

# HORS DE TOUT CONTRÔLE, HORS DE TOUTE RÉFORME

Le dilemme du traité sur la Charte de l'énergie de l'UE

CIARAN CROSS, LL.M.



Septembre 2020

À la demande du Groupe confédéral LA GAUCHE – Gauche unitaire européenne/Gauche verte nordique (GUE/NGL)



GROUPE PARLEMENTAIRE EUROPEEN

Parlement européen

B-1047 Bruxelles, Belgique

+32 (0)2 283 23 01

[guengl-communications@europarl.europa.eu](mailto:guengl-communications@europarl.europa.eu)

Septembre 2020

Photo de couverture: © Benita Welter @ Pixabay

# Table des matières

<b>Glossaire</b> .....	4
<b>Préambule</b> .....	5
<b>Introduction</b> .....	6
<b>1. Rendre le TCE « sûr à l'égard de la CJUE » ?</b> .....	10
1.1 Objections intra-UE .....	12
1.1.1 Avant Achmea .....	12
1.1.2 Conséquences d'Achmea et de l'Avis 1/17 .....	12
1.2 Autonomie du droit de l'UE .....	13
1.2.1 Droit applicable .....	13
1.2.2 Règles relatives aux conflits .....	14
1.2.3 Répartition des compétences .....	15
1.3 Questions de fond .....	15
1.3.1 Normes de protection des investissements .....	15
1.3.2 Le droit de réglementer .....	19
<b>2. Les horizons du droit de l'UE</b> .....	21
2.1 Nationality shopping .....	21
2.2 Droit de la concurrence .....	22
2.2.1 Décision CE 2017 (Espagne) .....	25
2.2.2 Réclamations mixtes .....	26
2.3 Exécution .....	27
2.3.1 Exécution non UE .....	27
2.3.2 Le « véritable champ de bataille » ? .....	28
<b>3. Ouvrir la voie vers Paris</b> .....	30
3.1 AME et mesures de riposte aux changements climatiques .....	30
3.2 Subventions aux combustibles fossiles .....	31
3.3 Obligations des investisseurs .....	32
<b>4. Conclusion</b> .....	34
<b>5. Notes de fin de document</b> .....	36
<b>Annexe 1 – Affaires TCE contre l'Espagne</b> .....	44

# Glossaire

<b>AECG</b>	Accord économique et commercial global entre le Canada et l'UE
<b>CIRDI</b>	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
<b>CJUE</b>	Cour de justice de l'Union européenne
<b>CNUCED</b>	Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement
<b>CNUDCI</b>	Commission des Nations unies pour le droit commercial international
<b>OIER</b>	Organisation d'intégration économique régionale
<b>RDIE</b>	Règlement des différends entre investisseurs et États
<b>SJI</b>	Système juridictionnel des investissements
<b>TBI</b>	Traité bilatéral d'investissement
<b>TCE</b>	Traité sur la Charte de l'énergie
<b>TFUE</b>	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
<b>TJE</b>	Norme du traitement juste et équitable
<b>TMI</b>	Tribunal multilatéral des investissements
<b>TRG</b>	Programme de tarifs de rachat garantis
<b>UE</b>	Union européenne

# Préambule

Chers lecteurs,

Nous vous proposons une étude approfondie sur les enjeux que porte le Traité sur la Charte de l'Énergie (TCE). Ce traité est devenu une des bases légales de référence pour les cabinets d'avocats spécialisés dans les poursuites contre les gouvernements via les mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États (ISDS).

Ce qui est en jeu, c'est la capacité des gouvernements à réglementer en faveur de l'intérêt général, par exemple en créant des réserves naturelles, en améliorant la protection des citoyens contre les substances dangereuses ou en modifiant le choix de l'approvisionnement en énergie, par le passage des énergies carbonées aux énergies renouvelables.

Les parlements démocratiquement élus pourront-ils encore légiférer ?

Les gouvernements doivent-ils craindre les groupes d'arbitrage qui se prononcent sur le versement d'indemnités élevées quand les bénéfices des investisseurs sont trop décevants ? Les gouvernements des États membres de l'Union Européenne ont été trop souvent les victimes de tribunaux d'arbitrages qui s'appuyaient sur ce Traité sur la Charte de l'Énergie.

La Cour de justice de l'Union européenne a d'ailleurs mis en lumière l'incompatibilité de l'architecture d'arbitrage du Traité avec les règles européennes en vigueur. La Commission européenne a présenté une proposition de réforme du TCE en mai 2020.

Le groupe THE LEFT - GUE/NGL au Parlement européen a commandé cette étude sur les limites de cette proposition, ainsi que sur la valeur, la conduite, les objectifs et les résultats de ces négociations. Nous voulions savoir s'il suffisait d'envisager de simples modifications de la formulation, pour tenter de combler certaines lacunes juridiques. Il nous importait également de savoir s'il fallait en faire plus et si nos gouvernements devaient tourner le dos à la logique même du règlement des différends entre investisseurs et États. Ciaran Cross a fourni une excellente étude et une contribution très précieuse au débat qui accompagne les négociations.

Nous avons demandé au précédent commissaire au commerce, Phil Hogan, si l'abandon du Traité sur la Charte de l'Énergie serait une option en cas d'échec des négociations sur sa révision. Il a confirmé cette option devant la commission du commerce international (INTA) du Parlement européen.

Après avoir lu cette étude, vous pourrez juger par vous-même des conseils que vous donneriez à son successeur Valdis Dombrovskis.

Emmanuel Maurel

Député européen

Membre du groupe parlementaire THE LEFT – GUE/NGL pour «La Gauche Républicaine et Socialiste»

\*PS. Tribune co-signée par 150 députés européens et publiée dans l'OBS : <https://www.nouvelobs.com/planete/20200909.OBS33068/tribune-le-tce-ce-traite-meconnu-qui-menace-l-ambition-climatique-de-l-ue.html>

# Introduction

En mai 2020, à l'orée des négociations pour la « modernisation » du traité sur la Charte de l'énergie (TCE), Urban Rusnák, Secrétaire général du Secrétariat de la Charte de l'énergie, a présenté un compte rendu surprenant sur la contribution du TCE à l'atténuation du changement climatique: « L'Accord de Paris ne protège pas les investissements. Le traité sur la Charte de l'énergie, lui, le fait. Il s'agit d'un complément à l'Accord de Paris... ».<sup>1</sup>

La position de Rusnák est difficilement conciliable avec celle des nombreuses critiques du TCE. En décembre 2019, 278 syndicats et organisations de la société civile ont qualifié le TCE de totalement « incompatible avec la mise en œuvre de l'Accord de Paris sur le climat ». Dans une lettre ouverte, ils ont exigé que l'Union européenne (UE) s'engage à réformer le TCE en excluant de sa protection les investissements dans les combustibles fossiles et en éliminant sa clause de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), faute de quoi l'UE et ses États membres devraient se retirer du TCE en masse ou mettre fin à l'accord.<sup>2</sup>

**Le tollé contre le TCE en particulier a mis du temps à venir.** Surnommé « l'invention de l'Union européenne » (en anglais « *brainchild of the European Union* »),<sup>3</sup> le TCE a pour objectif affiché de « promouvoir la sécurité énergétique par le biais de marchés de l'énergie plus ouverts et plus concurrentiels respectant les principes du développement durable et de la souveraineté sur les ressources énergétiques ».<sup>4</sup> Il a été proposé – et en grande partie conçu – par la Commission européenne dans les années 1990 pour aider les investisseurs d'Europe occidentale à capitaliser sur l'effondrement de l'Union soviétique. Il a été décrit comme « l'exemple le plus ambitieux » des tentatives des « puissances occidentales d'institutionnaliser officiellement les règles néolibérales (favorables au marché) dans le commerce de l'énergie ».<sup>5</sup>

À ce jour, le mécanisme de RDIE du TCE a été utilisé dans plus d'arbitrages que tout autre accord d'investissement dans le monde. Ces dix dernières années, les affaires fondées sur le TCE sont prédominantes dans les critiques du RDIE: un vaste mécanisme d'arbitrage fondé sur des traités permettant aux investisseurs internationaux protégés de poursuivre les États « hôtes » pour des pertes apparentes subies en raison de mesures réglementaires. Au sein de l'UE, de multiples plaintes ont déclenché l'opposition de l'opinion publique au RDIE: demandes d'indemnisations colossales, conflits d'in-

térêts et biais judiciaire, manque de transparence, doutes sur l'extension des interprétations en matière de normes de protection des investissements, ainsi que le rôle puissant de l'industrie de l'arbitrage et des bailleurs de fonds tiers dans l'alimentation d'une « ruée vers l'or » du RDIE.<sup>6</sup>

**À ce jour, le mécanisme de RDIE du TCE a été utilisé dans plus d'arbitrages que tout autre accord d'investissement dans le monde.**

**Une récente explosion des recours au titre du TCE contre les États membres de l'UE** a fondamentalement changé le paysage de l'arbitrage du RDIE,<sup>7</sup> notamment les deux réclamations de la société suédoise Vattenfall contre l'Allemagne: l'une contestant les politiques environnementales ayant reporté l'autorisation d'une centrale au charbon (régulée en privé en 2010); et une demande d'indemnisation de 4,7 milliards d'euros en instance, résultant de la sortie progressive du nucléaire par l'Allemagne.<sup>8</sup> Entre-temps, l'Espagne s'est hissé à la troisième place des États cités dans toutes les affaires de RDIE connues dans le monde, défendant quarante-sept recours au titre du TCE connus, représentant un passif global excédant les 4 milliards d'euros, peut-être beaucoup plus. Dans l'histoire du RDIE, la situation difficile de l'Espagne fait écho à la détresse de l'Argentine après la crise économique catastrophique de 2001, qui a abouti à des sentences du RDIE représentant une facture d'indemnisation globale de plus de 2 milliards de dollars.<sup>9</sup> Les indemnisations obtenues contre l'Espagne à ce jour s'élèvent déjà à près d'un milliard d'euros.<sup>10</sup> Jouant sur la crainte que l'abandon progressif des combustibles fossiles par les États n'aboutisse à un arbitrage du TCE, avec une montée en flèche des coûts, les investisseurs en énergie utilisent, avec succès, la menace du procès comme levier. La compagnie minière de lignite tchèque Leag serait parvenue à un règlement de plusieurs milliards d'euros de la part de l'Allemagne à la condition de renoncer à ses droits de tout futur recours au titre du TCE sur la sortie progressive du charbon planifiée.<sup>11</sup> Depuis 2019, la société allemande Uniper menace de poursuivre les Pays-Bas au sujet de leur engagement à mettre fin aux centrales au charbon d'ici 2030.<sup>12</sup>

**Les craintes que les litiges du RDIE au titre du TCE ne mettent en péril l'urgente action climatique, la transition énergétique mondiale et le Pacte vert pour l'Europe, sont par conséquent justifiées.** Beaucoup d'autres recours au titre du TCE sont attendus dans les années à venir et agiront, directement ou indirectement, comme un puissant facteur de discipline sur les marchés de l'énergie des États contractants au TCE. Au moment précis où la menace existentielle du changement climatique exige des modifications fondamentales et radicales de la réglementation, du financement et de la surveillance du secteur de l'énergie, le TCE permet aux investisseurs protégés d'augmenter radicalement les coûts de telles mesures (coûts supportés, au dernier chef, par les contribuables). Les subventions aux combustibles fossiles et leur utilisation doivent être supprimées de façon progressive, et les sources d'énergie renouvelables propres doivent être rapidement étendues, y compris au moyen de mécanismes d'incitation du marché. Mais si la transition énergétique passe à la vitesse supérieure, les litiges au titre du TCE menacent de drainer des fonds publics et de rendre des réformes énergétiques urgentes moins acceptables.

