.

Selon les praticiens anglais précités, G. Nardell et L. Rees-Evans⁷⁴, cette décision intervient à un moment où la communauté européenne de l'arbitrage commence à considérer la CEDH comme une solution pour les investisseurs face à l'opposition de l'Union européenne à l'arbitrage d'investissement intra-européen. La saisine de la Cour européenne apparaît alors comme une potentielle voie à suivre pour les investisseurs privés du bénéfice de leur sentence afin de forcer les Etats à respecter leurs engagements, d'autant plus que la Cour envisage une réparation équivalente à celle fixée par les arbitres. Dans cette affaire, les décisions slovaques ne pouvaient pas faire l'objet d'une révision ce qui conduit la Cour à ouvrir de nouveau le débat pour permettre aux parties de discuter du montant de l'indemnisation. Lors d'une conférence⁷⁵, Daniel Pap, membre du Conseil de l'Europe, incitait les investisseurs européens concernés à explorer les voies ouvertes par la CEDH et mettait en avant justement les avantages d'une telle procédure en termes d'indemnisation.

➤ §2 : Le rejet critiquable de l'atteinte au droit de propriété par la Cour d'appel

Se prévalant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, l'investisseur ukrainien conteste le principe d'une annulation de la sentence devant la Cour d'appel de Paris. Il avance que l'annulation de la sentence sur la base de l'interprétation donnée par la Cour de justice sortirait du cadre français permettant une telle annulation, en le privant du bénéfice de l'interprétation du TCE au sens du droit international. La Cour d'appel refuse cet argument d'une atteinte au droit de propriété de la société ukrainienne et donne deux motifs à ce refus.

⁷³ CEDH, 30 juin 2022, *BTS Holding a.s. v. Slovakia*, n°55617/17, §71.

⁷⁴ Nardell, G. et Rees-Evans, L., « The Role of the ECtHR in the Protection of International Arbitral Awards : Insights from *BTS Holding v Slovakia* », *Kluwer Arbitration Blog*, 12 octobre 2022.

⁷⁵ Conférence organisée par le cabinet Dechert dans le cadre de la *Paris Arbitration Week*, « Investment Protection in the European Union : Arbitration and its alternatives », 30 mars 2023.

D'une part, elle rappelle que la décision *BTS Holding* concerne la seule exécution d'une sentence devenue définitive et que la Cour européenne soulignait que la sentence en question « aurait pu être contestée par les procédures prévues à cet effet dans la juridiction du siège de l'arbitrage ». La Cour d'appel en déduit alors que la Cour européenne a « réservé l'hypothèse du contrôle opéré par le juge du recours, dans laquelle s'inscrit la présente affaire ». Or, en réalité, l'arrêt *BTS Holding* n'est pas traduit officiellement en langue française et la Cour d'appel s'est contentée de citer le communiqué de la Cour européenne qui est disponible en français. En effet, le raisonnement de la Cour européenne est plus subtil que ce qui est retranscrit brièvement dans ce communiqué. Comme cela a été exposé ci-dessus, la Cour de Strasbourg a seulement jugé que : « *a claim can constitute a possession within the meaning of Article 1 of Protocol n°1 if it is sufficiently established to be enforceable, for example by virtue of an arbitration award* »⁷⁶. Ainsi, lorsqu'elle relève que la Slovaquie n'a pas contesté la sentence arbitrale dans l'Etat du siège de l'arbitrage et que la sentence était devenue définitive et obligatoire, il s'agit seulement d'une appréciation factuelle qui n'est pas nécessairement une condition requise pour considérer qu'une sentence est « suffisamment établie pour être exécutoire ». La conclusion de la juridiction de renvoi est donc très hâtive et procède d'une lecture incomplète de l'arrêt dont il est question. En droit français, l'article 1526 du Code de procédure civile prévoit que le recours en annulation n'a pas d'effet suspensif, si bien que la sentence présente un caractère exécutoire dès qu'elle est rendue. Il est possible qu'à l'avenir, la Cour européenne précise sa définition d'une sentence « suffisamment établie pour être exécutoire » et considère que, concernant le droit français de l'arbitrage, une sentence présente cette qualité dès sa reddition.

D'autre part, la Cour d'appel affirme que l'application de l'interprétation dégagée par la Cour de justice n'a pas eu pour effet de priver la société des attentes légitimes de l'investisseur. En effet, la société défendait que l'investissement avait été reconnu conforme au TCE par le tribunal arbitral et qu'en cas d'annulation, elle se verrait indûment privée des fruits de ses créances valides simplement en raison d'une interprétation ultérieure et différente de la notion d'investissement. Ainsi, l'application de l'interprétation dégagée par la Cour de justice faisait peser sur elle une charge excessive et disproportionnée. La Cour d'appel balaie cet argument puisqu'une telle conception reviendrait, selon elle, à nier l'office du juge du contrôle prévu par la Convention de New York, « en le privant de toute possibilité d'une analyse divergente du

⁷⁶ CEDH, 30 juin 2022, *BTS Holding a.s. v. Slovakia*, n°55617/17, §49.

tribunal arbitral »⁷⁷. De surcroît, elle ajoute que l'interprétation donnée par la Cour de justice n'a pas contrevenu à celle pouvant être admise en droit international. Or, il y a dans ce raisonnement une erreur fondamentale de la Cour d'appel. Celle-ci ne vise pas sa propre appréciation, en tant que juge de l'annulation, de la notion d'investissement mais elle vise l'appréciation de la Cour de justice qui n'est en aucun cas le juge de l'annulation. Si l'on s'en tient à son raisonnement, la Cour de justice ne peut, sur le fondement de la Convention de New York, voir son office nié et être privée de toute possibilité d'une analyse divergente du tribunal arbitral. Le juge de l'annulation étant le juge du siège, c'est bien la Cour d'appel de Paris que les parties ont envisagé pour connaître d'un éventuel recours en annulation. Le professeur J. Jourdan-Marques souligne donc que c'est cette volonté des parties qui a été « balayée par le renvoi à la Cour de justice »⁷⁸ et que « c'est cette délégation de l'appréciation de leur convention d'arbitrage qui est à l'origine de l'atteinte aux biens », d'autant plus que la Cour de cassation française, également juge du siège, a statué en faveur du maintien de la sentence.

En somme, on pouvait s'attendre à une motivation plus développée et rigoureuse de la Cour d'appel pour rejeter l'argument d'une atteinte au droit de propriété de l'investisseur. L'arrêt *BTS Holding* et la potentielle voie protectrice qu'il offre aux investisseurs européens méritaient sans doute de s'y pencher davantage malgré les incertitudes qu'il laisse planer pour qualifier une sentence de « bien ».

Pour conclure, la Cour de justice a bel et bien annoncé la fin de tout arbitrage d'investissement intra-européen fondé sur le TCE. Le fait que la juridiction de renvoi française ait suivi son raisonnement à la lettre et écarté tout argument tiré de la CEDH semblait également signifier la fin du débat. Pourtant, l'arbitrage intra-UE fondé sur le TCE connaît encore, mais peut-être pas pour longtemps, des perspectives favorables à son maintien.

⁷⁷ CA Paris, 10 janvier 2023, n°18/14721, point 89.

⁷⁸ Jourdan-Marques, J., « Chronique d'arbitrage : à l'ami, à la mort », *Dalloz actualité*, 14 mars 2023.

TITRE 2 : LES PERSPECTIVES DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT INTRA-EUROPEEN

Il convient de voir, dans un premier temps, la jurisprudence des tribunaux arbitraux qui sont les premiers à avoir la main pour suivre ou non le raisonnement développé par la Cour de justice (**Chapitre 1**). Dans un second temps, il faut envisager le sort du mécanisme arbitral dans le TCE puisqu'au moment d'écrire ces lignes, son article 26 est encore en vigueur et lie l'Union européenne et ses Etats membres, à l'exception de l'Italie (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : LES SUITES DE LA DECISION KOMSTROY DANS LA JURISPRUDENCE ARBITRALE

A la suite de la décision *Komstroy*, les investisseurs n'ont pas cessé d'introduire des demandes d'arbitrage fondées sur le TCE dans des différends intra-européens. Jusqu'à récemment, les tribunaux arbitraux et les comités *ad hoc* du CIRDI refusaient unanimement d'appliquer le raisonnement *Komstroy* et de remettre ainsi en cause l'arbitrage d'investissement intra-européen (**Section 1**). Pour preuve, un comité *ad hoc*⁷⁹ recensait cinquante-six tribunaux arbitraux, dont trente-cinq saisis sur le fondement du TCE, qui ont rejeté l'objection d'incompétence fondée sur la nature intra-européenne du différend. Néanmoins, un tribunal arbitral *ad hoc*⁸⁰ s'est dernièrement résigné en accueillant l'objection d'incompétence tirée de l'incompatibilité du mécanisme d'arbitrage prévu par le TCE avec le droit de l'Union, ouvrant probablement la voie à d'autres décisions en ce sens (**Section 2**).

Section 1 : La résistance unanime des tribunaux arbitraux du CIRDI

La Commission européenne continue d'intervenir devant les tribunaux arbitraux constitués sur la base du CIRDI pour défendre l'incompatibilité du TCE avec le droit de l'Union et leur obligation de décliner leur compétence. Ces tribunaux continuent de reconnaître leur compétence, que ce soit dans le cadre de recours spécifiques (§1) ou d'une procédure arbitrale ordinaire (§2). Ils rejettent les objections fondées sur la nature intra-européenne du différend en constatant l'absence de primauté du droit de l'Union dans l'ordre juridique international et l'absence d'autorité des arrêts de la Cour de justice. Ainsi, le TCE invoqué a plein effet car il est demeuré en vigueur conformément aux principes de droit international général.

⁷⁹ *Infrastructure Services Luxembourg S.À.R.L. and Energia Termosolar B.V. (formerly Antin Infrastructure Services Luxembourg S.À.R.L. and Antin Energia Termosolar B.V.) v. Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/13/31, Decision on Annulment, 30 July 2021, §154.

⁸⁰ *Green Power partners K/S and SCE Solar Don Benito APS v. Kingdom of Spain*, SCC Case n° V2016/135, Award, 16 June 2022.

➤ §1 : Le cas des recours spécifiques prévus par la Convention CIRDI

L'article 53(1) de la Convention CIRDI prévoit que les sentences sont définitives et ont force obligatoire à l'égard des parties au différend. Elles peuvent néanmoins faire l'objet de recours post-sentence spécifiques prévus par la Convention. C'est majoritairement dans le cadre de demandes de réexamen de sentences rendues avant *Komstroy* (A) ou de demandes d'annulation (B) que des Etats ont tenté de remettre en cause les décisions les condamnant. A titre préliminaire, on peut néanmoins relever l'affaire *Masdar Solar c. Espagne*⁸¹ dans laquelle l'Etat a tenté de demander, sans succès, une décision supplémentaire ou de rectification du tribunal en vertu de l'article 49(2) de la Convention CIRDI et de l'article 61 du règlement d'arbitrage. Cela démontre que les Etats défendeurs tentent différentes voies procédurales permises par la Convention CIRDI pour parvenir à leurs fins.

A) Les demandes de réexamen de décisions rendues avant *Komstroy*

Pour rappel, une partie peut demander la révision de la sentence si elle découvre un fait nouveau susceptible d'avoir une incidence décisive sur la sentence⁸², à condition qu'il n'ait pas été connu du tribunal et de la partie requérante avant le prononcé de la sentence et que sa méconnaissance par la partie requérante ne soit pas due à la négligence. La demande doit être introduite dans les quatre-vingt-dix jours suivant la découverte du fait nouveau en question et, en tout état de cause, dans les trois ans suivant le prononcé de la sentence. Plusieurs tribunaux arbitraux se sont vus demander de reconsidérer leurs décisions passées acceptant leur compétence. Certains ont accepté par principe mais aucun n'a accepté *in fine* de décliner sa compétence⁸³.

A titre d'exemple, dans l'affaire *Infracapital c. Espagne*⁸⁴, le tribunal a jugé que l'arrêt *Komstroy* de la Cour de justice constituait bien un fait nouveau car il n'était pas connu du tribunal au moment de sa décision mais il a considéré que ses arguments avaient tout de même

⁸¹ *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/14/1, Decisions on the Respondent's Request for a Supplementary Decision, 29 November 2018.

⁸² Article 51 de la Convention CIRDI et articles 69, 70, 72 et 73 du Règlement d'arbitrage.

⁸³ *Infracapital FI S.À.R.L. and Infracapital Solar B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/16/18, Decision on Respondent Request for Reconsideration regarding the Intra-EU Objection and the Merits, 1st February 2022 ; *Landesbank Baden-Württemberg and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/15/45, Decision Dismissing Respondent's Request for Reconsideration of the Tribunal's Decision on the "Intra-EU" Objection, 11 November 2021 ; *Mathias Kruck and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/15/23, Decision Dismissing the Respondent's Request for Reconsideration of the Tribunal's Decision on Jurisdiction and Admissibility, 6 December 2021 ; *Rockhopper Exploration Plc, Rockhopper Italia S.p.A. and Rockhopper Mediterranean Ltd v. Italian Republic*, ICSID Case n° ARB/17/14, Decision Dismissing the Italian Republic's Request for Reconsideration of the Tribunal's Decision on the Intra-EU Jurisdictional Objection, 20 December 2021 ; *Cavalum SGPS, S.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/15/34, Reconsideration Decision, 10 January 2022.

⁸⁴ *Infracapital FI S.À.R.L. and Infracapital Solar B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/16/18, Decision on Respondent Request for Reconsideration regarding the Intra-EU Objection and the Merits, 1st February 2022.

été examinés dans la sentence précédemment rendue : « *Although strictly speaking the CJEU Komstroy Judgment is a new fact because the judgment itself was not known to the Tribunal at the time of the Decision, the issues raised by the CJEU Komstroy Judgment have already been addressed by the Parties and the Decision made it clear that even if the Achmea Judgment could be extended to the ECT, this would not affect the Tribunal's jurisdiction. The Tribunal therefore concludes that there is no material fact which would have led this Tribunal to a different result* »⁸⁵.

Le tribunal a ensuite considéré que le droit de l'Union n'est pas applicable à la question de sa compétence et par conséquent, l'arrêt *Komstroy* n'est pas pertinent pour la détermination de sa compétence. Le droit applicable à la compétence du tribunal et au fond du litige est le droit international, et non les principes des sous-systèmes du droit international tels que les traités européens selon le tribunal : « *From the outset, the Tribunal makes it clear that, as it affirmed in the Decision, EU law is not applicable to jurisdiction. As a result, the Komstroy Judgment is irrelevant to the question of jurisdiction. The applicable law to jurisdiction and the merits of the dispute is international law, and not principles of sub-systems of international law such as EU treaties* »⁸⁶.

Il en conclut que rien dans le TCE ne donne à un tribunal le pouvoir d'ignorer ou de modifier les dispositions explicites du traité et de décliner sa compétence sur la base du statut d'une partie contractante ou de ses obligations en vertu d'un ordre juridique différent : « *Nothing in the ECT gives an ECT tribunal the authority to disregard or modify the explicit provisions of the ECT and decline jurisdiction on the basis of a Contracting Party's status or its obligations under a different legal order* »⁸⁷.

B) Les demandes d'annulation dans le cadre du CIRDI

L'annulation est un recours exceptionnel destiné à prévenir la violation de principes fondamentaux du droit qui régissent la procédure. Il est prévu par l'article 52 de la Convention CIRDI et les articles 69, 71, 72, 73 et 74 du règlement d'arbitrage. Une partie peut demander l'annulation totale ou partielle d'une sentence pour un ou plusieurs des cinq motifs suivants : un vice dans la constitution du tribunal ; un excès de pouvoir manifeste du tribunal ; la corruption

⁸⁵ *Ibid*, §102.

⁸⁶ *Ibid*, §107.

⁸⁷ *Ibid*, §113.

d'un membre du tribunal ; l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ; un défaut de motifs.

Les Etats demandeurs ont tenté d'invoquer l'excès de pouvoir manifeste du tribunal⁸⁸, l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure⁸⁹ ou encore le défaut de motifs⁹⁰ mais aucun comité *ad hoc* n'a jusqu'à présent accueilli leurs arguments⁹¹.

S'agissant de l'excès de pouvoir manifeste, il obéit à un standard particulièrement élevé lorsqu'il résulte d'une mauvaise application ou d'une mauvaise interprétation du droit applicable. Les comités *ad hoc* ont rappelé ce standard et décidé qu'il était atteint en cas d'erreur grossière ou flagrante, équivalent à l'application matérielle d'une loi inappropriée⁹². Dans l'une des affaires soumises au comité⁹³, l'Espagne faisait valoir que l'article 26 du TCE n'avait pas été correctement interprété car aucune considération n'avait été portée à l'égard du droit européen et en particulier à l'arrêt *Achmea* et au principe de primauté du droit de l'Union. Le comité répond, en citant le raisonnement du tribunal arbitral, que celui-ci était conscient du conflit existant entre le mécanisme d'arbitrage de l'article 26 du TCE et l'article 344 du TFUE tel qu'interprété par la Cour de justice. Ainsi, il conclut sur l'absence d'erreur flagrante dans la manière dont le tribunal a abordé l'interprétation de l'article 26 du TCE à la lumière du droit de l'Union⁹⁴.

Dans l'affaire *NextEra c. Espagne*⁹⁵, le comité note que l'Espagne n'avait soumis aucune décision retenant l'argument du caractère intra-européen du litige pour rejeter la compétence des arbitres et il souligne que trente-deux tribunaux CIRDI appliquant le TCE ont rejeté l'allégation d'une primauté du droit de l'Union à l'égard des litiges intra-européens d'investissement⁹⁶. En outre, il écarte l'invocation de l'arrêt *Komstroy* : « *The Committee finds*

⁸⁸ Article 52(1)(b) de la Convention CIRDI.

⁸⁹ Article 52(1)(d) de la Convention CIRDI.

⁹⁰ Article 52(1)(e) de la Convention CIRDI.

⁹¹ *Infrastructure Services Luxembourg S.À.R.L. and Energia Termosolar B.V. (formerly Antin Infrastructure Services Luxembourg S.À.R.L. and Antin Energia Termosolar B.V.) v. Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/13/31, Decision on Annulment, 30 July 2021 ; *NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/14/11, Decision on Annulment, 18 March 2022 ; *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/15/38, Decision on Annulment, 16 March 2022 ; *Cube Infrastructure Fund SICAV and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/15/20, Decision on Annulment, 28 March 2022.

⁹² *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/15/38, Decision on Annulment, 16 March 2022, §115.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*, §§118-120.

⁹⁵ *NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/14/11, Decision on Annulment, 18 March 2022.

⁹⁶ *Ibid.*, §232.

that the CJEU judgment Moldova v. Komstroy was rendered more than two years after the Tribunal's Award. Art. 52(1)(b) is limited to assessing a tribunal's decision based on the record and law at the time it was rendered. This precludes the Committee from considering the CJEU judgment and it cannot serve as a basis for annulment »⁹⁷.

S'agissant de l'inobservation grave d'une règle de procédure, il était reproché à certains tribunaux arbitraux d'avoir privé l'Etat défendeur de son droit de présenter des éléments de preuve en rapport avec son objection à la compétence. Dans l'affaire *Infrastructure Services Luxembourg c. Espagne*⁹⁸, il s'agissait d'une décision de la Commission européenne relative à une aide d'Etat et de l'arrêt *Achmea* car l'Espagne avait voulu présenter ces éléments à un stade avancé de la rédaction de la sentence. Le tribunal arbitral avait donc refusé de rouvrir la procédure pour discuter de ces nouveaux éléments. Le comité a acquiescé sur l'importance du droit à être entendu mais il a constaté que la question de l'arbitrabilité des litiges intra-européens avait tout de même été discutée par les parties et que les nouvelles pièces n'auraient rien changé à la position du tribunal⁹⁹.

S'agissant du défaut de motifs, les demandeurs invoquaient le manque d'explication dans le refus d'appliquer le droit de l'Union, aussi bien au stade de la compétence que du fond. Lors de chaque affaire soumise aux comités *ad hoc*, ceux-ci ont pu constater que les tribunaux arbitraux avaient bien considéré les arguments avancés et motivé leur rejet de manière suffisamment claire et compréhensible. A titre d'exemple, dans l'affaire précitée *Infrastructure Services Luxembourg c. Espagne*, le comité en est arrivé à cette conclusion : « *For the foregoing reasons, the Committee finds that the Tribunal has stated clearly and comprehensibly its reasons for concluding that EU law would not apply to bar its jurisdiction. While Spain may dispute the soundness of the Tribunal's premises and findings, such criticisms do not give rise to a ground for annulment »¹⁰⁰.*

➤ §2 : Le rejet du raisonnement *Komstroy* dans une procédure arbitrale ordinaire

Le refus des tribunaux arbitraux ou des comités *ad hoc* de remettre en cause une sentence déjà rendue pouvait paraître légitime afin de ne pas engorger le Secrétariat général du CIRDI des nombreuses affaires concernant un litige d'investissement intra-européen rendu dans le cadre

⁹⁷ *Ibid*, §233.

⁹⁸ *Infrastructure Services Luxembourg S.À.R.L. and Energinet Termosolar B.V. (formerly Antin Infrastructure Services Luxembourg S.À.R.L. and Antin Energinet Termosolar B.V.) v. Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/13/31, Decision on Annulment, 30 July 2021.

⁹⁹ *Ibid*, §§204-206.

¹⁰⁰ *Ibid*, §239.

du TCE. Néanmoins, les tribunaux du CIRDI ont également refusé d'entendre les arguments de la Cour de justice et des spécificités de l'ordre juridique européen dans le cadre d'un premier examen postérieur à la décision *Komstroy*. Il convient d'étudier l'exemple de l'une de ces affaires (A) avant de s'interroger sur les raisons de cette résistance unanime (B).

A) L'exemple d'une procédure arbitrale ordinaire : l'affaire *Sevilla Beheer c. Espagne*

A titre liminaire, il faut noter que malgré leur résistance unanime à la Cour de justice, les tribunaux du CIRDI ont refusé que l'objection à la compétence fondée sur le caractère intra-européen du différend soit entendue dans le cadre de la procédure accélérée prévue à l'article 41(5) du règlement de 2006. Pour rappel, cette disposition prévoit une procédure accélérée afin de rejeter toute demande non fondée au stade préliminaire d'une instance. Elle s'applique aussi bien aux déclinatoires de compétence qu'aux déclinatoires et moyens sur le fond. Elle permet de rejeter dès le début de la procédure des demandes manifestement dénuées de fondement juridique pour éviter d'absorber inutilement les ressources des parties. Dans l'affaire *Mainstream c. Allemagne*¹⁰¹, les arbitres ont jugé qu'il ne serait pas approprié de statuer sur l'objection dans le cadre de cette procédure car les faits en cause ne sont ni complets ni largement incontestés (« *neither complete nor broadly undisputed* »¹⁰²) et que la décision *Komstroy* pose des questions relativement nouvelles qui ne devraient pas être examinées de manière expéditive¹⁰³.

Un mois plus tard, un tribunal du CIRDI se prononçait sur sa compétence dans le cadre d'une procédure ordinaire lors de l'affaire *Sevilla Beheer c. Espagne*¹⁰⁴. Il s'agissait d'un litige entre un investisseur des Pays-Bas et l'Espagne, soumis au CIRDI sur la base du TCE et de la Convention CIRDI. L'investisseur alléguait que certaines mesures législatives et réglementaires adoptées par l'Etat dans le secteur des énergies renouvelables entre 2010 et 2014 avaient violé l'article 10(1) du TCE et causé des dommages aux investissements réalisés dans des installations photovoltaïques.

Concernant le droit applicable, les parties s'étaient accordées sur l'application des articles 42(1) de la Convention CIRDI et de l'article 26(6) du TCE. Le premier dispose que le tribunal statue conformément aux règles de droit adoptées par les parties et faute d'accord entre elles, le

¹⁰¹ *Mainstream Renewable Power Ltd and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case n° ARB/21/26, Decision on Respondent's Application under ICSID Arbitration Rule 41(5), 18 January 2022.

¹⁰² *Ibid.*, §107.

¹⁰³ *Ibid.*, §§119-120.

¹⁰⁴ *Sevilla Beheer B.V. and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/16/27, Decision on Jurisdiction, Liability and Principles of Quantum, 11 February 2022.

tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend, ainsi que les principes de droit international en la matière. Le second prévoit que le tribunal statue sur les questions litigieuses conformément au présent traité et aux règles et principes applicables de droit international. Toutefois, les positions des parties divergent sur la question de savoir si le droit de l'Union fait partie du droit applicable en vertu de l'article 26(6) du TCE. Les demandeurs soutiennent que le droit de l'Union ne s'applique pas à la détermination de sa compétence par le tribunal. Le défendeur soutient quant à lui que le droit de l'Union a une nature duale puisqu'il peut être qualifié de « droit international » au sens de l'article 26 du TCE tout en constituant un fait qui façonne les attentes des requérants lorsqu'ils investissent en Espagne. Le tribunal en conclut à l'application du TCE et de la Convention CIRDI, sous réserve des règles d'interprétation des traités énoncées dans la Convention de Vienne de 1969, ainsi que les autres règles et principes du droit international applicables¹⁰⁵. Il en conclut également que le droit de l'Union est applicable à deux questions, celle de la compétence du tribunal d'une part, et celle de l'existence et l'étendue des attentes légitimes des demandeurs, d'autre part¹⁰⁶.

Concernant sa compétence, le tribunal raisonne en plusieurs étapes successives. D'abord, il estime que les exigences posées par l'article 26(1) à (3) du TCE et l'article 25 de la Convention CIRDI sont remplies pour qu'il puisse connaître du litige. Ensuite, il examine si l'article 26(3) du TCE peut être interprété comme étant incompatible avec le droit de l'Union et le cas échéant, si un tel conflit pourrait priver le tribunal de sa compétence sur le présent litige. Le tribunal considère que le TCE n'exclut, ni expressément ni implicitement, les litiges intra-européens d'investissement de l'application de son article 26(3) et que le TFUE ne semble pas contenir d'interdiction explicite de renvoyer à l'arbitrage les litiges entre investisseurs et Etats dans le cadre d'un traité d'investissement. Il cite plusieurs sentences ayant considéré que l'article 344 du TFUE s'applique uniquement aux litiges entre différents Etats membres et non pas entre des investisseurs ou entreprises et un Etat membre¹⁰⁷. Mais par excès de prudence (« *out of an abundance of caution* »¹⁰⁸), le tribunal décide d'examiner tout de même l'impact d'un conflit entre le droit de l'Union et le TCE. Il estime que même s'il existait un tel conflit, le droit de

¹⁰⁵ *Ibid.*, §538-541.