**En termes simples, la sur-indemnisation des spéculateurs, anciens comme récents, sur les marchés de l'énergie, n'est pas un « complément », mais une entrave aux objectifs de l'Accord de Paris.**

## PERSPECTIVES DE RÉFORME ?

Lancée en 2009, la « modernisation » du TCE pourrait être l'occasion de relever ces défis. La réforme reste une stratégie essentielle, car – à l'instar de beaucoup d'autres traités bilatéraux d'investissement (TBI) –, la « clause de survie » du TCE<sup>13</sup> oblige tout État qui se retire unilatéralement à continuer à protéger les investissements existants pendant encore vingt ans (jusqu'à présent, seule l'Italie s'est retirée ; retrait entré en vigueur en janvier 2016).<sup>14</sup> Mais toute modification significative du TCE exigera l'accord unanime des quelque cinquante parties contractantes au traité – une perspective hautement improbable. En outre, il est évident que les parties contractantes au TCE visent des « cibles faciles ». Nul n'a proposé d'exclure le RDIE ni d'obliger les investisseurs à épuiser d'abord les recours internes.

L'approche du TCE propre à la Commission européenne est dominée par des préoccupations relatives à l'architecture juridique de l'UE. Ces préoccupations sont doubles.

Premièrement, la Commission européenne s'est engagée à éliminer l'application de la clause de RDIE du TCE dans les différends « intra-UE » (entre des investisseurs de l'UE et des États membres de l'UE), afin de consolider la compétence exclusive de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Cet objectif est loin d'être une réforme globale du TCE. Certes, l'élimination de l'application intra-UE du TCE pourrait avoir des effets positifs : elle réduirait d'abord le montant des investissements réellement protégés par l'accord, les investisseurs de l'UE représentant actuellement environ 67% des investissements visés par le TCE dans l'UE.<sup>15</sup> Les autres affaires TCE introduites par des investisseurs *non membres* de l'UE peuvent même être admises par les États membres de l'UE. Mais, comme expliqué plus loin dans le présent document, il ne semble pas y avoir de motifs juridiques ou politiques impérieux pour traiter les recours d'investisseurs non membres de l'UE déposés au titre du TCE de manière fondamentalement différente par rapport à ceux qui impliquent des investisseurs de l'UE. On peut dire que l'artifice « intracommunautaire » de la Commission n'est même pas appuyé par le droit communautaire et peut encourager le *nationality shopping*. En outre, l'objectif de la Commission d'exclure l'application intra-UE du TCE ne peut être dissocié de ses conceptions visant à étendre et à légitimer l'application du TCE *dans tous les autres scénarios*.

Deuxièmement, l'approbation par la CJUE en 2019 du **Système juridictionnel des investissements** (SJI) inclus dans l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'UE (« AECG ») a donné à la Commission européenne le feu vert pour inclure des mécanismes d'arbitrage dans les traités d'investissement de l'UE avec des États non membres de l'UE, à la condition que des garanties suffisantes soient reprises. La question de savoir si les « garanties » identifiées dans l'AECG sont effectivement efficaces est très discutable. Or, la version « modernisée » du TCE par la Commission omettrait bon nombre de ces garanties ; son mécanisme de RDIE existant reste fondamentalement inchangé et donc probablement incompatible avec le droit de l'UE. En outre, en cherchant à échapper au TCE en vertu des exigences du droit de l'UE, la Commission a négligé toute une série d'autres préoccupations, en particulier : la crise climatique. Même une évaluation sommaire des propositions de la Commission portant sur le TCE confirme qu'elles contribueraient très peu à la transition énergétique, à la réforme des subventions énergétiques ou à tout autre objectif de l'Accord de Paris. Les projets de la Commission ne contiennent pas une seule référence explicite aux combustibles fossiles.

## STRUCTURE DU RAPPORT

**La Partie 1** place les projets de modernisation du TCE par l'UE dans le contexte des tentatives prolongées de la Commission de freiner l'application intra-UE du TCE. Elle évalue également les exigences en matière de droit de l'UE suggérées dans la décision de la CJUE sur l'AECG, que la Commission a tenté de transposer en projets de dispositions pour un TCE modernisé.

**La Partie 2** traite de la manière dont la dépendance de la Commission au droit de la concurrence de l'UE pour contester les recours au titre du RDIE fondés sur le TCE peut entraîner une série de conséquences imprévues: le *nationality shopping*, des contournements de définitions et même la perception d'indemnisation dans les États non membres de l'UE. Le secteur de l'arbitrage, quant à lui, ne montre aucun signe de réponse aux objections de l'UE. .

**La Partie 3** met en évidence des considérations qui ont été totalement négligées au cours du processus de modernisation, mais qui seraient essentielles à toute tentative progressive de lier la gouvernance multilatérale de l'énergie aux objectifs de protection du climat. Elles ne sont

en aucun cas exhaustives, mais concernent des questions sur lesquelles l'accord multilatéral fait cruellement défaut: assurer la suprématie des obligations de l'État en matière de protection de l'environnement, construire des stratégies vers des réformes des subventions et créer des obligations juridiques concernant la conduite des investisseurs.

Le présent document ne fournit pas une analyse exhaustive du projet de proposition de la Commission européenne<sup>16</sup>, mais vise à mettre en évidence un certain nombre de problèmes cruciaux que la Commission a soulignés ou négligés. Les sentences au titre du TCE contre l'Espagne fournissent un point de référence utile à l'évaluation de ces questions (les «**affaires espagnoles**»). Apparemment «incompatibles avec le droit de l'UE», ces sentences se dirigent rapidement vers une mise en vigueur, les investisseurs cherchant des juridictions «favorables à l'arbitrage». Les affaires mettent par conséquent en évidence plusieurs problèmes clés, peut-être insolubles, de RDIE au titre du TCE, et donnent un avant-goût de ce qui va se passer, car la transition énergétique nécessite des changements fondamentaux de la conception et de l'allocation de mécanismes d'incitation du marché du secteur de l'énergie.





# 1. Rendre le TCE « sûr à l'égard de la CJUE » ?

À la suite de deux décisions historiques de la CJUE concernant le RDIE (*Achmea*; Avis 1/17),<sup>17</sup> il ne fait guère de doute que le mécanisme d'arbitrage des investissements du TCE (art. 26 du TCE) est incompatible avec le droit de l'UE. Les garanties cruciales identifiées par la CJUE dans l'Avis 1/17, qui servent ostensiblement à empêcher les tribunaux de statuer sur le niveau de protection des intérêts publics déterminé par l'UE, sont totalement absentes du TCE. Sur la base de cette décision, il semble par conséquent « très clair » que le mécanisme de RDIE actuel du TCE « viole le principe d'autonomie du droit de l'UE ». <sup>18</sup>

La question de la confirmation de cette évaluation par la CJUE dépendra de la question de savoir *si, quand et comment* elle sera demandée. Un renvoi devant la Cour sur cette question a souvent été évoqué et est anticipé depuis longtemps.<sup>19</sup> Si un État membre lui demande de se prononcer sur la compatibilité du TCE, la Cour pourrait bien déterminer que les institutions de l'UE ont conclu un accord international qui déroge au droit de l'UE primaire, outrepassant ainsi leurs compétences.<sup>20</sup> Des considérations « du caractère réciproque des accords internationaux », qui avaient une place prépondérante dans l'évaluation positive de l'AECG par la Cour,<sup>21</sup> ne suffisent probablement pas. Les accords internationaux auxquels l'UE adhère font partie du droit de l'UE,<sup>22</sup> mais dans le cas d'un conflit entre de tels accords internationaux et les traités de l'UE, ces derniers l'emportent. Une telle conclusion par la CJUE pourrait en fin de compte obliger l'UE et les États membres à abroger le TCE.

En mai 2020, la Commission européenne a publié ses propositions de réforme du TCE.<sup>23</sup> De toute évidence, une grande partie du fond des propositions de la Commission portant sur le TCE est retirée de l'AECG. Toutefois, dès le départ, il convient de noter qu'en approuvant le SJI, la CJUE a établi une norme de compatibilité avec le droit de l'UE qui s'avère être d'une faiblesse alarmante. Les propositions de la Commission portant sur la modernisation du TCE ne sont pas à la hauteur de cette « référence de l'AECG ». Point le plus problématique : elles laisseraient fondamentalement intacte l'architecture du RDIE au titre de l'article 26 du TCE. Le projet de texte ne fait que mettre en avant des ambitions plus larges de « réforme systémique » du RDIE et invite les autres parties contractantes au TCE à « envisager » comme une alternative le Système juridictionnel des investissements (SJI).<sup>24</sup> Il trace également la voie vers l'audition d'affaires TCE devant un Tribunal multilatéral des

investissements (TMI) permanent, dont l'UE pousse l'établissement dans d'autres juridictions multilatérales. Si cela devait être réalisé, le TMI serait constitué d'un tribunal de première instance et d'un tribunal d'appel, dont les membres seraient nommés par les États contractants pour une durée déterminée et affectés à des affaires par rotation. Toutefois, comme on le note depuis longtemps, les critiques fondamentales à l'égard du RDIE – l'impact du « gel réglementaire », les normes de protection substantielles et l'absence d'obligations des investisseurs – ne sont pas du tout abordées par le TMI.<sup>25</sup> En réalité, en faisant la publicité des « avantages » de ces alternatives (comme des « arbitres totalement indépendants et impartiaux », des « procédures efficaces et transparentes »), la Commission européenne reconnaît tacitement que le RDIE au titre du TCE n'est actuellement ni efficace ni transparent, et que ses arbitres ne sont pas totalement indépendants et impartiaux.<sup>26</sup> Dans ces espaces réservés à des juridictions optimistes qui n'existent pas encore (et qui n'existeront peut-être jamais), la Commission semble avoir finalement, peut-être par inadvertance, accepté les critiques à l'égard du RDIE qui sont courantes depuis près d'une décennie.