¹⁰⁶ *Ibid.*, §547.

¹⁰⁷ *AES Solar and others (PV Investors) v. Spain*, PCA Case n° 2012-14, Preliminary Award on Jurisdiction, 14 October 2014 (CL-167), §189 ; *Landesbank Baden-Württemberg, HSH Nordbank AG, Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale and Norddeutsche Landesbank-Girozentrale v. Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/15/45, Decision on the "Intra-EU" Jurisdictional objection, 25 February 2019 (CL-192), §154 ; *Stadtwerke München GmbH and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/15/1, Award, 2 December 2019 (RL-127), §135.

¹⁰⁸ *Sevilla Beheer B.V. and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/16/27, Decision on Jurisdiction, Liability and Principles of Quantum, 11 February 2022, §638.

l'Union n'est pas en mesure d'écarter l'application de l'article 26(3) du TCE, que ce soit en vertu de l'article 30 ou de l'article 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Ainsi, l'article 26(3) du TCE est applicable, même dans un contexte intra-européen, et malgré les conclusions de l'arrêt *Komstroy* ce qui implique que l'objection à la compétence du tribunal est rejetée.

B) Les raisons de la résistance unanime des tribunaux du CIRDI

La résistance unanime des tribunaux du CIRDI semble pouvoir s'expliquer par la nature particulière de ce système d'arbitrage. En effet, les arbitrages du CIRDI ne relèvent pas d'une juridiction spécifique et sont régis exclusivement par le régime international de la Convention CIRDI. Il s'agit d'un système d'arbitrage qui a pu être qualifié de « quasiment autonome par rapport à l'ordre juridique de ses Etats contractants »¹⁰⁹. Etant donné cette nature autonome, les sentences du CIRDI ne sont pas examinées par les tribunaux des Etats au stade de l'annulation. Les demandes d'annulation des sentences du CIRDI sont effectuées devant d'autres instances arbitrales que sont les comités *ad hoc* dont les décisions sont insusceptibles de recours en vertu de l'article 52 de la Convention CIRDI. Or, c'est précisément au stade du recours en annulation que les juridictions de certains Etats membres ont pu poser des questions préjudicielles à la Cour de justice et/ou annuler des sentences. Pour cette raison, on peut observer que tous les arrêts majeurs de la Cour de justice sur l'arbitrage d'investissement ont été rendus dans le cadre de procédures d'arbitrage non soumises à la Convention CIRDI¹¹⁰, à l'exception de l'affaire *Micula*¹¹¹. Comme les sentences du CIRDI ne font pas l'objet d'un contrôle judiciaire au stade de l'annulation, le droit de l'Union est complètement écarté du raisonnement des arbitres (ou du moins, le droit international prévaut sur lui) alors même que l'inquiétude de la Cour de justice d'une bonne application et interprétation du droit européen porte particulièrement sur ces arbitrages.

La même difficulté se retrouve au stade de l'exécution d'une sentence du CIRDI. L'article 54(1) de la Convention CIRDI prévoit notamment que : « Chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure

¹⁰⁹ Carlevaris, A., « Chapter 5 : The CJEU's Case Law on Intra-EU Investment Arbitration and the Importance of the Place of Arbitration » in *Stockholm Arbitration Yearbook 2022*, Calissendorff, A. et Schöldström, P. (dir.), Kluwer Law International, 2022, p.59-86.

¹¹⁰ *Achmea v. Slovak Republic* était soumis au Règlement de la CNUDCI avec un siège en Allemagne ; *Komstroy v. Moldova* était soumis au même Règlement avec un siège à Paris ; *PL Holdings v. Poland* était soumis au Règlement de la SCC avec un siège en Suède.

¹¹¹ *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case n° ARB/05/20, Final Award, 11 December 2013.

l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat ». De plus, les sentences du CIRDI sont obligatoires et ne peuvent faire l'objet que d'un recours prévu par la Convention CIRDI en vertu de son article 53(1). La reconnaissance et l'exécution d'une sentence sur le territoire d'un Etat contractant peut s'obtenir par la présentation à l'autorité nationale compétente d'une copie certifiée conforme de la sentence par le Secrétaire général. L'article 54(3) de la Convention prévoit que l'exécution est régie par la loi concernant l'exécution des jugements en vigueur dans l'Etat où l'on cherche à y procéder. Plusieurs tribunaux ont pris en compte leur obligation de rendre une sentence exécutoire et les potentielles difficultés d'exécution en raison de l'arrêt *Komstroy*. Toutefois, comme le relève l'avocat et arbitre Andrea Carlevaris¹¹², ces difficultés n'ont pas été considérées comme suffisantes pour que les tribunaux se déclarent incompétents pour plusieurs raisons. Les juridictions des Etats membres saisies de l'exécution d'une sentence du CIRDI pourraient la refuser en raison du conflit potentiel avec le droit européen puisque le droit primaire européen prévaut sur le droit national et sur les autres traités internationaux¹¹³. Le même auteur est d'avis qu'il ne semble pas y avoir de perspective d'exécution au sein de l'Union d'une sentence CIRDI fondée sur un traité d'investissement. En revanche, les perspectives d'exécution en-dehors de l'Union semblent favorables puisqu'il est peu probable que des juridictions d'Etats tiers prennent en compte des considérations de droit européen plutôt que leurs obligations en vertu de l'article 54 de la Convention CIRDI. Ainsi, le choix d'un arbitrage CIRDI semble laisser une petite place à l'arbitrage d'investissement intra-européen sur le fondement du TCE. L'annulation de la sentence est rendue impossible et son exécution semble préservée en-dehors de l'Union. Il n'en est pas de même d'un arbitrage hors du système du CIRDI dont le siège est situé dans un Etat membre, en atteste la récente décision *Green Power c. Espagne*¹¹⁴.

¹¹² Carlevaris, A., « Chapter 5 : The CJEU's Case Law on Intra-EU Investment Arbitration and the Importance of the Place of Arbitration » in *Stockholm Arbitration Yearbook 2022*, Calissendorff, A. et Schöldström, P. (dir.), Kluwer Law International, 2022, p.59-86.

¹¹³ CJCE, 27 septembre 1988, *Matteucci c. Communauté française de Belgique*, aff. 235/87 ; CJCE, 10 novembre 1992, *Exportur SA c. LOR SA et Confiserie du Tech SA.*, aff. C-3/91.

¹¹⁴ *Green Power partners K/S and SCE Solar Don Benito APS v. Kingdom of Spain*, SCC Case n° V2016/135, Award, 16 June 2022.

Section 2 : La résignation d'un tribunal arbitral *ad hoc* : l'affaire *Green Power Partners c. Espagne*

Pour la première fois, un tribunal arbitral a admis l'objection intra-UE pour décliner sa compétence (§1). Cette décision semble pouvoir s'expliquer par les réactions hostiles des juridictions des Etats membres aux sentences d'investissement rendues en contrariété avec la décision *Komstroy*. Une sentence rendue en-dehors du système du CIRDI n'ayant aucune chance de produire effet dans l'Union, il n'est pas étonnant qu'un tribunal *ad hoc* ait choisi d'emprunter cette voie favorable à l'autonomie de l'ordre juridique européen (§2).

➤ §1 : L'admission de l'objection intra-UE par le tribunal arbitral

Des investisseurs danois alléguent la violation par l'Espagne du TCE en raison de la remise en cause du régime incitatif relatif à la production d'électricité de source renouvelable. L'Espagne et la Commission européenne ont soulevé l'incompatibilité avec le droit de l'Union du recours à l'arbitrage dans un litige intra-européen, conformément à la décision *Komstroy*. C. Crépet-Daigremont¹¹⁵ met en avant que le raisonnement du tribunal suit plusieurs étapes : l'application du droit de l'Union à la convention d'arbitrage (A), l'interprétation de l'article 26 du TCE à la lumière des principes de la Convention de Vienne sur le droit des traités (B) et à la lumière du droit de l'Union (C).

A) L'application du droit de l'Union à la convention d'arbitrage

L'Espagne faisait valoir que l'article 26(6) du TCE sur le droit applicable concerne également le droit applicable à la détermination de la compétence des arbitres. Or, ce texte désignant le traité et les « règles et principes applicables de droit international », le droit de l'Union doit être appliqué par les arbitres lorsqu'ils déterminent leur compétence. De ce fait, la solution retenue par la Cour de justice n'est pas un élément extrinsèque au raisonnement arbitral sur la compétence ni une contrainte extérieure au raisonnement usuel relatif à la compétence, mais ce serait au contraire un élément du droit applicable à la question de l'existence d'un consentement valable à l'arbitrage selon le droit choisi par les parties. Le tribunal rejette cet argument : la clause de choix de loi formulée à l'article 26(6) ne couvre que le fond du litige et non l'appréciation de la compétence puisque l'article 26(1) du TCE vise uniquement les litiges relatifs à une violation alléguée d'une obligation relevant de la troisième partie du TCE. Il lui faut donc déterminer le droit applicable en l'absence de choix effectué par les parties. Il relève

¹¹⁵ Crépet-Daigremont, C., « Chronique sur les investissements : Arbitrage d'investissement et droit de l'Union européenne », *Les Cahiers de l'Arbitrage*, Lextenso, 2022, n°4, p.1142.

que dans le cadre d'un arbitrage CIRDI, ce droit serait celui de la Convention CIRDI, notamment son article 25. En revanche, dans le cadre d'un arbitrage SCC, il s'agit du droit suédois en tant que *lex arbitri*. Or, l'article 48 de la loi suédoise relative à l'arbitrage prévoit qu'en l'absence de désignation du droit applicable par les parties, la convention d'arbitrage est régie par la loi du lieu du siège du tribunal arbitral, à savoir le droit suédois. Le droit de l'Union est donc applicable à la détermination de la compétence du tribunal, à la fois en tant que composante du droit suédois et en tant que droit international puisque le tribunal tire sa compétence d'un traité : « *The Tribunal considers that both under international law, in the exercise of its compétence de la compétence, and under the applicable lex arbitri, it is required to take as a starting point Article 26 ECT and then consider and, if necessary, apply other rules of both international law and domestic law, as relevant for each question* »¹¹⁶.

Comme le souligne C. Crépet-Daigremont¹¹⁷, les arbitres ont accordé une grande importance au choix par les investisseurs de la SCC comme organisme d'arbitrage plutôt que du CIRDI dans le but de bénéficier de la loi suédoise et de la compétence des juridictions suédoises pour contrôler la validité de la sentence¹¹⁸. Elle relève également le raisonnement confus du tribunal qui considère le droit international applicable à la compétence alors que la *lex arbitri* ne conduit pas à son application. Le professeur M. Laazouzi¹¹⁹ est également de cet avis : le tribunal relève lui-même que certaines questions, en présence d'un arbitrage fondé sur un traité d'investissement, ne peuvent être entièrement soumises à un droit national, comme les questions d'interprétation en droit des traités du TCE. Ainsi, le raisonnement juridique choisi par le tribunal « le conduit, de son propre aveu, à une impasse ».

B) L'interprétation de l'article 26 du TCE à la lumière des principes de la Convention de Vienne sur le droit des traités

Le tribunal était confronté à deux arguments d'objection à sa compétence. Il écarte le premier argument qui consistait à dire qu'il n'existait pas d'investisseur au sens du TCE. En revanche, il est convaincu par le second argument relatif à l'absence de consentement à l'arbitrage ce qui le conduit à décliner sa compétence. Pour ce faire, il s'attache à interpréter l'article 26 du TCE

¹¹⁶ *Green Power partners K/S and SCE Solar Don Benito APS v. Kingdom of Spain*, SCC Case n° V2016/135, Award, 16 June 2022, §169.

¹¹⁷ Crépet-Daigremont, C., « Chronique sur les investissements : Arbitrage d'investissement et droit de l'Union européenne », *Les Cahiers de l'Arbitrage*, Lextenso, 2022, n°4, p.1142.

¹¹⁸ *Green Power partners K/S and SCE Solar Don Benito APS v. Kingdom of Spain*, SCC Case n° V2016/135, Award, 16 June 2022, §163.

¹¹⁹ Laazouzi, M., « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements : Arbitrage d'investissement et droit de l'Union européenne », *Revue de l'arbitrage*, 2022, n°4, p.1608.

au regard des principes issus de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités afin de s'assurer de son interprétation par l'analyse de son contexte, de son objet et de son but ainsi que des travaux préparatoires du traité¹²⁰. Le tribunal souligne que le TCE admet lui-même, en ses articles 1(3) et 25, que les rapports entre Etats membres de l'Union s'établissent différemment des rapports entre un Etat membre et un Etat tiers au TCE sans besoin d'une clause dite de déconnexion¹²¹. Il rappelle ensuite la compétence exclusive de la Commission européenne pour déterminer l'existence d'une aide d'Etat et l'article 344 du TFUE qui interdit de soumettre des différends relatifs au droit de l'Union à des organes autres que ceux prévus par les traités. En substance, cela conduit le tribunal à conclure que le TCE admet expressément la pertinence de certaines dispositions du droit européen quant aux questions relevant du TCE : « *The relevance of certain provisions of UE law for matters governed by the ECT is expressly acknowledged and incorporated by the text of the ECT* »¹²². Le tribunal poursuit son raisonnement et relève que certaines déclarations des Communautés européennes au moment de leur adhésion au TCE¹²³ indiqueraient qu'elles n'entendaient pas inclure les litiges intra-européens dans le champ du texte permettant le recours à l'arbitrage et qu'ainsi, elles exprimaient déjà leur adhésion, dès l'adoption du TCE, aux raisonnements des arrêts *Achmea* et *Komstroy*¹²⁴. De ce fait, les arbitres en concluent que l'article 26 du TCE ne peut pas être interprété sans tenir compte du droit de l'Union, car celui-ci peut rendre la convention d'arbitrage inapplicable¹²⁵.