Les propositions de la Commission européenne brillent par leur absence de toute proposition qui soutiendrait *la fin de l'application intra-UE du TCE*. La Commission a l'intention – du moins, semble-t-il – de continuer à lutter contre l'application intra-UE du TCE au cas par cas. Les limites possibles de cette stratégie sont abordées dans la Partie 2. Il suffit de noter ici que les conflits potentiels avec le droit de l'UE découlant de l'arbitrage des investissements au titre du TCE ne sont pas intrinsèquement imputables à leur caractère *intra-UE*, fait reconnu du moins tacitement par la Commission et la CJUE.<sup>27</sup> De nombreuses incompatibilités substantielles potentielles entre le TCE et le droit de l'UE – par exemple à l'égard des aides d'État, des mesures politiques publiques<sup>28</sup> ou des transferts de capitaux<sup>29</sup> – peuvent également survenir dans le contexte des recours au titre du TCE déposés par des investisseurs non membres de l'UE contre des États membres de l'UE.<sup>30</sup>

La section suivante donne un aperçu des objections juridictionnelles intra-UE de la Commission face aux tribunaux basés sur le TCE, ainsi que de la pertinence des décisions *Achmea* et AECG de la CJUE pour les propositions de modernisation de la Commission.

## LE TCE ET LE RDIE : ADAPTÉS À L'AVENIR ?

### *De faibles attentes, des enjeux élevés*

Le processus de **modernisation du TCE** a été lancé pour la première fois en 2009. À l'issue de consultations, les parties contractantes au TCE se sont entendues sur quelque vingt-cinq thèmes de modernisation en 2018. Les négociations battront bientôt leur plein : les amendements proposés au traité devraient être présentés par les parties contractantes d'ici le 17 septembre 2020, à temps pour le vote à la Conférence sur la Charte de l'énergie de décembre 2020.

Le mandat de négociation de la Commission européenne, approuvé par le Conseil européen en juillet 2019, est de veiller entre autres à ce qu'un TCE modernisé reflète les « objectifs en matière de changement climatique et de transition vers une énergie propre, et contribue à la réalisation des objectifs de l'Accord de Paris », et réaffirme le « droit de réglementer » des États.<sup>31</sup>

Afin d'être adopté, tout amendement au TCE doit obtenir l'unanimité des parties contractantes. Les perspectives pour la Commission de persuader avec succès toutes les parties contractantes au TCE à appuyer ses propositions semblent bien faibles. Le Japon a déjà soulevé des objections sur les vingt-cinq thèmes de modernisation, faisant remarquer qu'il n'était « pas nécessaire de modifier les dispositions actuelles du TCE ». <sup>32</sup> Selon les termes de Yamina Saheb, transformer le TCE en « un instrument favorable au climat » n'est guère imaginable « compte tenu de la contribution des recettes des combustibles fossiles aux économies de certaines des parties contractantes au TCE... ». <sup>33</sup>

### *Des réformes concomitantes*

Les réformes du RDIE semblent s'apparenter à des autobus : on en attend un pendant des lustres, puis trois arrivent en même temps. La modernisation du TCE se déroule parallèlement à des discussions sous les auspices de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI, Groupe de travail III) ainsi que du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Dans le cadre des discussions de la CNUDCI, l'UE fait pression pour que les gouvernements soutiennent son projet de TMI. Entre autres options prometteuses, on trouve un instrument multilatéral qui pourrait offrir diverses options sur la réforme du RDIE et des calendriers pour les engagements de chaque État ; celles-ci, une fois ratifiées, pourraient l'emporter sur les traités d'investissement existants et inclure des exigences pour que les investisseurs épuisent les recours nationaux ou prévoient des demandes reconventionnelles par les États contre les investisseurs. <sup>34</sup> Entre-temps, les réformes du CIRDI qui doivent être abordées en 2020 comprennent des questions de financement par des tiers, de transparence, de calendrier et de disqualification des arbitres, entre autres. Étant donné la grande proportion d'affaires fondées sur le TCE soumises au CIRDI, de telles réformes seraient également essentielles au fonctionnement futur du TCE.

Les résultats de ces processus sont incertains, mais une chose est relativement sûre : dans le monde très fragmenté du droit de l'investissement international, l'existence de *trois* processus de réforme *multilatéraux concomitants* concernant des *traités qui se chevauchent* n'est pas susceptible d'être opportune pour une réforme efficace ou exhaustive du TCE, ou du RDIE en général.

## 1.1 OBJECTIONS INTRA-UE

Depuis au moins 2009, la Commission européenne insiste sur le fait que l'*application intra-UE* de la clause de RDIE du TCE est contraire au droit de l'UE. L'une des principales préoccupations de la Commission est de veiller à ce que le droit de l'UE l'emporte dans les différends internes de l'UE entre investisseurs de l'UE et États membres de l'UE. À cette fin, la Commission s'est engagée auprès des tribunaux du RDIE à contester la compétence, a menacé de bloquer l'exécution de sentences intra-UE basées sur le TCE, et a demandé à des tribunaux étrangers de suspendre les tentatives d'exécution dans les États non membres de l'UE. Le droit de l'UE ne liant pas les tribunaux du TCE, ils ont systématiquement rejeté toutes les objections de la Commission.

### 1.1.1 Avant *Achmea*

Avant l'arrêt *Achmea*, la Commission et les États membres de l'UE avaient déjà avancé des arguments variés dans des procédures de RDIE quant aux raisons pour lesquelles le TCE ne peut pas s'appliquer dans des différends intra-UE. Dans des observations aux tribunaux se fondant sur le TCE en qualité d'*amicus curiae* et de défendeurs respectivement, la Commission et les États membres ont fait valoir que :

- Une « clause de déconnexion implicite » doit être lue dans le TCE, puisque la conclusion du TCE était pour l'UE une question de relations économiques externes, et qu'aucun RDIE intra-UE n'a jamais été anticipé.
- Les États membres ont procédé à une « modification inter se » du TCE sur l'adhésion de nouveaux États à l'UE. Cela s'étendrait à la non-application de la règle de conflit du TCE (article 16) et confirme la règle de suprématie générale du droit de l'UE.
- Les « investisseurs de l'UE » ne peuvent prétendre être des investisseurs « d'une autre partie contractante », l'UE étant elle-même une partie contractante au TCE (en tant que seule Organisation d'intégration économique régionale ou OIER).
- Les États membres n'ont jamais donné de consentement valable à l'arbitrage du RDIE dans des différends intra-UE, car cela serait incompatible avec le droit de l'UE.

Le droit de l'UE pourrait bien soutenir une partie (sinon l'intégralité) de ces arguments. Toutefois, une simple lecture du TCE ne sert aucune de ces approches. Bien que l'UE représente actuellement le seul membre OIER du TCE, et

par conséquent la seule partie contractante pour laquelle les dispositions OIER de l'accord s'appliquent, celles-ci ne contiennent rien qui empêche expressément l'application intra-UE de l'accord. La propre déclaration unilatérale de l'UE sur le TCE de 1998 ne contient aucune référence à une limitation intra-UE. De plus, les travaux préparatoires du TCE montrent que l'UE a en réalité tenté d'insérer une clause de déconnexion expresse qui excluait l'application intra-UE lors des négociations du TCE, mais elle l'a abandonnée face à la résistance d'autres États.<sup>35</sup>

Il n'est donc pas surprenant qu'aucun tribunal basé sur le TCE n'ait cédé compétence sur la base de ces contestations.<sup>36</sup> Comme abordé ci-dessous (voir points 1.2.2), les tribunaux se sont appuyés à plusieurs reprises sur la clause de « conflit de lois » du TCE (art. 16), qui prévoit qu'en cas d'incohérence entre les dispositions du TCE et les obligations des parties contractantes au titre de tout accord international *antérieur ou ultérieur*, les dispositions « plus favorables à l'Investisseur ou à l'Investissement » *doivent s'appliquer*.

### 1.1.2 Conséquences d'*Achmea* et de l'*Avis 1/17*

Les décisions de la CJUE dans l'affaire *Achmea* et l'*Avis 1/17* concernent principalement la compatibilité du RDIE avec l'*architecture* de l'ordre juridique de l'UE. Les traités de l'UE accordent à la CJUE un monopole sur l'autorité de son interprétation et son application légale,<sup>37</sup> à partir de laquelle la CJUE a développé le principe d'« autonomie » du droit de l'UE.<sup>38</sup> Les tribunaux des États membres peuvent – et en haute instance sont tenus de – saisir la CJUE d'une question préalable sur la validité et l'interprétation d'actes des institutions de l'UE.<sup>39</sup>

Dans l'affaire *Achmea*, la CJUE a établi que les tribunaux du RDIE se tiennent en dehors du droit de l'UE et n'ont pas le droit de faire des renvois devant la CJUE pour des décisions préliminaires. À la suite d'une demande de renvoi préjudiciel de la Cour fédérale de justice allemande (*Bundesgerichtshof*), la CJUE a statué qu'un mécanisme de RDIE dans le TBI Pays-Bas – Slovaquie « pouvait empêcher que des différends [intra-UE] soient résolus d'une manière qui assure la pleine effectivité du droit de l'UE », ainsi que « remettre en question (...) le principe de confiance mutuelle » et porter atteinte au « principe de coopération sincère ». <sup>40</sup> Étant donné que les tribunaux qui entendent des différends intra-UE peuvent « être appelés à interpréter ou même à appliquer le droit de l'UE, en particulier les dispositions rela-



tives aux libertés fondamentales, y compris la liberté d'établissement et la libre circulation des capitaux», des accords d'investissement entre États membres qui prévoient le RDIE portent atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE.<sup>41</sup>

Dans l'Avis 1/17, la CJUE a statué que le Système judiciaire des investissements (SJI) de l'AECG est compatible avec le droit de l'UE. La CJUE a noté que si un accord international entre l'UE, les États membres et un pays tiers peut « avoir des incidences sur les compétences des institutions de l'UE », certaines « conditions essentielles de préservation de la nature de ces compétences » doivent être remplies afin d'éviter toute « atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE ». <sup>42</sup> La Cour a par conséquent qualifié le principe d'autonomie du droit de l'UE de principe non seulement « formaliste », « vecteur d'impact ». <sup>43</sup> De nombreux commentateurs ont exprimé leur surprise – et leur consternation – face au raisonnement sous-tendant la décision, qui minimise les impacts potentiels du SJI sur le fonctionnement du droit de l'UE. La CJUE a même approuvé la compatibilité du futur tribunal d'appel avec le droit de l'UE en l'absence de clarté sur sa constitution et ses fonctions spécifique. <sup>44</sup>

Dans la mesure où *Achmea* et l'Avis 1/17 se rapportent respectivement à des accords *intra-UE* et à des accords avec des États tiers, tous deux devraient avoir des conséquences sur le TCE multilatéral. Les conséquences exactes sont sujettes à débat. Bien que les risques pour l'autonomie du droit de l'UE identifiés dans *Achmea* soient clairement présents dans l'exercice de la compétence des tribunaux TCE sur les différends *intra-UE*, l'arrêt *Achmea* ne dit rien sur le cas du TCE, et les États membres restent divisés quant à son applicabilité.