C) L'interprétation de l'article 26 du TCE à la lumière du droit de l'Union

Le tribunal estime que le régime espagnol d'énergies renouvelables en cause pourrait relever du régime européen des aides d'Etat et que se prononcer au fond du litige le conduirait à statuer sur un domaine de la compétence exclusive de la Commission européenne et donc, à excéder ses pouvoirs au regard du TCE interprété à la lumière du droit de l'Union¹²⁶. Néanmoins, même si le litige ne portait pas sur une aide d'Etat, le tribunal considère que l'autonomie et la primauté de l'ordre juridique de l'Union l'empêcherait d'exercer sa compétence et il relève que la Suède,

¹²⁰ *Green Power partners K/S and SCE Solar Don Benito APS v. Kingdom of Spain*, SCC Case n° V2016/135, Award, 16 June 2022, §§343-344.

¹²¹ *Ibid.*, §§351-352.

¹²² *Ibid.*, §355.

¹²³ V. Déclaration n° 5 annexée à l'Acte final de la Conférence sur la Charte européenne de l'Energie, 17 décembre 1994 et le Statement submitted by the European Communities to the Secretariat of the Energy Charter pursuant to Article 26(3)(b)(ii) of the Energy Charter Treaty, 2 mai 2019.

¹²⁴ *Green Power partners K/S and SCE Solar Don Benito APS v. Kingdom of Spain*, SCC Case n° V2016/135, Award, 16 June 2022, §§357-363.

¹²⁵ *Ibid.*, §412.

¹²⁶ *Ibid.*, §454.

Etat du siège, reconnaît ce principe de primauté¹²⁷. Il résulte ainsi des articles 267 et 344 du TFUE que l'Espagne est interdite de proposer une offre d'arbitrage aux investisseurs d'un autre Etat membre¹²⁸. S'en remettant aux décisions *Achmea* et *Komstroy*, le tribunal arbitral décide à l'unanimité de son incompétence¹²⁹. Alors que les tribunaux arbitraux s'étaient jusque-là montrés indifférents aux arrêts de la Cour de justice, cette décision a été considérée comme marquante par de nombreux spécialistes de l'arbitrage d'investissement. Toutefois, elle ne change rien à l'indifférence des tribunaux arbitraux du CIRDI qui ont déjà eu l'occasion de rejeter une demande de reconsidération de leur compétence au regard de la sentence *Green Power*¹³⁰.

➤ §2 : Les raisons de cette solution : les réactions des juridictions européennes face aux sentences d'investissement

L'argument de la *lex arbitri* suédoise est omniprésent dans le raisonnement du tribunal arbitral, tout comme le choix des investisseurs demandeurs de recourir à un arbitrage sous l'égide de la SCC et pas dans le cadre du CIRDI. En effet, les sentences qui ne relèvent pas du système CIRDI, donc qui relèvent soit de la CNUDCI, de la SCC, du Mécanisme supplémentaire du CIRDI ou d'autres règlements d'arbitrage, sont soumises à la *lex arbitri* du siège de l'arbitrage et à la compétence des juridictions étatiques pour le recours en annulation¹³¹. Leur exécution est quant à elle gouvernée par la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

Concernant, d'une part, le recours en annulation, dès lors que le siège de l'arbitrage se situe dans un Etat membre, l'Etat va très probablement tenter un recours en annulation qui conduira à mettre en œuvre les conséquences de l'arrêt *Komstroy*. Le fondement du recours en annulation sera la contrariété de l'article 26 du TCE au droit de l'Union qui fait partie intégrante du droit national du juge de l'annulation. Le droit français de l'arbitrage conduira également à cette solution. En effet, il prévoit qu'une convention d'arbitrage est régie par une règle matérielle qui en préserve la validité sauf en cas de contrariété à l'ordre public du juge de l'annulation¹³², or

¹²⁷ *Ibid*, §475

¹²⁸ *Ibid*, §456.

¹²⁹ *Ibid*, §477.

¹³⁰ *Infracapital F1 S.à r.l. and Infracapital Solar B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/16/18, Second Decision on Reconsideration, 19 August 2022.

¹³¹ V. notamment : Bondar, K., « Annulment of ICSID and Non-ICSID Investment Awards: Differences in the Extent of Review », *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2015, Volume 32 Issue 6, p.621-676.

¹³² V. notamment Civ. 1^{ère}, 20 décembre 1993, *Dalico*, n°91-16.828 et Civ. 1^{ère}, 20 mars 2004, *Uni-Kod*, n° 01-14.311.

une telle contrariété existe avec les raisonnements *Achmea* et *Komstroy* comme l'a démontrée l'annulation de la sentence *Komstroy*¹³³. Compte-tenu de l'obligation des Etats membres d'interpréter le concept d'ordre public à la lumière du droit de l'Union et de la position de la Cour de justice à cet égard, il est difficile d'imaginer que donner effet à une sentence intra-européenne ne constitue pas une violation de l'ordre public des Etats membres ou ne les expose pas à une procédure d'infraction par la Commission européenne¹³⁴. Une sentence non CIRDI rendue dans le siège d'un Etat membre connaît donc un risque d'annulation très élevé. De nombreuses annulations de sentences d'investissement intra-UE ont déjà été prononcées par des juridictions d'Etats membres, que ce soit sur la base d'*Achmea* relativement à des traités bilatéraux ou de *Komstroy* relativement au TCE¹³⁵.

A titre d'exemple, on peut citer l'annulation de la sentence *Novenergia II c. Espagne*¹³⁶ par la Cour d'appel suédoise¹³⁷. Cette sentence avait été rendue selon le règlement d'arbitrage SCC sur la base du TCE et la Cour suédoise l'a annulée en raison de l'inarbitrabilité du litige conformément à la section 33(1) du Swedish Arbitration Act ((SFS)1999 :116). Cette décision éclaire aussi la question de savoir si, et dans quelle mesure, les investisseurs peuvent s'appuyer sur les principes d'une procédure régulière pour défendre la contestation d'une sentence d'investissement entre deux parties européennes¹³⁸. L'investisseur faisait valoir que l'annulation constituerait une violation du droit international public en ce que ce serait une révision rétroactive des dispositions du TCE et que cela violerait la CEDH, intégrée dans le droit suédois. Il invoquait aussi la violation de son droit à un procès équitable (article 6 CEDH), de son droit au respect de ses biens (article 1 protocole 1 CEDH) et du principe de proportionnalité inscrit dans le droit de l'Union. La Cour d'appel suédoise a rejeté tous ces arguments en considérant qu'il ressort clairement du raisonnement de la Cour de justice que celle-ci avait prévu que la sentence en question ne serait pas maintenue. Ainsi, il convient de présumer, selon la Cour, que l'interprétation du TCE par la Cour de justice est conforme à la

¹³³ CA Paris, 10 janvier 2023, n°18/14721.

¹³⁴ V. en ce sens : Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, as well as to the Member States on an agreement between the Member States, the European Union and the European Atomic Energy Community on the interpretation of the Energy Charter Treaty, COM(2022) 523 final, 5 October 2022 ; Stein, E. et Muron Q., « Komstroy, PL Holdings, Micula : closing the door to intra-EU investment arbitration – again ? », *Belgian Review of Arbitration*, 2022, p.7-39.

¹³⁵ V. en ce sens : Lavranos, N., Lath, A. et Varma, R., « The Meltdown of the ECT : How the ECT was ruined by the EU and its Member States », *SchiedsVZ*, 2023, p.38.

¹³⁶ *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Kingdom of Spain*, SCC Case n° 2015/063, Final Award, 15 February 2018.

¹³⁷ Svea Court of Appeal, Case n° T 4658-18, 13 December 2022.

¹³⁸ Gustafsson, B., « EU Law Showing its Teeth : The Annulment of Novenergia II v. Spain », *Kluwer Arbitration Blog*, 7 mars 2023.

CEDH. En outre, la Cour ajoute que l'investisseur n'a pas réussi à prouver qu'il se verrait refuser le recours au système judiciaire dans le cas où une action en dommages-intérêts serait intentée contre l'Espagne en vertu du TCE. En outre, il faut noter qu'un jour après cet arrêt, la Cour suprême suédoise a également annulé la sentence d'investissement condamnant la Pologne dans l'affaire *PL Holdings*¹³⁹. Malgré les différences d'approche entre les deux juridictions, il faut en retenir que toute sentence arbitrale intra-européenne rendue dans le cadre d'un arbitrage siégeant en Suède est susceptible d'être attaquée en annulation avec une très forte probabilité de succès. Ces deux décisions (et l'annulation de la sentence *Komstroy* par la Cour d'appel de Paris) montrent également que l'investisseur qui se prévaut de la CEDH pour contester l'annulation fait face à des obstacles très difficiles à surmonter.

Concernant, d'autre part, l'exequatur d'une sentence, le professeur M. Laazouzi¹⁴⁰ relève qu'au-delà du recours en annulation, la sanction des aides d'Etat illégales conduirait à empêcher toute exécution de la sentence dans les Etats membres en raison de l'exception d'ordre public international. Plus généralement, l'exequatur demandé dans un Etat membre risque de ne pas prospérer en raison de l'invalidité de la convention d'arbitrage¹⁴¹, de l'inarbitrabilité du litige¹⁴² ou de la violation de l'ordre public du pays où l'exécution est demandée¹⁴³ en vertu de la Convention de New York de 1958. En revanche, si le siège de l'arbitrage est en-dehors de l'Union, l'exécution de la sentence semble compromise au sein de l'Union mais possible en-dehors.

Cette démonstration souligne l'importance pour les investisseurs se fondant sur le TCE de bien choisir le règlement d'arbitrage ainsi que le siège¹⁴⁴, du moins tant que ce traité continue de leur offrir la voie de l'arbitrage pour régler leurs différends.

¹³⁹ Supreme Court of Stockholm, Case n° T 1569-19, 14 December 2022.

¹⁴⁰ Laazouzi, M., « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements : Arbitrage d'investissement et droit de l'Union européenne », *Revue de l'arbitrage*, 2022, n°4, p.1608.

¹⁴¹ Article V(1)(a) de la Convention de New York de 1958.

¹⁴² Article V(2)(a) de la Convention de New York de 1958.

¹⁴³ Article V(2)(b) de la Convention de New York de 1958.

¹⁴⁴ V. en ce sens : Lal, R. et Wilby, C., « The Energy Charter Treaty : what's next ? », *International Energy Law Review*, 2022, 5/6, 57-59.

CHAPITRE 2 : LE SORT DE L'ARBITRAGE DANS LE TCE

Le sort de la voie arbitrale pour régler les litiges d'investissement et plus généralement le sort de la survie même du TCE est incertain pour plusieurs raisons. D'une part, de nombreux Etats européens dénoncent, les uns après les autres, le TCE bien qu'ils demeurent liés par la clause de survie, aussi appelée *sunset clause* (**Section 1**). D'autre part, le processus de modernisation du traité qui dure depuis plusieurs années semble grandement compromis, faute de parvenir à un accord entre l'Union et les autres Etats parties (**Section 2**).

Section 1 : Les dénonciations en cascade du TCE et l'impact de la *sunset clause*

Récemment, de nombreux retraits du TCE ont été annoncés par des Etats européens (§1). Toutefois, le traité prévoit une clause de survie dont les effets permettent aux investisseurs d'intenter encore des procédures contre les Etats sortants pendant vingt ans (§2).

➤ §1 : Le retrait de nombreux Etats européens du TCE

Le président Emmanuel Macron a annoncé le retrait de la France du TCE le 21 octobre 2022 à la suite du Conseil européen tenu le même jour. Le président de la République a mis en avant l'objectif de l'Union européenne de devenir « un continent tout électrique » et sa volonté de « cohérence avec l'accord de Paris », laissant ainsi entendre des motifs purement environnementaux. Cette annonce fait suite à un avis du Haut conseil pour le climat du 19 octobre 2022 qui recommande un retrait coordonné du TCE de la part de la France et de l'Union européenne afin de respecter les engagements nationaux, européens et internationaux sur le climat¹⁴⁵. Le TCE et son mécanisme de règlement des différends sont en effet régulièrement dénoncés comme étant une entrave à l'élaboration et à la mise en œuvre de politiques publiques de décarbonation. Pourtant, la professeure V. Korom¹⁴⁶ relève cent-cinquante arbitrages d'investissement fondés sur le TCE au jour de la publication de son article dont quatre-vingt-huit concernaient les énergies renouvelables et quarante-cinq seulement pour les combustibles fossiles. Elle souligne aussi que le total des dommages et intérêts accordés aux investisseurs dans les énergies renouvelables est deux fois supérieur au montant accordé aux investisseurs dans les combustibles fossiles.

¹⁴⁵ Avis du Haut Conseil pour le Climat sur la modernisation du TCE, 19 octobre 2022.

¹⁴⁶ Korom, V., « Pourquoi la France devrait-elle rester dans le Traité sur la Charte de l'énergie ? », *Recueil Dalloz*, 2022, p.2232.