À la suite de la décision, les États membres ont publié une série de déclarations politiques en janvier 2019. <sup>45</sup> Celles-ci ont établi un consensus à l'échelle de l'UE selon laquelle il doit être mis fin à tous les TBI *intra-UE* des États membres. Une majorité de vingt-deux États membres convient que *l'application intra-UE du TCE* doit également être « abrogée ». La Finlande, Malte, le Luxembourg, la Slovaquie, la Suède ont initialement réservé leur jugement dans l'attente d'une décision de la Cour d'appel de Svea de renvoyer devant la CJUE la question de la compatibilité du TCE avec le droit de l'UE (la cour suédoise a par la suite refusé de procéder au renvoi). La Hongrie seule a indiqué sans équivoque qu'*Achmea* « ne concerne pas un arbitrage, en instance ou prospectif, au titre du TCE ». Les tribunaux ont exploité ce défaut d'una-

nimité parmi les États membres de l'UE pour soutenir la poursuite d'exercice de compétence sur des affaires TCE *intra-UE*. <sup>46</sup>

## 1.2 AUTONOMIE DU DROIT DE L'UE

### 1.2.1 Droit applicable

Un élément clé de l'approbation du système SJI par la CJUE a été la détermination de la Cour selon laquelle certaines dispositions de l'AECG isolaient l'ordre juridique de l'UE de l'interprétation ou de l'application extérieure du droit de l'UE. Les tribunaux ne doivent pas « être habilités à interpréter ou à appliquer des dispositions du droit de l'UE (...) ou à rendre des sentences qui puissent avoir pour effet d'empêcher les institutions de l'UE de fonctionner conformément au cadre constitutionnel de celle-ci ». <sup>47</sup>

Il s'agit d'un principe bien établi du droit de l'UE selon lequel, dans les relations entre les États membres de l'UE, les traités de l'UE doivent s'appliquer. <sup>48</sup> La CJUE a confirmé dans *Achmea* que le droit de l'UE a le caractère de droit à la fois interne et international. <sup>49</sup> Par conséquent, les tribunaux TCE qui auditionnent des affaires de RDIE *intra-UE* devraient considérer le droit de l'UE comme relevant du droit international applicable entre les parties.

Au titre du TCE à l'heure actuelle, les tribunaux doivent déterminer des recours au titre du RDIE qui soient fondés sur les dispositions du TCE et les « règles et principes applicables de droit international ». <sup>50</sup> Les propositions de la Commission européenne pour la modernisation suggèrent d'ajouter des références aux « règles coutumières d'interprétation du droit international public » à la clause de droit applicable du TCE. Celles-ci préciseraient par ailleurs que « le droit interne d'une partie contractante ne fera pas partie du droit applicable ». En ce qui concerne ces lois, les tribunaux sont tenus de s'en remettre à des « interprétations dominantes » de tribunaux ou d'autorités internes. <sup>51</sup> Ces mises en garde sont fondées sur des dispositions équivalentes de l'AECG, qui exigent également que les tribunaux traitent le droit de l'UE comme un « élément de fait », et qui ont été soulignées dans la décision de la CJUE approuvant le SJI. <sup>52</sup>

Cette qualification du droit de l'UE comme étant soit *le droit international applicable* (dans des différends *intra-UE*)

soit un « *fait interne* » (dans des différends entre des États membres de l'UE et des investisseurs non membres de l'UE) ne s'est pas avérée tout à fait utile dans la pratique. Selon un spécialiste du droit de l'investissement, « les tribunaux internationaux d'investissement appliquent et interprètent habituellement le droit de l'UE, soit dans la phase juridictionnelle soit dans la phase du fond, que le droit de l'UE s'applique au différend comme un droit ou un fait ». <sup>53</sup> En effet, alors que les tribunaux du TCE ont cherché à éluder de manière créative la conclusion selon laquelle les différends *intra-UE* exigent l'application du droit de l'UE, <sup>54</sup> même les tribunaux du RDIE qui entendent des recours *extra-Union* au titre du RDIE ont parfois été appelés à interpréter et à appliquer le droit de l'UE. <sup>55</sup> Parmi les affaires espagnoles, plusieurs tribunaux ont estimé que le droit de l'UE s'appliquait uniquement à des considérations de *compétence*, mais pas au fond. <sup>56</sup> Néanmoins, tous ces tribunaux fondés sur le TCE se sont nécessairement engagés dans l'interprétation du droit de l'UE – ne serait-ce que pour rejeter les nombreuses objections *intra-UE* à leur compétence soumises par la Commission européenne et les États défendeurs.

L'exigence selon laquelle les tribunaux suivent des « interprétations dominantes » des autorités internes ne servira pas non plus de garantie absolue de déférence judiciaire. Il est à noter que dans tout différend concernant de *nouvelles* questions de droit de l'UE, un tribunal ne peut s'en remettre à des « interprétations dominantes » qui n'existent pas. En l'absence de telles interprétations, un tribunal peut bel et bien être appelé à développer de lui-même des interprétations.

### 1.2.2 Règles relatives aux conflits

La classification du droit applicable a des conséquences sur la résolution des *conflits* entre le TCE et le droit de l'UE. En ce qui concerne le droit international coutumier, un État « ne peut invoquer les dispositions de son *droit interne* comme justifiant la non-exécution d'un traité ». <sup>57</sup> Par conséquent, dans un différend impliquant un État membre de l'UE et un investisseur non membre de l'UE, le droit de l'UE doit être considéré comme un « fait interne » et, par conséquent, aucun moyen de défense fondé sur le droit de l'UE ne sera autorisé. <sup>58</sup> La seule exception serait dans des cas où le traité a été conclu en « violation manifeste » d'une « disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ». <sup>59</sup>

Sans quoi, si le droit de l'UE relève du droit international applicable, toute incohérence entre les dispositions du droit de l'UE et du TCE doit être résolue par référence aux règles pertinentes en matière de *conflit de lois*. Au titre des règles de conflit du droit international coutumier, les obligations des États en matière de traités multilatéraux peuvent être outrepassées si elles sont incompatibles avec les obligations de traités postérieurs (règle de la *lex posterior*). <sup>60</sup> L'UE a fait valoir à la fois que les traités d'adhésion et le traité de Lisbonne constituent l'accord « postérieur ». <sup>61</sup> L'UE a également invoqué la disposition concernant les traités de l'UE en matière de « conflit de lois » (art. 351 du TFUE) comme une alternative ; cette disposition vise à éliminer les incompatibilités entre les traités de l'UE et les accords internationaux antérieurs des États membres. <sup>62</sup> On peut soutenir que l'application de l'une ou l'autre des règles dépend de dates d'adhésion relatives, ce qui produit des résultats inégaux et arbitraires pour les différents pays de l'UE. <sup>63</sup>

Le recours aux règles coutumières ou au droit de l'UE semble être toutefois quasiment interdit par le TCE, qui « prétend se désengager des principes de la *lex posterior* ». <sup>64</sup> L'Article 16 du TCE prévoit expressément que les conditions du TCE l'emportent sur *tout traité antérieur ou ultérieur* qui accorde aux investisseurs un niveau de protection *inférieur* à celui qui leur est accordé au titre du TCE. <sup>65</sup> Il est donc effectivement interdit aux parties contractantes d'abaisser les normes de protection des investissements du TCE ou de restreindre la portée de ses dispositions en matière de règlement des différends, au moyen d'un autre accord international. Les tribunaux dans les affaires espagnoles ont clairement indiqué que, s'ils étaient appelés à résoudre toute incompatibilité entre le droit de l'UE et le TCE, ils sont tenus par l'article 16 de donner la primauté aux dispositions du TCE. <sup>66</sup> Ils sont autorisés à accorder la primauté au droit de l'UE uniquement si cela est jugé *plus favorable* à la protection des investissements.

À ce jour, aucun tribunal n'a *identifié* d'incohérence entre le TCE et le droit de l'UE. En ce qui concerne les incohérences potentielles, la position de la Commission européenne a considérablement changé. Il y a près de dix ans, la Commission était convaincue de « *l'équivalence en matière de protection substantielle* entre le droit de l'UE et le TCE selon des normes de traitement différentes », <sup>67</sup> soulignant souvent que le droit de l'UE offre un niveau de protection équivalent aux investisseurs et un système de contrôle judiciaire complet. Depuis lors, la Commission a tempéré cette évaluation.

En 2017, elle a noté que les « règles relatives à la protection des investissements » respectivement dans le TCE et le droit de l'UE « ne sont pas identiques en termes de contenu et sont appliquées par différents arbitres », ce qui crée « un risque de conflits entre le traité international d'investissement et le droit de l'Union ». <sup>68</sup> Un tribunal plus récent a résumé de manière plus alarmante l'objection juridictionnelle de la Commission : « l'application intra-UE du TCE *créerait le risque d'un conflit substantiel* entre le droit de l'UE en matière de protection de l'énergie et des investissements et les règles du TCE ». <sup>69</sup> En effet, le fait que des investisseurs étrangers dans les affaires espagnoles aient reçu une plus grande indemnisation par rapport à des investisseurs nationaux démontre clairement que les normes de traitement respectives de l'UE et du TCE ne sont pas *équivalentes*.

Les propositions de la Commission européenne pour la modernisation laissent intact l'article 16 (et les autres parties contractantes ne l'ont pas non plus inclus pour discussion). La raison en est peut-être que les propositions de l'UE pour la modernisation sont uniquement conçues pour des différends extra-UE, la Commission considérant les affaires intra-UE comme non valides.

Toutefois, l'article 16 peut entrer en jeu dans la résolution des conflits avec d'autres organes de droit, en particulier d'autres accords multilatéraux concernant le secteur de l'énergie, le climat ou le développement durable. Comme abordé ci-dessous (voir point 3.1), la redéfinition des relations entre le TCE et l'Accord de Paris pourrait mieux servir toutes les parties contractantes au TCE dans la poursuite de la réalisation de leurs objectifs en matière de climat. Les propositions de modernisation du TCE négligent totalement ces considérations.