L'annonce du président de la République fait également suite à la première action intentée contre la France le 2 septembre 2022 par des investisseurs allemands sur la base du TCE¹⁴⁷. L'entreprise allemande, Encavis AG, producteur d'énergie renouvelable, et trois de ses filiales reprochent à la France la modification des tarifs de rachat de l'électricité photovoltaïque intervenue en 2020. Celle-ci produit de l'électricité renouvelable et exploite plus de cent-soixante parcs solaires et plus de soixante parcs éoliens en Europe, notamment en Allemagne, Italie, France et Royaume-Uni selon le média Novethic spécialisé dans la finance durable et l'économie socialement responsable¹⁴⁸. Institués en 2000, ces tarifs préférentiels ont été jugés trop favorables. Le gouvernement et le législateur ont décidé de « mettre un terme à la rémunération excessive » de certains producteurs, en revenant à des prix de rachat assurant une « rémunération raisonnable du capital ». Selon la Commission de régulation de l'énergie, un peu plus de mille parcs photovoltaïques étaient concernés. Dès la mesure prise, de nombreux cabinets d'avocats d'affaires ont démarché des investisseurs étrangers pour les inviter à poursuivre la France au titre du TCE. La procédure a été enregistrée le 2 septembre 2022 par le CIRDI puis a été suspendue par commun accord des parties le 10 octobre suivant conformément au dernier état de la procédure visible sur le site du CIRDI. L'article 54 du règlement d'arbitrage CIRDI prévoit en effet que les parties peuvent convenir de suspendre l'instance à tout moment et de prolonger la suspension si besoin.

La France n'est pas le premier pays européen à s'être retiré du TCE puisque l'Italie l'a fait dès 2016. En outre, de nombreux autres Etats membres ont annoncé vouloir se retirer en 2022, à savoir la Pologne, l'Espagne, l'Allemagne, la Slovaquie, les Pays-Bas, la Belgique et le Luxembourg. Ces pays et la France représentent à eux seuls 70% de la population européenne¹⁴⁹. Par contraste, la Commission européenne, chargée de négocier au nom des Vingt-Sept, a annoncé ne pas préparer un retrait coordonné de ses Etats membres et que l'Union européenne resterait dans le TCE. Effectivement à cette époque, l'Union européenne militait davantage pour une modernisation du traité qu'un retrait coordonné¹⁵⁰. Les raisons de ces retraits en cascade sont sans doute multiples. On peut penser à la modernisation en cours du TCE¹⁵¹ qui prévoit d'étendre la protection des investissements à de nouvelles énergies,

¹⁴⁷ *Encavis AG and others v. French Republic*, ICSID Case n° ARB/22/22.

¹⁴⁸ <https://www.novethic.fr/actualite/energie/transition-energetique/isr-rse/le-traite-sur-la-charte-de-l-energie-dans-sa-version-modernisee-n-a-pas-pu-etre-adopte-151197.html>.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ V. en ce sens : Proposal for a Council Decision on the position to be taken on behalf of the European Union in the 33rd meeting of the Energy Charter Conference, COM(2022) 521 final, 5 October 2022.

¹⁵¹ V. *infra*, section 2 pour les développements sur la modernisation du TCE.

notamment des énergies renouvelables, et d'exclure du champ du traité la protection des investissements dans les énergies fossiles réalisés à partir d'août 2023 et ceux qui auront plus de dix ans à cette date. Une autre raison réside sans doute dans le constat de nombreux arbitrages d'investissement intentés contre les pays européens, notamment l'Espagne qui est le pays le plus visé de tous les Etats signataires¹⁵². Néanmoins, l'effet paradoxal du retrait est de prolonger la protection du TCE non modernisé et de ne pas se voir appliquer la version en cours de discussion¹⁵³. En outre, les Etats se retirant peuvent encore faire l'objet de réclamations¹⁵⁴. Le site officiel du TCE¹⁵⁵ confirme la réception de la notification écrite de retraits de la part de la France, de l'Allemagne et de la Pologne qui prendront effet en décembre 2023. En effet, l'article 47(2) du TCE prévoit que le retrait prend effet un an après la date de réception de la notification par le dépositaire ou à une date ultérieure indiquée dans la notification du retrait. Une fois que le retrait est devenu effectif, la clause de survie, aussi appelée *sunset clause*, est enclenchée.

➤ §2 : L'existence d'une clause de survie au sein du TCE

La stipulation d'une clause de survie dans un traité d'investissement n'est pas surprenante. Le principe d'une telle clause est de garantir que tous les investissements réalisés avant l'extinction d'un traité continuent d'être protégés pendant une certaine période¹⁵⁶. Presque tous les traités bilatéraux ou multilatéraux d'investissement prévoient une clause de survie allant de six à quinze ans en général¹⁵⁷. Leur but est de protéger les attentes légitimes des investisseurs qui ont réalisé leurs investissements sur la base de la protection offerte par le traité existant. L'extinction d'un traité est toujours une éventualité et, sans *sunset clause*, les investissements déjà réalisés seraient démunis de toute protection.

L'article 47(3) du TCE prévoit que : « Les dispositions du présent traité continuent à s'appliquer pendant une période de vingt ans aux investissements réalisés dans la zone d'une partie contractante par des investisseurs d'autres parties contractantes ou dans la zone d'autres parties contractantes par des investisseurs de cette partie contractante, à compter du moment où le retrait de la partie contractante du présent traité prend effet ». La longue période de vingt ans

¹⁵² V. Statistiques du site officiel du TCE, mis à jour au 1^{er} décembre 2021.

¹⁵³ V. en ce sens : Korom, V., « Pourquoi la France devrait-elle rester dans le Traité sur la Charte de l'énergie ? », *Recueil Dalloz*, 2022, p.2232.

¹⁵⁴ V. *infra*, §2 pour les développements sur la clause de survie.

¹⁵⁵ <https://www.energychartertreaty.org/fr/details/article/written-notifications-of-withdrawal-from-the-energy-charter-treaty/>.

¹⁵⁶ Letizia, V., « The EU Termination Agreement and Sunset Clauses : No 'Survivors' on the (Intra-EU) Battlefield ? », *Kluwer Arbitration Blog*, 22 juin 2022.

¹⁵⁷ Gallagher, N., « Chapter 5 : Arbitration in Changing Times » in *Achieving the Arbitration Dream : Liber Amicorum for Professor Julian D.M. Lew KC*, Brekoulakis, S., Weeramantry, R. et autres (dir.), Kluwer Law International, 2023, p. 59-66.

prévue par le TCE reflète le long terme, le risque élevé et les coûts initiaux importants des investissements dans le secteur de l'énergie. Ainsi, la protection du TCE continue de s'appliquer à deux types d'investissements. Sont protégés d'une part, les investissements effectués avant le retrait pendant les vingt ans de survie, ce qui implique qu'une procédure peut être intentée contre un Etat malgré son retrait. Sont protégés d'autre part, les investissements réalisés durant la période de retrait d'un an. A titre d'exemple, il est possible de citer l'affaire *Rockhopper c. Italie*¹⁵⁸. L'investisseur a entamé une procédure contre l'Italie en raison de l'interdiction des forages pétroliers et gaziers au large des côtes italiennes. L'Italie a notifié son retrait du TCE le 31 décembre 2014 qui est devenu effectif le 1^{er} janvier 2016. La procédure a été engagée en 2017 sous le coup de la clause de survie qui ne prendra fin que le 1^{er} janvier 2036.

Toutefois, il n'est pas certain que la clause de survie soit respectée par les Etats membres se retirant du TCE. Des discussions sont en cours au sein du Conseil sur la manière de limiter ses effets pervers grâce à un accord *inter se* entre pays se retirant. La Commission a déjà publié un projet de texte de cet accord datant du 5 octobre 2022¹⁵⁹. Le double objectif de ce projet de texte selon le professeur M. Laazouzi¹⁶⁰ est d'assurer une interprétation uniforme du TCE afin, d'une part, d'éviter tout risque de voir des sentences rendues en violation du droit de l'Union produire effet dans les ordres juridiques d'Etats tiers et, d'autre part, d'assurer l'inapplicabilité de la *sunset clause* au sein de l'Union. L'Italie figure notamment dans les parties potentielles à ce futur traité interprétatif alors même qu'elle s'est déjà retirée du TCE. Son objectif est sans aucun doute de neutraliser définitivement la clause de survie afin de ne plus faire l'objet de procédures arbitrales comme ce fut le cas dans l'affaire précitée *Rockhopper c. Italie*. Néanmoins, en l'état actuel du droit positif, la clause de survie du TCE est effective et tous les Etats parties y sont soumis, qu'ils se soient retirés ou non du traité.

Section 2 : Les discussions sur une version modernisée du TCE : quel avenir pour l'arbitrage ?

L'article 42 du TCE prévoit que tout amendement au traité doit être soumis à tous les Etats signataires et suivre une procédure particulière avant de produire effet. L'arrêt *Komstroy* a pour effet d'amender le TCE puisqu'il exclut les Etats européens de la possibilité de recourir à

¹⁵⁸ *Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic*, ICSID Case n° ARB/17/14, Final Award, 23 August 2022.

¹⁵⁹ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, as well as to the Member States on an agreement between the Member States, the European Union and the European Atomic Energy Community on the interpretation of the Energy Charter Treaty, COM(2022) 523 final, 5 October 2022.

¹⁶⁰ Laazouzi, M., « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements : Arbitrage d'investissement et droit de l'Union européenne », *Revue de l'arbitrage*, 2022, n°4, p.1608.

l'arbitrage prévue par l'article 26. Toutefois, les autres Etats signataires du TCE n'ont pas consenti à cette modification. C'est pourquoi la question de la survie du mécanisme arbitral fait l'objet de discussions dans le cadre d'une modernisation conjointe du TCE, modernisation qui semble aboutir à un échec (§1). En l'état actuel des discussions, la conclusion d'un accord *inter se* entre certains Etats européens semble davantage probable (§2).

➤ §1 : L'échec probable d'une modernisation conjointe

Le processus de modernisation du TCE a été lancé en 2017, à la suite d'un mécontentement grandissant dans les années 2010. Le 27 novembre 2018, la Conférence du TCE a adopté une liste de domaines ouverts à la négociation avec une vingtaine de points sans que l'arbitrage n'y figure¹⁶¹. Pour cette raison, la Belgique a formulé une demande d'avis à la Cour de justice¹⁶² sur la compatibilité du projet du TCE modernisé avec le droit de l'Union notamment de l'article 26(3) du projet portant sur l'arbitrage puisque l'Union européenne a tenté sans succès d'y ajouter la question du règlement des différends. La Belgique a donc souhaité saisir la Cour de justice par crainte que l'article 26 du TCE demeure inchangé et que la solution *Achmea* ne soit pas reprise voire que ce *statu quo* soit interprété comme une ratification implicite par l'Union du recours à l'arbitrage. La Commission européenne et la quinzaine d'Etats membres ayant participé à la procédure, à l'exception de la Hongrie, ont soutenu la démarche de la Belgique. Néanmoins, la demande d'avis a été déclarée irrecevable car l'arrêt *Komstroy* n'avait pas encore été rendu lors de la demande de la Belgique. La Cour de justice laisse entendre que, certes, la question de l'applicabilité de l'article 26 aux litiges intra-UE ne figurait pas dans le projet de modernisation mais que depuis la décision *Komstroy*, les choses risquent d'évoluer et un consensus devrait se dégager entre les parties contractantes comme le souhaite la Commission. La Cour déclare donc la demande irrecevable car elle estime qu'à ce stade des négociations, le contenu du texte est encore inconnu et le choix de ne pas réviser l'article 26 n'est pas définitif. Le professeur J. Jourdan-Marques¹⁶³ relève en outre deux remarques intéressantes de la Cour de justice. D'une part, elle signale que même si les négociations ne portent pas sur l'article 26, elles portent sur la notion d'investissement et d'investisseur et qu'il est possible d'aboutir au résultat désiré en modifiant ces notions pour écarter les situations intra-européennes de l'arbitrage prévu par le TCE. D'autre part, elle ajoute qu'aucune modification du traité n'est nécessaire car sa jurisprudence *Komstroy* est claire et rend l'article 26 du TCE inapplicable aux

¹⁶¹ Decision of the Energy Charter Conference, CCDEC2018 21, 27 November 2018.

¹⁶² CJUE, 16 juin 2022, avis n° 1/20.

¹⁶³ Jourdan-Marques, J., « Chronique d'arbitrage : CJUE versus CEDH, la bataille pour l'arbitrage a commencé », *Dalloz actualité*, 13 juillet 2022.

litiges intra-européens. Ce dernier argument n'est pas complètement faux eu égard à la sentence *Green Power c. Espagne* étudiée précédemment¹⁶⁴ dans laquelle le tribunal arbitral a appliqué le droit de l'Union pour se déclarer incompétent. Toutefois, cet argument ignore le droit international public et les dispositions du TCE lui-même qui prévoit en son article 42 que toute modification du traité doit être soumise à l'ensemble des signataires. Il ignore également la position unanime des tribunaux du CIRDI qui continuent de se reconnaître compétents¹⁶⁵.

Peu de temps après cette demande d'avis, les négociations sur la modernisation du TCE ont abouti à un accord de principe de la Conférence du TCE avec la Commission négociant au nom des Vingt-Sept¹⁶⁶. Cet accord a été trouvé après quinze cycles de négociations et le texte modernisé a été inscrit à l'ordre du jour en vue d'un vote lors de la 33^{ème} réunion de la Conférence de la Charte de l'énergie le 22 novembre 2022. En octobre, la Commission a recommandé aux Etats membres de voter en faveur de la modernisation lors de cette réunion. Toutefois, le 18 novembre, sous la pression de la société civile, plusieurs Etats membres, parmi lesquels la France, l'Espagne, l'Allemagne ou encore les Pays-Bas, se sont abstenus lors d'un vote au Conseil de l'Union donnant mandat à l'exécutif européen pour valider la modernisation du traité. Ce blocage a empêché de réunir la majorité qualifiée, poussant la Commission européenne à demander que le sujet soit retiré de l'ordre du jour de la Conférence du 22 novembre. La validation de la réforme nécessitant un vote à l'unanimité, la modernisation du TCE n'a donc pas pu être entérinée et le vote a été reporté à avril 2023.

A la suite de cela, le Parlement européen a voté une résolution demandant un retrait conjoint et coordonné de l'Union européenne et de ses Etats membres du TCE¹⁶⁷, ce qui aurait conduit la Commission européenne à abandonner sa position antérieure en faveur d'une modernisation du traité. En effet, selon un document officiel ayant fuité, la Commission aurait indiqué aux Etats membres qu'un tel retrait coordonné apparaissait désormais « inévitable » eu égard à l'absence de position du Conseil de l'Union et à la ferme opposition du Parlement à toute modernisation¹⁶⁸.

Pour autre preuve de l'échec prévisible du processus de modernisation, la Conférence du TCE prévue en avril 2023 pour finaliser les négociations a été reportée sans qu'aucune date officielle

¹⁶⁴ V. *supra*, titre 2, chapitre 1, section 2.

¹⁶⁵ V. *supra*, titre 2, chapitre 2, section 1.

¹⁶⁶ Finalisation des négociations sur la modernisation du Traité sur la charte de l'énergie, 24 juin 2022.

¹⁶⁷ Résolution du Parlement européen sur le résultat de la modernisation du traité sur la Charte de l'énergie, 2022/2934(RSP), 24 novembre 2022.

¹⁶⁸ <https://www.euractiv.com/section/energy/news/exit-from-energy-charter-treaty-unavoidable-eu-commission-says/>.

n'ait été communiquée au moment d'écrire ces lignes¹⁶⁹. Un consensus pour une modernisation comprenant tous les Etats signataires du TCE semble donc difficile à concevoir malgré les tentatives du Secrétaire du TCE pour convaincre de sa pertinence¹⁷⁰. En revanche, une modernisation avec un nombre réduit d'Etats signataires est peut-être possible puisque certains Etats membres tels que Chypre, la Hongrie et la Slovaquie ont indiqué préférer rester dans une version modernisée du TCE¹⁷¹. D'autres pays européens ne se sont pas encore prononcés sur leur préférence, comme par exemple la Suède, l'Autriche, la Belgique et le Danemark.

En tout état de cause, même si un consensus venait à être trouvé pour exclure l'arbitrage intra-UE du texte modernisé, il n'est pas certain qu'une telle exclusion soit valide au regard du traité. En effet, prévoir un mécanisme d'arbitrage qui s'applique partout entre les Etats signataires sauf au sein de l'Union constituerait une réserve, interdite par l'article 46 du TCE. Lors d'une conférence, Alejandro Carballo Leyda, membre du Secrétariat du TCE, alertait sur cet obstacle juridique posé par le TCE lui-même¹⁷². La communication du Secrétaire du TCE en réponse à la résolution du Parlement européen le mentionne également¹⁷³.

➤ §2 : L'éventualité d'un accord *inter se* entre Etats membres

L'issue la plus probable à l'heure actuelle semble être celle d'un accord *inter se* entre plusieurs Etats membres pour un retrait coordonné du TCE et un accord excluant l'application de la clause de survie, comme le recommandait le Parlement européen dès novembre 2022¹⁷⁴.

Un tel accord serait conclu en vertu de l'article 31(3)(a) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Ce texte prévoit qu'il est tenu compte pour interpréter un traité « de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ». L'UE s'attend à ce que cet accord confirme que le TCE ne s'est jamais appliqué, ne s'applique pas et ne s'appliquera pas au sein de l'Union, qu'il ne peut pas servir de base à une procédure d'arbitrage intra-UE et que la clause de survie ne s'applique pas au sein de l'Union. Un tel accord devrait donc intervenir avant la décision de se retirer du

¹⁶⁹ V. en ce sens le site officiel du TCE qui n'a pas actualisé une nouvelle date.

¹⁷⁰ Clarifications on the resolution of the European Parliament on the outcome of the modernisation of the Energy Charter Treaty, Secretary General, 13 February 2023.

¹⁷¹ <https://www.reuters.com/world/europe/eu-mulls-partial-exit-energy-treaty-over-climate-concerns-2023-05-03/>.

¹⁷² Conférence organisée par le cabinet Audit Duprey Fekl dans le cadre de la *Paris Arbitration Week*, « The Rise of the Sunset Clause », 29 mars 2023.

¹⁷³ Clarifications on the resolution of the European Parliament on the outcome of the modernisation of the Energy Charter Treaty, Secretary General, 13 February 2023.

¹⁷⁴ Résolution du Parlement européen sur le résultat de la modernisation du traité sur la Charte de l'énergie, 2022/2934(RSP), 24 novembre 2022.

TCE ce qui signifie qu'il ne pourrait pas être conclu par l'Italie ni par aucun autre Etat membre qui se retirerait avant l'entrée en vigueur de l'accord. Le secrétaire du TCE avait pointé du doigt cet obstacle dans sa communication du 13 février 2023¹⁷⁵. Il a également souligné que ni l'Union européenne ni les autres parties contractantes du TCE (telles que l'Afghanistan, la France, l'Islande, la Jordanie, la Roumanie, la Turquie et le Yémen) ne sont parties à la Convention de Vienne, ce qui empêcherait *de facto* tout accord ultérieur fondé sur cette convention. Le secrétaire du TCE ajoute enfin qu'un tel accord pourrait être considéré comme une réserve qui est interdite par l'article 46 du TCE ou comme un « protocole » visant à compléter ou à suppléer les dispositions du TCE ce qui nécessiterait l'approbation de la Conférence sur la Charte de l'énergie.

En outre, l'universitaire autrichien J. Tropper¹⁷⁶ alertait sur deux autres obstacles à un tel accord. Tout d'abord, il n'est pas certain que cette modification *inter se* soit compatible avec l'article 16 du TCE qui permet de préserver le plus haut niveau de protection des investissements et de l'accès à l'arbitrage au cas où des parties contractantes concluent un accord relatif à la protection des investissements ou au mécanisme de résolution des différends. Tout accord postérieur conclu entre Etats membres pour faire échec à l'arbitrage intra-UE et/ou à la clause de survie avant leur sortie du TCE semble tomber sous le coup de l'article 16. C'est ce qu'a affirmé le secrétaire du TCE en soulignant que l'article 16 du TCE disparaît dans la proposition de modernisation et qu'il a fréquemment été utilisé par les tribunaux arbitraux par le passé¹⁷⁷. Par ailleurs, un tel accord semble également incompatible au regard de l'article 41(1)(b) de la Convention de Vienne de 1969¹⁷⁸. Cette disposition prévoit que plusieurs parties à un traité multilatéral peuvent conclure un accord ayant pour objet de modifier le traité dans leurs relations mutuelles seulement si la modification en question n'est pas interdite par le traité et sous deux conditions. La première est que la modification ne doit pas porter atteinte « à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations ». La seconde est qu'elle ne doit pas porter sur une « disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble ». Concernant la première condition, les universitaires J. Tropper

¹⁷⁵ Clarifications on the resolution of the European Parliament on the outcome of the modernisation of the Energy Charter Treaty, Secretary General, 13 February 2023.

¹⁷⁶ Tropper, J., « Withdrawing from the Energy Charter Treaty : The end is (not) near », *Kluwer Arbitration Blog*, 4 novembre 2022.

¹⁷⁷ Clarifications on the resolution of the European Parliament on the outcome of the modernisation of the Energy Charter Treaty, Secretary General, 13 February 2023.

¹⁷⁸ V. en ce sens : Huremagić, H. et Tropper, J., « Mission Impossible ? Implementing *Komstroy* and Modifying the Energy Charter Treaty », *Völkerrechtsblog*, 17 novembre 2021.

et H. Huremagić¹⁷⁹ en concluent qu'elle serait remplie puisque les effets de l'accord resteraient limités à ses parties et ne concerneraient pas les autres Etats. Concernant la seconde condition, ils en concluent que cela dépend de la question de savoir si « l'objet » et le « but » impliquent des obligations de caractère non réciproque et absolue, telles que les traités relatifs aux droits de l'Homme. Selon ces auteurs, puisque le TCE établit des obligations bilatérales qui ne sont pas de nature absolue, la limitation des procédures de règlement des litiges à des juridictions étatiques ne modifie pas les droits des tiers et ne contrecarre pas l'objet et le but au point d'en compromettre la réalisation effective.

Il est à noter également que, sur la base de l'article 16 du TCE et de l'article 41 de la Convention de Vienne, les tribunaux arbitraux ont systématiquement rejeté l'argument selon lequel l'adhésion de l'UE au TCE constituait une modification *inter se* de celui-ci éliminant le consentement à l'arbitrage intra-européen¹⁸⁰. La seule exception est l'affaire *Green Power c. Espagne* puisque le tribunal a considéré que le droit de l'Union prévalait sur le TCE, y compris son article 16¹⁸¹. En définitive, une grande incertitude entoure la validité d'un accord *inter se*. Rien ne prouve que les tribunaux arbitraux accepteront de donner effet à un tel accord puisque la clause de survie est supposée apporter une sécurité juridique aux investisseurs. Modifier le champ d'application de cette disposition est source d'incertitude et pourrait être rejeté par les arbitres qui ont, par le passé, considéré d'un œil critique les modifications *inter se* relatives au TCE. En tout état de cause, comme le relèvent certains auteurs¹⁸², le retrait probable de l'Union et de ses Etats membres aura pour conséquence d'affaiblir le cadre normatif que le TCE cherchait à établir. La protection des investisseurs dans le secteur de l'énergie, qu'il s'agisse d'énergies renouvelables ou fossiles, sera largement impactée, à rebours des objectifs que l'Union européenne cherche à atteindre.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case n° ARB/12/12, Decision on the *Achmea* Issue, 31 August 2018, §§221-229 ; *Landesbank Baden-Württemberg and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/15/45, Decision on the Intra-EU Jurisdictional Objection, 25 February 2019, §186 ; *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, ICSID Case n° ARB/15/50, Decision on Termination Request and Intra-EU Objection, 7 May 2019, §151 ; *BayWa r.e. Renewable Energy GmbH and BayWa r.e. Asset Holding GmbH v. Spain*, ICSID Case n° ARB/15/16, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 2 December 2019, §276 ; *Silver Ridge Power BV v. Italian Republic*, ICSID Case n° ARB/15/37, Award, 26 February 2021, §§228-229 ; *Sevilla Beheer B.V. and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case n° ARB/16/27, Decision on Jurisdiction, Liability and Principles of Quantum, 11 February 2022, §§648-650 et §670.

¹⁸¹ *Green Power partners K/S and SCE Solar Don Benito APS v. Kingdom of Spain*, SCC Case n° V2016/135, Award, 16 June 2022, §§468-470.

¹⁸² V. en ce sens : Eichberger, F., « ECT Modernisation Perspectives : No Winners : The Long End of the ECT Modernisation Process », *Kluwer Arbitration Blog*, 8 mai 2022.

CONCLUSION

Aux yeux de la Cour de justice et de l'Union européenne, l'arbitrage intra-UE fondé sur le TCE n'a plus aucun avenir en raison de l'autonomie et du caractère propre du droit de l'Union. Les juridictions des Etats membres, contraintes par le raisonnement *Komstroy*, se sont alignées sur cette position hostile à l'arbitrage, comme en attestent les nombreuses annulations de sentences déjà prononcées. Toutefois, les tribunaux arbitraux du CIRDI qui continuent d'être saisis de litiges entre un investisseur européen et un Etat membre ne risquent pas de changer leur position et de se déclarer incompétents. Leur raisonnement repose sur le droit international auquel l'ordre juridique européen ne peut pas faire obstacle, malgré le conflit de systèmes exacerbé qui existe entre ces deux ordres. Eu égard au système indépendant de la Convention CIRDI, les sentences CIRDI ne pourront pas être annulées par les juridictions des Etats membres. Elles produiront effet en-dehors de l'Union mais leur exequatur sera très certainement refusé au sein de celle-ci. Ainsi, un investisseur choisissant de recourir à un arbitrage CIRDI peut échapper au bannissement de l'arbitrage d'investissement intra-UE, à supposer qu'il puisse se contenter d'un exequatur dans des pays tiers à l'Union. Le choix du règlement d'arbitrage approprié par l'investisseur n'a jamais été si décisif pour l'issue d'une sentence.

Il reste que l'article 26 du TCE est toujours de droit positif et que le processus de modernisation du traité ne prévoit pas de l'exclure. En attendant des avancées dans les négociations, tous les Etats signataires demeurent liés par le traité, même ceux qui se sont retirés puisqu'ils subissent les effets de la clause de survie pour une durée de vingt ans. La survenance d'un accord *inter se* entre certains pays européens est très probable mais ses effets risquent fortement d'être bloqués par les tribunaux arbitraux. L'issue des négociations est donc à suivre de près.