### 1.2.3 Répartition des compétences

Un accord international ne peut affecter la répartition des compétences entre l'UE et ses États membres, ce qui relève strictement du droit de l'UE. <sup>70</sup> Dans l'Avis 1/17, la Cour était convaincue que, comme l'AECG confère à l'UE le pouvoir de déterminer si l'UE ou un État membre sera le *défendeur* dans un différend de SJI, la « compétence exclusive de la Cour pour statuer sur la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres est ainsi préservée ». <sup>71</sup>

Au titre du TCE à l'heure actuelle, l'UE ne conserve pas les pouvoirs de déterminer si l'UE ou un État membre est le

défendeur approprié. L'UE est uniquement en mesure de déterminer une telle responsabilité au titre du TCE à la *demande non obligatoire* de l'investisseur de déterminer le défendeur approprié. <sup>72</sup> Cela a été précisé par l'UE dans une déclaration unilatérale de 1998, qui clarifie dans une note de bas de page qu'une telle détermination est dans tous les cas *non contraignante*. <sup>73</sup> Malgré l'instauration d'un règlement de l'UE (912/2014) prévoyant un cadre pour cette répartition – et bien que le règlement s'applique également au TCE – pour avoir de l'effet à l'égard de différends TCE, il est nécessaire qu'une disposition correspondante soit incluse dans le texte du TCE. En outre, si l'investisseur choisit d'introduire sa plainte devant le CIRDI, l'UE ne peut pas être le défendeur, l'UE n'étant pas (et ne pouvant devenir) une partie contractante à la Convention CIRDI.

Les propositions de l'UE pour la modernisation n'abordent pas du tout cette problématique. Compte tenu du poids accordé aux dispositions équivalentes de l'AECG par la CJUE, cette omission semblerait significative en termes de régime légal de l'UE.

## 1.3 QUESTIONS DE FOND

### 1.3.1 Normes de protection des investissements

La norme actuelle du TCE sur le « traitement juste et équitable » (TJE) est manifestement plus large que les normes de protection équivalentes au titre du droit de l'UE. Le TCE fournit aussi actuellement une protection très large des investisseurs visés contre l'expropriation et l'expropriation « indirecte ». <sup>74</sup>

Les propositions de la Commission portant sur la modernisation du TCE transposeraient en grande partie dans le TCE des normes de protection des investissements un peu plus étroites de l'AECG. En évaluant les normes de protection des investissements dans l'AECG, la CJUE a constaté que, dans l'AECG, celles-ci avaient été suffisamment limitées pour ne couvrir que les cas les plus graves. <sup>75</sup> La norme du TJE proposée se limiterait par conséquent à une liste exhaustive de situations constituant un mauvais traitement plus sérieux des investisseurs, comme le déni de justice, la violation fondamentale de la procédure légale établie et un caractère manifestement arbitraire. <sup>76</sup> À l'instar de l'AECG, les dispositions proposées en

matière de TJE contiennent également une clause autorisant les tribunaux à « tenir compte du fait qu'une partie contractante a fait ou non des déclarations spécifiques à un investisseur en vue d'encourager un investissement visé, lesquelles ont créé une attente légitime ». Contrairement à l'AECG, il n'y aurait aucun mécanisme permettant aux parties contractantes au TCE d'« examiner sur une base régulière la teneur de l'obligation d'accorder un TJE ». <sup>77</sup> La Commission européenne propose par ailleurs de transposer l'annexe de l'AECG sur l'expropriation dans le TCE. <sup>78</sup>

Comme mentionné plus haut, l'évaluation positive de l'AECG par la CJUE a placé la barre très bas relativement à la compatibilité avec le droit de l'UE. Encore largement formulées, ces normes accordent aux arbitres un pouvoir discrétionnaire significatif en matière d'interprétation. Les approches des tribunaux dans les affaires espagnoles (voir encadré 2) divergent clairement de celles de la CJUE à l'égard des attentes légitimes. <sup>79</sup> Pour sa part, la Commission européenne est convaincue que l'Espagne « n'a pas violé les principes de sécurité juridique et d'attentes légitimes au titre du droit de l'Union ». <sup>80</sup> Étant donné le large éventail d'interprétations des attentes légitimes des investisseurs dans ces affaires par

les tribunaux, les propositions de la Commission ne limitent pas de manière significative de futurs tribunaux du TCE à appliquer la norme du TJE d'une manière tout aussi vaste ou incohérente. Il n'est pas exigé que des déclarations spécifiques soient écrites ou que des limites au niveau d'autorité soient exercées par des fonctionnaires formulant de telles déclarations. Ces dispositions n'abordent pas non plus les questions soulevées dans la quasi-totalité des affaires espagnoles, telles que l'importance de la diligence raisonnable des investisseurs, ou le fait que la législation ou le cadre juridique général puisse avoir des attentes.

De grands qualificatifs comme « fondamental » et « manifeste » confèrent aux arbitres un pouvoir discrétionnaire significatif dans la détermination des grandes lignes de la norme du TJE. Un certain nombre de qualificatifs indéfinis pour des déterminations d'expropriation « indirecte » seraient également laissés en fin de compte à l'interprétation des tribunaux. Par exemple, une mesure ne constituera pas une expropriation indirecte, seulement à la condition que son « impact » ne soit pas « au regard de son but, d'une gravité telle qu'il apparaisse comme étant de toute évidence excessif ». <sup>81</sup>





## INCOHÉRENCE ET SURINDEMNISATION : LES AFFAIRES ESPAGNOLES

### *Le Régime spécial*

Le « Régime spécial » de l'Espagne<sup>82</sup> a été établi en vertu de la loi de 1997 sur l'électricité (Ley del Sector Eléctrico, 54/1997) et du décret royal 661/2007. Ce dernier règlement – adopté avant la crise financière de 2007 – a mis en place des incitations généreuses destinées à renforcer la capacité des énergies renouvelables de l'Espagne conformément aux objectifs établis au titre du protocole de Kyoto de 1997, ainsi qu'aux directives de l'UE. Le décret de 2007 prévoyait le paiement de prix fixes pour l'électricité produite à partir de sources renouvelables, programme connu sous le nom de « tarifs de rachat garantis » (TRG). Cependant, les coûts des technologies renouvelables ont rapidement commencé à baisser de façon spectaculaire, les investissements ont augmenté fortement et le programme TRG a généré un « déficit tarifaire » (écart entre les coûts et les recettes) intenable. Avec la pression supplémentaire de la crise financière mondiale, une réduction des TRG est devenue inévitable.

En 2013 et en 2014, l'Espagne a introduit une série de mesures qui ont abrogé le Régime spécial, éliminé ses avantages et réduit le taux de rémunération pour les installations d'énergie renouvelable existantes. Cela a déclenché une vague de recours au titre du TCE. Des investisseurs demandant une indemnisation pour les modifications apportées aux réglementations ont intenté 47 procédures, dont 28 sont toujours en instance (voir Annexe 1). À ce jour, quatorze des réclamations ont été décidées en faveur des investisseurs, trois en faveur de l'État; une affaire a été abandonnée et une sentence annulée par la suite.<sup>83</sup>

L'Espagne a été condamnée à verser un montant total de près d'un milliard d'euros d'indemnisation. Les investisseurs protégés au titre du TCE ont profité de niveaux d'indemnisation indisponibles aux petits investisseurs et aux citoyens nationaux touchés par les mêmes changements réglementaires.<sup>84</sup> La majorité des requérants dans ces affaires sont des fonds de capital-investissement privés et d'autres investisseurs financiers.<sup>85</sup> Les seules sociétés nationales qui ont pu recourir au TCE sont de grandes multinationales qui ont revendiqué la protection du TCE en vertu de structures d'entreprise qui comprennent des filiales en dehors de l'Espagne. En effet, le fait que certains requérants continuent à investir en Espagne même après avoir lancé leurs recours au titre du TCE indique que certains de ces investisseurs considèrent le RDIE moins « comme une police d'assurance » que comme une « source de profit supplémentaire.<sup>86</sup>

En réponse à son passif croissant, l'Espagne a introduit un nouvel amendement en 2019 (décret-loi royal 17/2019) promettant un taux de rendement garanti plus élevé pour les installations renouvelables jusqu'en 2031, à la disposition des investisseurs uniquement à condition qu'ils abandonnent leurs recours au titre du TCE à l'encontre de l'Espagne d'ici le 30 septembre 2020. Seul le temps nous dira si cette stratégie peut s'avérer efficace.<sup>87</sup>

### *Attentes légitimes*

Les dix-sept indemnités accordées à ce jour reposaient en grande partie sur les différentes interprétations par les tribunaux respectifs de l'art. 10, § 1, du TCE, qui oblige les parties contractantes, entre autres, à créer « des conditions stables, équitables, favorables et transparentes » pour les investisseurs, ainsi qu'à accorder à leurs investissements un « traitement juste et équitable » (TJE). Le TCE ne fait pas référence aux « attentes légitimes ». Il s'agit toutefois d'un principe établi (et controversé) d'arbitrage en matière d'investissement, qui a longtemps servi à élargir la norme du TJE. Les affaires espagnoles fournissent une illustration utile de la façon dont les approches divergentes des arbitres à l'égard de la question des attentes légitimes peuvent produire des résul-

tats très incohérents à partir des mêmes faits importants. Même des commentateurs de l'industrie de l'arbitrage soulignent que les interprétations contradictoires de ces tribunaux de la norme TJE du TCE par rapport, globalement, aux mêmes faits importants révèlent l'absence de « structure cohérente » dans ces décisions.<sup>88</sup>

La première sentence – *Charanne*, en faveur de l'Espagne – n'a trouvé aucune base pour les attentes légitimes de l'investisseur.<sup>89</sup> Le tribunal a catégoriquement rejeté l'argument selon lequel le DR 661/2007 pourrait être converti en « engagement spécifique de l'État », car cela « constituerait une *limitation excessive du pouvoir des États de réglementer l'économie conformément à l'intérêt public* ». <sup>90</sup>

Dans la grande majorité des sentences ultérieures, les tribunaux ont toutefois accepté que les investisseurs avaient de telles attentes légitimes de profit, découlant soit du *cadre réglementaire général*,<sup>91</sup> soit d'un *engagement spécifique de stabilisation*: en particulier l'article 44.3 du DR 661/2017, qui indiquait que les futures « révisions » du régime n'affecteraient pas les installations existantes. Cela a été maintenu afin de garantir aux investisseurs un taux de rendement fixe pour toute la durée de leur investissement.<sup>92</sup> D'autres tribunaux étaient divisés quant à la question de savoir si une exigence d'enregistrement dans le DR 661/2017 satisfaisait les attentes légitimes des investisseurs.<sup>93</sup>