En attendant, le moment est venu pour les investisseurs et les Etats hôtes de réfléchir à la manière dont les investissements étrangers dans le secteur de l'énergie pourraient être protégés en cas de lacune du TCE. D'une part, comme évoqué dans les développements précédents¹⁸³, les investisseurs peuvent se tourner vers la protection offerte par la CEDH, que ce soit sur le terrain du droit d'accès à un juge ou du droit au respect de ses biens. La Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas fini de définir les contours de la protection que la CEDH peut offrir mais ses décisions sont scrutées par les investisseurs européens et les spécialistes de l'arbitrage. D'autre part, la question qui se pose à présent est de savoir si l'ordre juridique de l'Union, seul appelé désormais à régir les relations entre investisseurs européens et Etats membres, est en

¹⁸³ V. *supra*, titre 1, chapitre 2, section 2 sur la réception de la solution *BTS Holding* par les juridictions françaises.

mesure de se substituer à l'arbitrage international et d'offrir des solutions adaptées pour le règlement des différends relatifs à des investissements. Le chercheur universitaire D. Moskvan démontre, dans une monographie, que le droit européen est capable d'offrir une protection solide des investissements directs étrangers, parfois même au-delà de ce que le droit international permet¹⁸⁴. Pour cela, il compare le champ de protection du droit de l'Union à celui des traités d'investissement en passant en revue les mécanismes de protection des investissements les plus courants : traitement juste et équitable, non-discrimination, garantie de libre transfert, expropriation et mécanisme de résolution des litiges. Il en conclut que la véritable limite à l'efficacité du droit européen est l'absence d'un mécanisme de résolution des différends neutre et spécialisé, d'autant plus que les Etats membres les plus dépendants des investissements étrangers sont ceux dont les systèmes judiciaires sont les moins performants. Pour y remédier, il propose la création d'une Cour européenne des investissements étrangers. Ainsi, les Etats membres vont devoir faire des choix politiques réfléchis et suffisamment ambitieux pour que le droit européen puisse offrir une protection adaptée aux investissements étrangers.

¹⁸⁴ Moskvan, D., *Protection of foreign investments in an intra-EU context. Not one BIT ?*, Elgar, 2022.

BIBLIOGRAPHIE

I- Ouvrages généraux et manuels

De Nanteuil, A., *Droit international de l'investissement*, A. Pedone, 3ème édition, 2020

Douglas, Z., *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009

Leben, C., *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, A. Pedone, 2015

II- Monographies et thèses

Barhebréus, L., « *Komstroy*: Invalidating investor-State Arbitration Under the Energy Charter Treaty in intra-EU Disputes: Manifesting the Principle of Autonomy of the EU Legal Order, the International Law Infraction and the Investors Caught in Between », Stockholm University, 2022

Moskvan, D., *Protection of foreign investments in an intra-EU context. Not one BIT ?*, Elgar, 2022

III- Revues, articles et notes

Audit, M., « Arbitrage d'investissement intra-européen : le fondement contractuel n'exclut pas la contrariété au droit de l'Union », *Revue de l'arbitrage*, 2021, p.1118

Bondar, K., « Annulment of ICSID and Non-ICSID Investment Awards: Differences in the Extent of Review », *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2015, Volume 32 Issue 6, p.621-676

Brillat Capello, W. et Cottin, A., « 2022 Year in Review : Arbitration-related developments in France », *Kluwer Arbitration Blog*, 7 février 2023

Calissendorff, A. et Schöldström, P. (dir.), Kluwer Law International, 2022, p.59-86

Carlevaris, A., « Chapter 5 : The CJEU's Case Law on Intra-EU Investment Arbitration and the Importance of the Place of Arbitration » in *Stockholm Arbitration Yearbook 2022*,

Castellarin, E., « Relations entre droit de l'Union et accords de protection des investissements » dans « Investissements », *Répertoire de droit européen*, novembre 2021, §§4-26

Coleman, P., « L'arbitrage d'investissement à l'épreuve de l'autonomie du droit de l'Union européenne », *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2022, n°2, p.581

Crépet-Daigremont, C., « Chronique sur les investissements : Arbitrage d'investissement et droit de l'Union européenne », *Les Cahiers de l'Arbitrage*, Lextenso, 2022, n°4, p.1142

Eichberger, F., « ECT Modernisation Perspectives : No Winners : The Long End of the ECT Modernisation Process », *Kluwer Arbitration Blog*, 8 mai 2022

Gaillard, E., « L'affaire *Achmea* ou les conflits de logiques », *Revue critique de DIP*, 2018, p.616

Gallagher, N., « Chapter 5 : Arbitration in Changing Times » in *Achieving the Arbitration Dream : Liber Amicorum for Professor Julian D.M. Lew KC*, Brekoulakis, S., Weeramantry, R. et autres (dir.), Kluwer Law International, 2023, p. 59-66

Gidoïn, A.-S., Commentaire de l'arrêt rendu par la CA Paris, 24 septembre 2019, *République de Moldavie c. Komstroy*, *Cahiers de l'Arbitrage*, 2020, n°2, p.315

Gustafsson, B., « EU Law Showing its Teeth : The Annulment of *Novenergia II v. Spain* », *Kluwer Arbitration Blog*, 7 mars 2023

Halonen, L. et Eichhorn S., « Berlin Court Finds that ICSID Arbitrations Are Immune from *Achmea* and *Komstroy* – At Least While They Are Ongoing », *Kluwer Arbitration Blog*, 21 juillet 2022

Happold, M. et Ménétrey, S., « L'investissement et l'arbitrage au sens du Traité sur la Charte de l'énergie vu par la Cour de justice : la dimension stratégique de l'arrêt *Komstroy* à l'aune de l'Avis 1/20 », *RTD Eur*, 2022, p.693

Huremagić, H. et Tropper, J., « Mission Impossible ? Implementing *Komstroy* and Modifying the Energy Charter Treaty », *Völkerrechtsblog*, 17 novembre 2021

Jourdan-Marques, J., « Chronique d'arbitrage : à l'ami, à la mort », *Dalloz actualité*, 14 mars 2023

Jourdan-Marques, J., « Chronique d'arbitrage : CJUE versus CEDH, la bataille pour l'arbitrage a commencé », *Dalloz actualité*, 13 juillet 2022

Jourdan-Marques, J., « Chronique d'arbitrage : après *Komstroy*, Londres rit et Paris pleure », *Dalloz actualité*, 17 septembre 2021

Jourdan-Marques, J., « Chronique d'arbitrage : arbitrage et question préjudicielle – la cour d'appel de Paris jette un pavé dans la mare », *Dalloz actualité*, 29 octobre 2019

Korom, V., « Pourquoi la France devrait-elle rester dans le Traité sur la Charte de l'énergie ? », *Recueil Dalloz*, 2022, p.2232

Laazouzi, M., « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements : Arbitrage d'investissement et droit de l'Union européenne », *Revue de l'arbitrage*, 2022, n°4, p.1608

Lal, R. et Wilby, C., « The Energy Charter Treaty : what's next ? », *International Energy Law Review*, 2022, 5/6, 57-59

Lavranos, N., Lath, A. et Varma, R., « The Meltdown of the ECT : How the ECT was ruined by the EU and its Member States », *SchiedsVZ*, 2023, p.38

Lemaire, S., « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements : Arbitrage d'investissement et droit de l'Union européenne », *Revue de l'arbitrage*, 2018, n°2, p.424

Leoveanu, A., Clemente, H. et Conlon, J., « The *Komstroy* Saga : It Ain't Over Till It's Over », *Kluwer Arbitration Blog*, 1^{er} mars 2023

Letizia, V., « The EU Termination Agreement and Sunset Clauses : No 'Survivors' on the (Intra-EU) Battlefield ? », *Kluwer Arbitration Blog*, 22 juin 2022

Maynard, S. et Kalinin, M., « ECT Modernisation Perspectives : Unpacking the Impact of the Revised ECT Text on Dispute Resolution », *Kluwer Arbitration Blog*, 6 novembre 2022

Morales, A. sur la monographie de Moskvan, D., *Protection of foreign investments in an intra-EU context. Not one BIT ?*, *RTD Eur*, 2022, p.V

Nardell, G. et Rees-Evans, L., « The Role of the ECtHR in the Protection of International Arbitral Awards : Insights from *BTS Holding v Slovakia* », *Kluwer Arbitration Blog*, 12 octobre 2022

Nardell, G. et Rees-Evans, L., « The agreement terminating intra-EU BITs : are its provisions on "New" and "Pending" Arbitration Proceedings compatible with investors' fundamental rights ? », *Arbitration International*, 2021, p.197

Ruiz Fabri, H., « Règlement des différends économiques interétatiques », *Répertoire de droit international*, janvier 2018 (actualisé en novembre 2020)

Saugmandsgaard, H. et Sabouret, P., « Transition verte : les investissements intra-UE après l'arrêt *Komstroy* - Quel avenir pour le TCE ? », *Obs. Brux.*, mars 2022, n°127, p.45

Schroth, H.-J., « The Energy Charter Treaty (ECT) in the Context of the Treaties of the European Union » in *The Energy Charter Treaty. An East-West Gateway for Investment & Trade*, Wälde, T.W. (dir.), Kluwer Law International, 1996, p.240-248

Sim, M., « Les relations de l'Union européenne avec les acteurs privés », *Revue de l'Union européenne*, 2023, p.80

Stein, E. et Muron Q., « *Komstroy, PL Holdings, Micula* : closing the door to intra-EU investment arbitration – again ? », *Belgian Review of Arbitration*, 2022, p.7-39

Tropper, J., « Withdrawing from the Energy Charter Treaty : The end is (not) near », *Kluwer Arbitration Blog*, 4 novembre 2022

IV- Communications, réunions, rapports et avis

Déclaration n° 5 annexée à l'Acte final de la Conférence sur la Charte européenne de l'Energie, 17 décembre 1994, disponible sur : <https://www.energychartertreaty.org/fr/dispositions/partie-iv-dispositions-diverses/article-25-accords-dintegration-economique/>

Décision du Conseil et de la Commission 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, 98/181/CE, CECA, Euratom, 23 septembre 1997, disponible sur : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=celex:31998D0181>

Decision of the Energy Charter Conference, CCDEC2018 21, 27 November 2018, disponible sur :

https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/CCDEC201821_-_NOT_Report_by_the_Chair_of_Subgroup_on_Modernisation.pdf

Statement submitted by the European Communities to the Secretariat of the Energy Charter pursuant to Article 26(3)(b)(ii) of the Energy Charter Treaty, 2 mai 2019, disponible sur :

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22019X0502\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22019X0502(01)&from=EN)

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Lutte contre la hausse des prix de l'énergie : une panoplie d'instruments d'action et de soutien », COM(2021) 660 final,

13 octobre 2021, disponible sur : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0660>

Finalisation des négociations sur la modernisation du Traité sur la charte de l'énergie, 24 juin 2022, disponible sur : <https://www.energychartertreaty.org/fr/modernisation-du-traite/>

Proposal for a Council Decision on the position to be taken on behalf of the European Union in the 33rd meeting of the Energy Charter Conference, COM(2022) 521 final, 5 October 2022, disponible sur : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=COM:2022:521:FIN>

Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, as well as to the Member States on an agreement between the Member States, the European Union and the European Atomic Energy Community on the interpretation of the Energy Charter Treaty, COM(2022) 523 final, 5 October 2022, disponible sur : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2022%3A523%3AFIN&qid=1664971447432>

Avis du Haut Conseil pour le Climat sur la modernisation du TCE, 19 octobre 2022, disponible sur : https://www.hautconseilclimat.fr/wp-content/uploads/2022/10/2022-10-19_Avis-TCE_HCC.pdf

Résolution du Parlement européen sur le résultat de la modernisation du traité sur la Charte de l'énergie, 2022/2934(RSP), 24 novembre 2022, disponible sur : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0421_FR.html

Clarifications on the resolution of the European Parliament on the outcome of the modernisation of the Energy Charter Treaty, Secretary General, 13 February 2023, disponible sur : https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/News/0047-SG-13022023-EP_President_French_unofficial_translation.pdf

V- Ressources numériques

Abnett, K., « EU mulls partial exit from energy treaty over climate concerns », Reuters, 3 mai 2023, <https://www.reuters.com/world/europe/eu-mulls-partial-exit-energy-treaty-over-climate-concerns-2023-05-03/> (consulté le 28 mai 2023)

Anonyme, « Les retraits du TCE et les discussions de l'UE sur un accord *inter se* », Investment Treaty News, 2 avril 2023, <https://www.iisd.org/itn/fr/2023/04/02/ect-withdrawals-and-eu-discussions-on-inter-se-agreement/> (consulté le 15 mai 2023)

Anonyme, « LEAK : Exit from Energy Charter Treaty ‘unavoidable’, EU Commission says », Euractiv, 8 février 2023, <https://www.euractiv.com/section/energy/news/exit-from-energy-charter-treaty-unavoidable-eu-commission-says/> (consulté le 30 mai 2023)

Conception, A., « Le Traité sur la Charte de l’Energie modernisé n’a pas pu être adopté », Novethic, 23 novembre 2022, <https://www.novethic.fr/actualite/energie/transition-energetique/isr-rse/le-traite-sur-la-charte-de-l-energie-dans-sa-version-modernisee-n-a-pas-pu-etre-adopte-151197.html> (consulté le 5 mai 2023)

Joffre, A., « Attaquée par un investisseur allemand du PV, la France a décidé de se retirer du Traité sur la charte de l’énergie », Tecsol, 24 octobre 2022, https://tecsol.blogs.com/mon_weblog/2022/10/attaqu%C3%A9e-par-un-investisseur-allemand-du-pv-la-france-a-d%C3%A9cid%C3%A9-de-se-retirer-du-trait%C3%A9-sur-la-charte.html (consulté le 26 mai 2023)

Malingre, V., « La France concrétise son retrait du Traité sur la charte de l’énergie », Le Monde, 19 décembre 2022, https://www.lemonde.fr/planete/article/2022/12/19/la-france-concretise-son-retrait-du-traite-sur-la-charte-de-l-energie_6155047_3244.html (consulté le 6 février 2023)

Rubrique « Modernisation du Traité », site officiel du TCE, <https://www.energychartertreaty.org/fr/modernisation-du-traite/> (consulté le 30 mai 2023)

Rubrique « Affaires » et « Statistiques », site officiel du TCE, mis à jour le 1^{er} décembre 2021, <https://www.energychartertreaty.org/fr/affaires/statistiques/> (consulté le 30 mai 2023)

Secrétariat du TCE, « Written notifications of withdrawal from the Energy Charter Treaty », site officiel du TCE, <https://www.energychartertreaty.org/fr/details/article/written-notifications-of-withdrawal-from-the-energy-charter-treaty/> (consulté le 28 mai 2023)

Wang, A., « ECT tribunal upholds intra-EU treaty jurisdictional objection for the first time », Investment Treaty News, 7 octobre 2022, <https://www.iisd.org/itn/en/2022/10/07/ect-tribunal-upholds-intra-eu-treaty-jurisdictional-objection-for-the-first-time-green-power-v-spain-anqi-wang/> (consulté le 18 décembre 2022)

VI- Conférences

Conférence organisée par le cabinet Audit Duprey Fekl dans le cadre de la *Paris Arbitration Week*, « The Rise of the Sunset Clause », 29 mars 2023

Conférence organisée dans le cadre de la *Paris Arbitration Week*, « The World post-Achmea : National courts's treatment of investment arbitration », 29 mars 2023

Conférence organisée par le cabinet Dechert dans le cadre de la *Paris Arbitration Week*, « Investment Protection in the European Union : Arbitration and its alternatives », 30 mars 2023

VII- Jurisprudence

1- Sentences arbitrales

AES Solar and others (PV Investors) v. Spain, PCA Case n° 2012-14, Preliminary Award on Jurisdiction, 14 October 2014 (CL-167)

BayWa r.e. Renewable Energy GmbH and BayWa r.e. Asset Holding GmbH v. Spain, ICSID Case n° ARB/15/16, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 2 December 2019

Cavalum SGPS, S.A. v. Kingdom of Spain, ICSID Case n° ARB/15/34, Reconsideration Decision, 10 January 2022

Cube Infrastructure Fund SICAV and others v. Kingdom of Spain, ICSID Case n° ARB/15/20, Decision on Annulment, 28 March 2022

Electrabel S.A. v. Republic of Hungary, ICSID Case n° ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012

Encavis AG and others v. French Republic, ICSID Case n° ARB/22/22

Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic, ICSID Case n° ARB/15/50, Decision on Termination Request and Intra-EU Objection, 7 May 2019

Green Power partners K/S and SCE Solar Don Benito APS v. Kingdom of Spain, SCC Case n° V2016/135, Award, 16 June 2022

Infracapital FI S.À.R.L. and Infracapital Solar B.V. v. Kingdom of Spain, ICSID Case n° ARB/16/18, Decision on Respondent Request for Reconsideration regarding the Intra-EU Objection and the Merits, 1st February 2022

Infrastructure Services Luxembourg S.À.R.L. and Energia Termosolar B.V. (formerly Antin Infrastructure Services Luxembourg S.À.R.L. and Antin Energia Termosolar B.V.) v. Kingdom of Spain, ICSID Case n° ARB/13/31, Decision on Annulment, 30 July 2021

Infracapital FI S.à r.l. and Infracapital Solar B.V. v. Kingdom of Spain, ICSID Case n° ARB/16/18, Second Decision on Reconsideration, 19 August 2022

Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case n° ARB/05/20, Final Award, 11 December 2013

Komstroy (formerly Energoalians) v. Republic of Moldova, UNCITRAL, Award, 23 October 2013

Landesbank Baden-Württemberg, HSH Nordbank AG, Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale and Norddeutsche Landesbank-Girozentrale v. Kingdom of Spain, ICSID Case n° ARB/15/45, Decision on the "Intra-EU" Jurisdictional objection, 25 February 2019 (CL-192)

Landesbank Baden-Württemberg and others v. Kingdom of Spain, ICSID Case n° ARB/15/45, Decision Dismissing Respondent's Request for Reconsideration of the Tribunal's Decision on the "Intra-EU" Objection, 11 November 2021

Mainstream Renewable Power Ltd and others v. Federal Republic of Germany, ICSID Case n° ARB/21/26, Decision on Respondent's Application under ICSID Arbitration Rule 41(5), 18 January 2022

Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain, ICSID Case n° ARB/14/1, Decisions on the Respondent's Request for a Supplementary Decision, 29 November 2018

Mathias Kruck and others v. Kingdom of Spain, ICSID Case n° ARB/15/23, Decision Dismissing the Respondent's Request for Reconsideration of the Tribunal's Decision on Jurisdiction and Admissibility, 6 December 2021

NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain, ICSID Case n° ARB/14/11, Decision on Annulment, 18 March 2022

Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Kingdom of Spain, SCC Case n° 2015/063, Final Award, 15 February 2018

Rockhopper Exploration Plc, Rockhopper Italia S.p.A. and Rockhopper Mediterranean Ltd v. Italian Republic, ICSID Case n° ARB/17/14, Decision Dismissing the Italian Republic's Request for Reconsideration of the Tribunal's Decision on the Intra-EU Jurisdictional Objection, 20 December 2021

Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic, ICSID Case n° ARB/17/14, Final Award, 23 August 2022

Sevilla Beheer B.V. and others v. Kingdom of Spain, ICSID Case n° ARB/16/27, Decision on Jurisdiction, Liability and Principles of Quantum, 11 February 2022

Silver Ridge Power BV v. Italian Republic, ICSID Case n° ARB/15/37, Award, 26 February 2021

SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain, ICSID Case n° ARB/15/38, Decision on Annulment, 16 March 2022

Stadtwerke München GmbH and others v. Kingdom of Spain, ICSID Case n° ARB/15/1, Award, 2 December 2019 (RL-127)

Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany, ICSID Case n° ARB/12/12, Decision on the *Achmea* Issue, 31 August 2018

2- Cour de justice de l'Union européenne (ou anciennement Cour de justice des communautés européennes)

CJCE, 3 février 1977, *Benedetti*, aff. 52/76

CJCE, ord., 5 mars 1986, *Wünsche*, aff. 69/85

CJCE, 11 juin 1987, *Pretore di Salò*, aff. 14/86

CJCE, 27 septembre 1988, *Matteucci c. Communauté française de Belgique*, aff. 235/87

CJCE, 10 novembre 1992, *Exportur SA c. LOR SA et Confiserie du Tech SA.*, aff. C-3/91

CJUE, 15 septembre 2011, *Commission c. République slovaque*, aff. C-264/09

CJUE, 7 juillet 2016, aff. C-567/14

CJUE, 6 mars 2018, *Achmea*, aff. C-284/16

CJUE, 2 septembre 2021, *République de Moldavie c. Komstroy*, aff. C-741/19

CJUE, 26 octobre 2021, *Republiken Polen c. PL Holdings Sàrl*, aff. C-109/20

CJUE, 16 juin 2022, avis n° 1/20

3- Cour européenne des droits de l'Homme

CEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, n°13427/87

CEDH, 3 avril 2008, *Regent company v. Ukraine*, n°773/03

CEDH, 20 avril 2010, *Kin-Stib and Majkić v. Serbia*, n°12312/05

CEDH, 30 juin 2022, *BTS Holding a.s. v. Slovakia*, n°55617/17

4- Décisions de juridictions étrangères

Svea Court of Appeal, Case n° T 4658-18, 13 December 2022

Supreme Court of Stockholm, Case n° T 1569-19, 14 December 2022

5- Cour de cassation

Civ. 1ère, 6 janvier 1987, *SPP c. Egypte*, n°84-17.274

Civ. 1ère, 20 décembre 1993, *Dalico*, n°91-16.828

Civ. 1ère, 20 mars 2004, *Uni-Kod*, n° 01-14.311

Civ. 1ère, 18 novembre 2015, n°14-26.482

Civ. 1ère, 28 mars 2018, n°16-16.568

6- Juridictions d'appel

CA Paris, 12 juillet 1984, *Egypte c. SPP*

CA Paris, 23 septembre 2014, *Genentech Inc. c. Hoeschst GmbH et Sanofi-Aventis Deutschland GmbH*, n°12/21810

CA Paris, 12 avril 2016, n°13/22531

CA Paris, 25 avril 2017, n°15/01040

CA Paris, 26 septembre 2017, n°16/15338

CA Paris, 24 septembre 2019, n°18/14721

CA Paris, 17 novembre 2020, *Sorelec*, n°18/02568

CA Paris, 10 janvier 2023, n°18/14721

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	2
SOMMAIRE	3
ABREVIATIONS.....	4
INTRODUCTION	5
TITRE 1 : LA FIN DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT INTRA-EUROPEEN ANNONCEE PAR L'AFFAIRE <i>KOMSTROY</i>	10
CHAPITRE 1 : L'INTERVENTION DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE	10
Section 1 : Le caractère inopportun de la question préjudicielle posée par la Cour d'appel de Paris	10
Section 2 : La solution <i>obiter dicta</i> de la Cour de justice.....	12
➤ §1 : Une reconnaissance contestable de la compétence de la Cour de justice	12
A) L'intégration du TCE à l'ordre juridique européen.....	12
B) Le choix volontaire de fixer le siège de l'arbitrage dans l'Union	13
➤ §2 : L'anéantissement de l'article 26 du TCE dans les relations intra-européennes.....	14
A) Un rappel des différents principes du droit européen.....	15
B) La reprise du raisonnement tripartite de l'affaire <i>Achmea</i>	15
C) La portée précise de la solution.....	17
CHAPITRE 2 : L'ANNULATION ATTENDUE DE LA SENTENCE PAR LA COUR D'APPEL DE PARIS 19	
Section 1 : Le caractère contraignant de l'interprétation par la Cour de justice de la notion d'investissement dans le cadre du TCE	19
➤ §1 : La solution de la Cour d'appel	19
➤ §2 : L'appréciation critique	21
Section 2 : L'échec de la tentative de l'investisseur d'invoquer une violation de son droit de propriété protégé par le premier protocole de la Convention européenne des droits de l'Homme.....	23
➤ §1 : Le rappel de la décision <i>BTS Holding c. Slovaquie</i>	24
➤ §2 : Le rejet critiquable de l'atteinte au droit de propriété par la Cour d'appel.....	26
TITRE 2 : LES PERSPECTIVES DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT INTRA-EUROPEEN	29
CHAPITRE 1 : LES SUITES DE LA DECISION <i>KOMSTROY</i> DANS LA JURISPRUDENCE ARBITRALE	29
Section 1 : La résistance unanime des tribunaux arbitraux du CIRDI	29
➤ §1 : Le cas des recours spécifiques prévus par la Convention CIRDI.....	30
A) Les demandes de réexamen de décisions rendues avant <i>Komstroy</i>	30
B) Les demandes d'annulation dans le cadre du CIRDI	31
➤ §2 : Le rejet du raisonnement <i>Komstroy</i> dans une procédure arbitrale ordinaire	33
A) L'exemple d'une procédure arbitrale ordinaire : l'affaire <i>Sevilla Beheer c. Espagne</i>	34
B) Les raisons de la résistance unanime des tribunaux du CIRDI	36
Section 2 : La résignation d'un tribunal arbitral <i>ad hoc</i> : l'affaire <i>Green Power Partners c. Espagne</i>	38
➤ §1 : L'admission de l'objection intra-UE par le tribunal arbitral.....	38
A) L'application du droit de l'Union à la convention d'arbitrage	38
B) L'interprétation de l'article 26 du TCE à la lumière des principes de la Convention de Vienne sur le droit des traités	39

C) L'interprétation de l'article 26 du TCE à la lumière du droit de l'Union.....	40
➤ §2 : Les raisons de cette solution : les réactions des juridictions européennes face aux sentences d'investissement.....	41
CHAPITRE 2 : LE SORT DE L'ARBITRAGE DANS LE TCE.....	44
Section 1 : Les dénonciations en cascade du TCE et l'impact de la <i>sunset clause</i>	44
➤ §1 : Le retrait de nombreux Etats européens du TCE.....	44
➤ §2 : L'existence d'une clause de survie au sein du TCE.....	46
Section 2 : Les discussions sur une version modernisée du TCE : quel avenir pour l'arbitrage ?	47
➤ §1 : L'échec probable d'une modernisation conjointe.....	48
➤ §2 : L'éventualité d'un accord <i>inter se</i> entre Etats membres.....	50
CONCLUSION.....	53
BIBLIOGRAPHIE.....	55
TABLE DES MATIERES	64