Alternativement, *Eiser* et d'autres tribunaux ont rejeté l'argument selon lequel le DR 661/2017 pourrait constituer la base de « droits économiques immuables »,<sup>94</sup> mais ont reconnu que les attentes des investisseurs se sont trouvées lésées par la révision « fondamentale », « inattendue » et « déraisonnable » des réglementations existantes par l'Espagne, même en l'absence d'un engagement spécifique par l'Espagne.<sup>95</sup> En revanche, une décision récente et aberrante en faveur de l'Espagne a reconnu que le gouvernement avait agi de « bonne foi » pour remédier aux « déséquilibres que le régime d'indemnisation avait produits dans le système d'électricité espagnol, dans une période délicate de crise économique internationale ». <sup>96</sup> La sentence à la majorité a conclu que les mesures correctives de l'Espagne avaient peut-être eu des « conséquences désagréables » pour les investisseurs, mais qu'elles étaient raisonnables et dans l'intérêt public.<sup>97</sup>

### Diligence raisonnable ?

Avant le DR 661/2007, un certain nombre de décrets sur les énergies renouvelables avaient été adoptés, puis modifiés. La Cour suprême espagnole avait statué en 2005 que rien n'empêchait le gouvernement de modifier les incitations aux énergies renouvelables. Des arrêts ultérieurs de la Cour suprême ont confirmé ce point.<sup>98</sup> L'affaire *Charanne* a souligné que les investisseurs auraient dû être au courant de ces évolutions et a tempéré leurs attentes en matière de profit.<sup>99</sup> De manière similaire, le tribunal d'*Isolux* a souligné que les requérants n'auraient pas pu raisonnablement avoir de telles attentes légitimes en 2012, l'environnement réglementaire étant de toute évidence en mutation à ce moment-là.<sup>100</sup> Sur cette base, le tribunal de *PV Investors* a refusé à l'investissement des requérants en 2008 tout avantage découlant d'engagements ostensibles contenus dans le DR 661/2007; les investisseurs auraient dû faire preuve de diligence raisonnable et être conscients que la jurisprudence interne reconnaissait uniquement une garantie de « rentabilité raisonnable » en vertu de la loi de 1997.<sup>101</sup>

Toutefois, le tribunal de *Watkins* a récemment reconnu les attentes légitimes des investisseurs – à nouveau sur la base de l'« engagement de stabilisation » manifeste contenu dans le DR 661/2007 – même si les requérants avaient d'abord acquis un portefeuille de parcs éoliens en 2011, avant de le vendre en 2016 pour un bénéfice de 42 millions d'euros. Les requérants dans l'affaire *Watkins* ont reçu une indemnisation supplémentaire de 77 millions d'euros.<sup>102</sup>

### 1.3.2 Le droit de réglementer

Dans l'Avis 1/17, la Cour a laissé entendre que la simple possibilité que « l'Union – ou un État membre dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'UE – doive modifier ou retirer une réglementation » à la suite d'un SJI, signifierait qu'« un tel accord compromet la capacité de l'Union à fonctionner de manière autonome dans son propre cadre constitutionnel ». <sup>103</sup> Mais en fin de compte, la CJUE a estimé que les références faites dans l'AECG au « droit de réglementer » des États fournissent une garantie efficace pour se protéger contre l'ingérence des tribunaux du SJI dans une marge d'action nationale. <sup>104</sup>

Une série de références au droit de réglementation des États est proposée par la Commission européenne pour la modernisation du TCE. Celles-ci transposent de nombreuses dispositions de l'AECG dans le TCE. <sup>105</sup> Par exemple, les articles proposés au sujet de « mesures réglementaires » réaffirment le « droit des États de réglementer sur leurs territoires en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de politique tels que la protection de l'environnement, ce qui inclut la lutte contre le changement climatique... ». Il est extrêmement douteux que de telles références suffisent à préserver l'exercice de réglementation par les États de contestations futures au titre du TCE. Comme on l'a largement observé, les « garanties » de l'AECG n'excluent pas dans l'ensemble, mais limitent simplement les incursions potentielles par des tribunaux du SJI dans l'autonomie réglementaire apparente de l'UE et de ses États membres. <sup>106</sup>

Alors que la CJUE était convaincue qu'un tribunal de SJI n'aurait pas compétence pour « remettre en question » le niveau de protection d'un certain nombre d'intérêts publics légitimes d'une partie, les tribunaux qui entendent les

affaires espagnoles – voire d'autres différends de RDIE – n'ont jamais vraiment remis en question ce droit. En effet, le fait que les États aient un « droit de réglementer » ne sera probablement jamais contesté. Au contraire, les tribunaux basés sur le TCE ont souvent fait observer que le « droit de réglementer » *ne modifie pas fondamentalement* l'obligation de l'État de respecter ses engagements au titre du TCE. En particulier, ce droit ne libère pas les parties contractantes au TCE de l'obligation de veiller à ce que les coûts résultant de telles mesures réglementaires ne soient pas à la charge des investisseurs protégés. <sup>107</sup>

La conclusion de la CJUE dans l'Avis 1/17 déforme et sous-estime de manière catastrophique les répercussions de tels coûts. La Cour a souligné que les tribunaux de SJI n'ont pas le pouvoir d'« annuler [une] mesure contestée ou exiger la mise en conformité du droit interne de la partie concernée avec l'AECG », mais qu'ils peuvent simplement accorder une indemnisation pour des violations des dispositions relatives à l'investissement. <sup>108</sup> En effet, les tribunaux du RDIE se limitent presque toujours à accorder une indemnisation aux investisseurs ; les discussions sur des recours alternatifs (comme la restitution) dans l'arbitrage des investissements sont extrêmement rares. <sup>109</sup>

Mais les États peuvent encore être enclins à réglementer dans l'intérêt des investisseurs plutôt que dans l'intérêt public – ou à *ne pas réglementer* du tout (ce qu'on appelle le « gel réglementaire ») – ces derniers pouvant « être amené[s], sous peine d'être itérativement contraint[s] (...) à verser des dommages-intérêts à l'investisseur requérant ». <sup>110</sup> En « choisissant » d'apaiser ou non les investisseurs protégés pour éviter des litiges RDIE, un « droit de réglementer » est inévitablement exposé à une analyse coûts-avantages, au détriment d'objectifs d'intérêt public autres que l'investissement.



## 2. Les horizons du droit de l'UE

Les contestations juridictionnelles de la Commission européenne face aux tribunaux du TCE décrites dans la Partie 1 sont, dans une certaine mesure, le résultat de préoccupations juridiques particulières propres au droit de l'UE. Depuis plus d'une décennie, la Commission est en dialogue avec divers tribunaux du RDIE basés sur le TCE. À ce jour, aucun tribunal n'a considéré que ces préoccupations étaient pertinentes pour l'exercice de sa compétence. Assez simplement, les tentatives de la Commission européenne d'imprégner le droit interne de l'UE d'un caractère particulier pour s'en servir comme moyen de défense contre le régime du RDIE pourraient vite atteindre ses limites.

Tout d'abord, les tentatives de la Commission de diviser le TCE en son application « intra-UE/extra-UE » incitent les cabinets d'avocats à aider les investisseurs à échapper à l'identité « UE ». Les propositions de la Commission contenues dans le plan de modernisation peuvent viser ce point dans un certain sens, mais avec peu de garanties. En outre, la stratégie de la Commission consistant à déployer le droit de la concurrence de l'UE pour contrecarrer l'exécution de sentences arbitrales *intra-UE* basées sur le TCE peut contribuer à assurer la coopération des États membres, mais est limitée même en droit de l'UE. Cela laisse également en suspens la question de savoir comment la Commission entend « démêler juridiquement » l'application intra-UE du TCE pour des « projets impliquant à la fois des investisseurs de l'UE et des investisseurs non membres de l'UE », sans résultats arbitraires ou discriminatoires.<sup>111</sup> La question de savoir si ces sentences intra-UE sont « inexécutables » – comme le prétend la Commission – pourrait en fin de compte être déterminée en dehors des frontières de l'UE. Avec le passif lié aux indemnisations dans les affaires espagnoles frôlant le milliard d'euros, on ne peut que spéculer sur le temps que mettront l'UE et ses États membres avant de capituler sous la pression des créanciers poursuivant l'exécution de ces sentences devant les tribunaux des États non membres de l'UE.

### 2.1 NATIONALITY SHOPPING

On sait que les investisseurs utilisent des sociétés-écrans pour adopter une « nationalité de convenance » afin de revendiquer une protection au titre d'un accord interna-

tional d'investissement. Le *forum shopping* et le *treaty shopping* sont des stratégies courantes dans les différends RDIE : des entreprises boîte aux lettres néerlandaises étaient à l'origine d'un nombre important d'affaires espagnoles ; deux requérants étaient de riches ressortissants espagnols qui tentaient d'obtenir une protection en tant qu'investisseurs « néerlandais » par l'intermédiaire de telles sociétés.<sup>112</sup>

Les cabinets d'avocats internationaux encouragent déjà les investisseurs de l'UE à rechercher stratégiquement un statut d'« État d'origine » non membre de l'UE pour leurs investissements dans l'UE. La popularité de cette stratégie dépend d'une diversité de facteurs, mais le Royaume-Uni et la Suisse sont déjà présentés comme des juridictions favorables, en raison de leur proximité et de la facilité d'y faire des affaires.<sup>113</sup> Un avocat conseille : « Une fois que le Royaume-Uni aura quitté l'UE, un arbitrage TCE intenté par une société britannique contre un État membre de l'UE ou par une société d'État membre contre le Royaume-Uni ne sera plus un arbitrage intra-UE et *Achmea* ne devrait par conséquent pas s'appliquer du tout... Le fait qu'une société d'investisseurs britannique soit détenue et/ou contrôlée par une société de l'UE ne devrait pas être pertinent : les tribunaux des traités d'investissement refusent généralement de regarder au-delà du lieu de constitution de la société d'investissement dans la détermination de la nationalité.<sup>114</sup>

Cela ouvre la possibilité que toute distinction intra-UE se joue en fin de compte dans des différends juridiques par procuration sur des stratégies de *nationality shopping* d'investisseurs. La détermination des grandes lignes de l'application du TCE – et du droit de l'UE – pourrait dès lors dépendre dans une certaine mesure de l'environnement commercial des parties contractantes au TCE non membres de l'UE, des ressources des investisseurs pour structurer leurs investissements en conséquence et du pouvoir discrétionnaire des tribunaux du RDIE pour évaluer si cela leur permet de bénéficier d'une protection au titre du TCE. Rien de tout cela ne semble propice à un environnement juridique prévisible et stable.

La proposition de la Commission européenne pour la modernisation limiterait la définition des investisseurs couverts à ceux « engagés dans des activités commerciales substantielles » dans l'« État d'origine », ce qu'il convient d'entendre comme équivalant à un « lien efficace et continu » au titre du

droit de l'UE.<sup>115</sup> Un nouvel article sur les « recours abusifs » exigerait également des tribunaux qu'ils déclinent leur compétence « lorsque le différend a *pris naissance*, ou était prévisible selon toute probabilité, au moment où le requérant a acquis la propriété ou le contrôle de l'investissement » et que le tribunal détermine qu'une telle acquisition était « dans le but principal d'introduire le recours ».<sup>116</sup>

La question de savoir si ces précisions de définition proposées par la Commission s'avéreront suffisantes pour garantir que « les entreprises boîte aux lettres ne puissent pas porter des différends au titre du TCE »<sup>117</sup> dépend en grande partie du mode d'interprétation des futurs tribunaux. Certes, en limitant les investisseurs ou les investissements visés par le TCE, ou en prévoyant des mécanismes permettant d'exclure des demandes selon certains critères, les parties contractantes au TCE pourraient réduire les risques de *nationality shopping*. Mais la jurisprudence illustre que des termes mal définis (notamment « prévisibilité ») ont contribué à des approches « incohérentes et imprévisibles » de la part des tribunaux.<sup>118</sup>

La Commission a par ailleurs proposé de réformer la clause de « refus d'octroi d'avantages ». Cet article prévoit actuellement que les parties contractantes se réservent le droit de « refuser d'octroyer les *avantages* » des dispositions du TCE sur la protection des investissements, de façon limitée à des circonstances particulières – par exemple si « les citoyens ou les ressortissants d'un État tiers sont propriétaires ou ont le contrôle » de l'investissement et qu'il n'y a « pas d'activités commerciales substantielles » dans l'« État d'origine » supposé de l'investisseur. La Commission a l'intention d'ajouter à l'article 17 une clarification selon laquelle les parties contractantes *peuvent refuser l'application* des dispositions relatives à la protection des investissements « sans publicité préalable ni formalité supplémentaire ».<sup>119</sup> Ceci vise vraisemblablement à empêcher le règlement des différends puisque, dans la pratique arbitrale à ce jour, le droit a été interprété de façon très étroite: il ne peut servir à exclure la compétence<sup>120</sup> et doit être exercé de façon proactive en temps opportun, c'est-à-dire avant le début de tout arbitrage.<sup>121</sup>

La proposition de la Commission annulerait cependant toute utilité à l'article 17 pour se prémunir contre le *nationality shopping*. Tout d'abord, elle ne propose aucun amendement définissant les « États tiers » au titre de l'article 17; à ce jour, ce terme a été interprété pour s'appliquer *unique-*

*ment aux Parties non contractantes* au TCE.<sup>122</sup> Cela ne contribuerait par conséquent pas à empêcher le *nationality shopping* par des investisseurs des parties contractantes au TCE. En outre, la Commission propose de *supprimer* intégralement de l'article 17 le passage pertinent sur la « propriété », le « contrôle » ou les « activités commerciales substantielles ».

Enfin, la Commission propose de limiter la définition d'« investissement » aux « investissements réalisés conformément au droit applicable et au droit interne de la partie contractante hôte »<sup>123</sup> – une mise en garde assez standard dans les TBI. Ailleurs, l'ajout d'une note de bas de page à la clause d'arbitrage du TCE vise en outre à rendre les recours « inadmissibles si l'investissement a été réalisé par fausse déclaration frauduleuse, dissimulation, corruption ou conduite équivalant à un abus de procédure ».<sup>124</sup> Les restrictions à la compétence ou à l'admissibilité sur la base de ces dispositions auraient pu aller bien au-delà, non seulement pour aborder le *nationality shopping*, mais aussi en reliant expressément la protection des investisseurs au titre du TCE à la conformité des investisseurs avec les normes de conduite des entreprises, les obligations de diligence raisonnable, les droits de l'homme ou les réglementations environnementales (voir point 3.3 ci-dessous).

## 2.2 DROIT DE LA CONCURRENCE

La relation entre les règles de l'UE concernant les aides d'État et l'arbitrage en matière d'investissement est devenue relativement cruciale pour la question du TCE. La classification par la Commission européenne de l'indemnisation obtenue dans l'affaire *Micula* comme constituant une nouvelle aide d'État est apparue telle une pomme de discorde centrale dans les tentatives de la Commission de contrecarrer l'exécution de la sentence. Les traités de l'UE interdisent généralement les subventions accordées par les États membres, à moins que celles-ci soient qualifiées au titre d'exceptions particulières. Les règles de concurrence de l'UE – régies par les art. 107 et 108 du TFUE – confèrent à la Commission le pouvoir d'examiner et d'approuver toutes les mesures concernant les « aides d'État » adoptées par les États membres. La Commission a par conséquent fait peser ses compétences en droit de la concurrence sur les affaires espagnoles, mais les résultats de cette stratégie sont encore très incertains.

## INDEMNISATION COMME « NOUVELLE AIDE D'ÉTAT » : MICULA

En 2005, des investisseurs ont poursuivi la Roumanie au titre du TBI Suède-Roumanie de 2002 pour des dommages-intérêts découlant de l'arrêt d'incitations fiscales visant à encourager l'investissement dans les régions sous-développées. Ces incitations devaient durer jusqu'en 2009, mais ont été abrogées en 2004 dans le cadre des négociations pour l'adhésion de la Roumanie avec l'UE, après avoir été identifiées comme incompatibles avec les règles de l'UE concernant les aides d'État. La Commission est intervenue dans la procédure du CIRGI en qualité d'*amicus curiae* pour objecter que la révocation des incitations avait été exigée par le droit de l'UE et que « [t]oute décision rétablissant les privilèges annulés par la Roumanie ou octroyant des compensations aux requérants pour la perte de ces privilèges constituerait une nouvelle aide qui ne serait pas compatible avec le traité CE ». <sup>125</sup> En 2013, le tribunal du CIRDI a néanmoins estimé que ces mesures violaient les attentes légitimes des requérants, enfreignant ainsi la norme du TJE, et a condamné les investisseurs à verser 178 millions d'euros de compensation.

Alors que la tentative de la Roumanie d'annuler la sentence du CIRDI de 2013 a échoué, la Commission a émis une injonction empêchant la Roumanie de payer. Par la suite, la Commission a déclaré que le paiement de l'indemnisation *Micula* « constituait une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du [TFUE] » (Décision CE 2015 [Roumanie]). <sup>126</sup> La législation de l'UE concernant les aides d'État étant le droit primaire, elle prévaut sur les obligations internationales des États membres, et la Commission a ordonné à la Roumanie de ne pas verser d'indemnisation et de récupérer les paiements déjà effectués. <sup>127</sup>

### *Pas si vite...*

Par la suite, en 2019, le tribunal de la CJUE a jugé que la Commission n'avait pas compétence pour évaluer la légalité des incitations au titre du droit de l'UE, le « droit de percevoir l'indemnisation » des investisseurs ayant été levé lorsque la Roumanie a abrogé les incitations en 2004, mais que le droit de l'UE n'est devenu applicable en Roumanie qu'à son adhésion à l'UE le 1er janvier 2007. <sup>128</sup> En ne faisant pas cette distinction (entre « avant ou après l'adhésion »), la Commission a « excédé ses compétences en matière de contrôle des aides d'État ». <sup>129</sup> La décision CE 2015 (Roumanie) a donc été annulée dans son intégralité. La Commission a fait appel de l'arrêt devant la Cour de justice.

Par conséquent, si une sentence de RDIE accorde à des investisseurs une indemnisation égale au bénéfice d'une incitation illégale qui a été révoquée, le paiement de cette indemnisation rétablirait indirectement des aides d'État illégales. <sup>130</sup> Mais pour qu'une mesure soit classée comme une « aide », elle doit toujours satisfaire à l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, qui exige entre autres que le paiement soit *imputable* à l'État membre. <sup>131</sup> Qu'en est-il si le paiement de l'indemnisation est « involontaire » ? Dans la décision CE 2015 (Roumanie), la Commission a réfuté cette objection en soulignant que la Roumanie avait volontairement *conclu le TBI*. <sup>132</sup> Reste à voir si cette position sur l'imputabilité est encore tenable dans le contexte de l'exécution de sentences intra-UE du CIRDI devant les tribunaux d'États non membres de l'UE.



### Paiements volontaires ?

Au départ du moins, la décision CE 2015 (Roumanie) permettait d'empêcher les tribunaux des États membres de l'UE d'appliquer la sentence *Micula*. Par exemple, les tribunaux britanniques ont accordé à la Roumanie une suspension de l'exécution, citant à la fois le «devoir de coopération loyale» des États membres et l'arrêt (alors encore en instance) de la CJUE. Toutefois, en février 2020, la Cour suprême du Royaume-Uni a levé cette suspension de l'exécution, citant ses obligations au titre de l'art. 54 de la Convention CIRDI (point abordé plus en détail ci-dessous, au point 2.3.1). La Cour a notamment fait valoir que, l'UE n'étant pas partie contractante à la Convention CIRDI, la CJUE devrait s'en remettre aux tribunaux britanniques quant à l'interprétation de la Convention.<sup>133</sup> Par conséquent, le Royaume-Uni est salué comme un «terrain fertile» à l'exécution des sentences, ayant démontré qu'il était «prêt à accepter des sentences intra-UE qui ne sont peut-être pas du goût de la CJUE».<sup>134</sup>

Les requérants dans l'affaire *Micula* ont également réussi à faire exécuter la sentence aux États-Unis. En mai 2020, la Cour d'appel des États-Unis pour le circuit du District de Columbia a confirmé la conversion de sa sentence du CIRDI en un jugement de 330 millions de dollars.<sup>135</sup> Intervenant en qualité d'*amicus curiae*, la Commission a présenté des objections fondées sur plusieurs doctrines du droit international (la courtoisie internationale, l'acte de gouvernement et la contrainte souveraine étrangère), mais en vain.





### 2.2.1 Décision CE 2017 (Espagne)

Les propositions de la Commission européenne pour la modernisation n'abordent pas directement la question de l'«indemnisation comme nouvelle aide» (voir encadré 3). Elles tentent toutefois d'exclure du champ d'application du RDIE au titre du TCE des différends concernant l'arrêt des aides d'État. Ces projets de dispositions affirment que les dispositions du TCE en matière de *protection des investissements* ne doivent pas «être interprétées comme un engagement d'une partie contractante à ne pas modifier le cadre juridique et réglementaire, y compris d'une manière qui pourrait avoir une incidence négative sur le fonctionnement des investissements ou sur les attentes de bénéfices de l'investisseur». Plus précisément en ce qui concerne les subventions, une «décision des États de ne pas émettre, renouveler ou maintenir une subvention» ne constituera pas une violation du TCE «en l'absence d'un engagement spécifique en vertu de la loi». <sup>136</sup> Ces propositions reflètent des garanties équivalentes reprises dans l'AECG.

En considérant cette approche visant à exclure l'arrêt des subventions du champ d'application du RDIE au titre du TCE, il convient d'examiner la façon dont les tribunaux ont répondu aux objections fondées sur les règles de l'UE en matière d'aides d'État. En 2017, la Commission européenne a publié une décision évaluant la compatibilité avec les règles de l'UE en matière d'aides d'État d'un nouveau système de réglementation des énergies renouvelables introduit par l'Espagne en 2013–2014 (décision CE 2017 [Espagne]). <sup>137</sup> Comme décrit précédemment (voir encadré 2), ces mesures ont effectivement aboli les avantages du «Régime spécial» (DR 661/2007), déclenchant ainsi la vague de recours au titre du TCE contre l'Espagne.

La décision CE 2017 (Espagne) n'a pas évalué si le *Régime spécial* était légal au titre de la législation de l'UE concernant les aides d'État, une telle détermination ayant été jugée «non pertinente». <sup>138</sup> Néanmoins, la décision a déclaré que toute *sentence accordant une indemnisation* aux investisseurs dans les affaires espagnoles «constituerait une aide d'État devant être notifiée conformément à l'article 108, paragraphe 3, du TFUE et serait soumise à l'obligation de *statu quo*». En droit de l'UE, «un bénéficiaire d'aides d'État ne peut, en principe, avoir des attentes légitimes quant à la légalité de l'aide qui n'a pas été notifiée à la Commission». <sup>139</sup> Il est toutefois important de noter que la décision exigeait *uniquement* que l'indemnisation soit notifiée à la Commission, mais ne stipulait pas «qu'une sentence accor-

dant une indemnisation pour la perte du [Régime spécial] serait automatiquement inconciliable avec la législation de l'UE concernant les aides d'État». <sup>140</sup>

Cette exigence de notification n'est pas limitée aux affaires intra-UE. La Commission a par ailleurs déclaré: «Dans une situation intra-UE (...), le principe d'un traitement juste et équitable ne peut avoir un champ d'application plus large que les notions de sécurité juridique et d'attentes légitimes du droit de l'Union dans le cadre d'un régime d'aides d'État». Tel est peut-être le cas en droit de l'UE, mais comme illustré plus haut, la norme TJE du TCE telle qu'interprétée par la plupart des tribunaux dans les affaires espagnoles a manifestement un «champ d'application plus large» que les principes équivalents du droit de l'UE.

La Commission européenne et l'Espagne ont fréquemment cité la décision CE 2017 (Espagne) dans des observations devant les tribunaux, à la fois dans la défense de l'Espagne pour illustrer que l'abrogation du Régime spécial des incitations aux énergies renouvelables était exigée par la législation de l'UE concernant les aides d'État, et pour souligner que – en droit de l'UE – l'Espagne et d'autres États membres sont tenus de suspendre les procédures d'exécution. Il est probablement plus juste d'affirmer que l'abrogation du Régime spécial a été encouragée par les règles de l'UE concernant les aides d'État, plutôt qu'exigée par elles. <sup>141</sup>

En réponse, plusieurs tribunaux ont fait remarquer que la décision CE 2017 (Espagne) n'évaluait pas spécifiquement si le Régime spécial ou le DR 661/2007 constituaient des aides d'État illégales. Au contraire, la décision concernait *uniquement* les mesures 2013–2014, qui remplaçaient les mesures sur lesquelles reposaient les attentes de rémunération des investisseurs. <sup>142</sup> De manière plus problématique, les tribunaux dans les affaires espagnoles ont recouru à diverses méthodes pour établir que l'Espagne avait pris des «engagements» donnant lieu à des attentes légitimes des investisseurs. Par rapport à la proposition de modernisation de la Commission, on peut constater que peu de ces violations apparentes du TCE avaient lieu «en l'absence d'un engagement spécifique en vertu de la loi», et qu'aucune d'entre elles n'impliquait d'interpréter les *dispositions en matière de protection des investissements du TCE* «comme un engagement» à ne pas «modifier le cadre juridique et réglementaire». Au contraire, de nombreux tribunaux ont simplement converti une réglementation générale (à savoir l'article 44.3 du DR 661/2017) en un «engagement spécifique en vertu de la loi», donnant ainsi lieu à des attentes légitimes. <sup>143</sup>

Par conséquent, la proposition de la Commission d'exclure les subventions du TCE pourrait ne pas servir à empêcher de telles indemnités. Par exemple, comme l'a récemment conclu le tribunal dans l'affaire *PV Investors*, si les arbitres accordent simplement une indemnité sur la base d'attentes plus générales de « rentabilité raisonnable » des investisseurs plutôt que le rétablissement d'avantages perdus au titre du DR 661/2007, « il n'y a aucune suggestion de la part de la Commission ou de l'Espagne que [cela] constituerait une aide d'État ». <sup>144</sup> De manière similaire, le cabinet d'avocats international Allen & Overy estime que les requérants dans les affaires espagnoles ont encore « une chance d'éviter des questions relatives aux aides d'État similaires à l'affaire *Micula* » : si l'indemnité accordée peut être « classée comme une “modification mineure” du régime approuvé, [elle] peut ne pas être notifiée du tout ». <sup>145</sup> À la lumière de tels contournements de définitions, il est loin d'être garanti que la proposition de la Commission d'exclure les subventions du champ d'application de la protection des investissements fonctionne.

La problématique de la définition des subventions va en effet bien au-delà de ces questions de compétence de l'UE et des règles de concurrence. Un point totalement négligé dans le processus de modernisation du TCE est la question de la mise en place d'une méthodologie d'identification des subventions aux combustibles fossiles, l'un des principaux défis de la future gouvernance énergétique, du subventionnement et du changement climatique (voir point 3.2)..

### 2.2.2 Réclamations mixtes

La possibilité pour un tribunal d'accorder une indemnité rétablissant des aides d'État illégales ne se limite pas aux affaires impliquant des investisseurs de l'UE. Les règles de l'UE en matière d'aides d'État ne prévoient pas une telle distinction et s'appliquent à tous les opérateurs économiques au sein de l'UE, qu'ils relèvent ou non de la protection du TCE ou d'un autre accord d'investissement.

Six des affaires espagnoles impliquent soit des investisseurs non membres de l'UE soit des « réclamations mixtes » impliquant des investisseurs d'États membres de l'UE et d'États tiers (voir Annexe 1). À ce jour, seule l'affaire *Operafund* a donné lieu à une sentence. Le tribunal d'*Operafund* ne s'est

pas attardé sur la pertinence de l'« objection intra-UE » dans des procédures concernant des investisseurs maltais et suisses ; la Commission européenne et les objections intra-UE de l'Espagne ne visaient que les premiers. <sup>146</sup> Le tribunal a finalement conclu que les requérants – suisses et maltais, sans distinction – avaient *bel et bien* des attentes légitimes, et que la norme du TJE avait été violée.

Il convient de rappeler que dans l'Avis 1/17, la CJUE a jugé des situations comme celle-ci et dans *Micula* « hautement improbables » dans le cadre de l'AECG. <sup>147</sup> À la lumière des affaires espagnoles, cette évaluation sous-estime considérablement le risque. La Cour a expressément conclu que les affaires de SJI ne pouvaient pas créer une « inégalité de traitement au détriment d'un investisseur de l'Union », car il ne « saurait être envisagé » qu'un tribunal de SJI constate une violation de la norme du TJE, ou considère que de telles mesures constituent une expropriation indirecte, « lorsqu'il a été fait une application régulière des règles de concurrence par la Commission ou par une autorité de la concurrence d'un État membre ». <sup>148</sup> Cet optimisme reposait en grande partie sur les dispositions de l'AECG faisant référence à « l'importance d'une concurrence libre et non faussée dans leurs relations commerciales ». <sup>149</sup> Mais à l'instar de l'AECG, le TCE a également des dispositions concernant le droit de la concurrence ; et il y a encore peu, en 2012, la Commission et le tribunal d'*Electrabel* basé sur le TCE étaient encore (largement) sur la même longueur d'onde : le tribunal a conclu que « le TCE et le traité CE partagent le même objectif général dans la lutte contre les comportements anticoncurrentiels », *y compris expressément à l'égard des règles de l'UE concernant les aides d'État*. <sup>150</sup> Cet « objectif commun et général » est toutefois devenu une crise de définition pour l'UE et le TCE.

En ce qui concerne les cinq autres recours en instance contre l'Espagne au titre du TCE impliquant des investisseurs « non membres de l'UE », comment la Commission procédera-t-elle ? Si elle intervient avec les mêmes objections fondées sur le droit de l'UE, la Commission ne peut soutenir davantage sa position selon laquelle seuls des différends TCE *intra-UE* sont incompatibles avec le droit de l'UE. Si elle ne le fait pas, comment justifier cette discrimination de fait en faveur des investisseurs non membres de l'UE ?

## 2.3 EXÉCUTION

La mise en garde de la Commission européenne, à savoir que les tribunaux du TCE intra-UE peuvent rendre des « sentences inexécutables » n'a pas dissuadé les tribunaux d'exercer leur compétence.<sup>151</sup> Ces protestations n'ont pas non plus découragé les requérants de tenter énergiquement d'exécuter leurs sentences dans toute l'UE et au-delà. Les avocats d'Allen & Overy, par exemple, encouragent les requérants RDIE intra-UE à « exécuter leur sentence en dehors de l'UE » (aux États-Unis ou en Suisse), voire à vendre les indemnités « au rabais à des tiers, comme des fonds d'investissement ».<sup>152</sup>

Pour qu'une sentence arbitrale soit exécutée dans un État tiers, elle doit d'abord être reconnue par des tribunaux nationaux et convertie en rendant un arrêt sur l'indemnisation; ce n'est qu'alors que les sentences peuvent être exécutées à l'encontre de la propriété d'un débiteur de la sentence. Par le passé, il y a eu relativement peu de défendeurs « récalcitrants » (États refusant de verser des indemnités) dans les affaires RDIE.<sup>153</sup> La question de savoir si (et où) ces sentences intra-UE sont finalement exécutoires est par conséquent une question en suspens, encore à l'essai et contestée dans diverses juridictions de l'UE et en dehors: Australie, Belgique, France, Luxembourg, Roumanie, Suède, Royaume-Uni et États-Unis.

Les mesures à disposition (si tant est qu'il y en ait) des États défendeurs pour contester ou empêcher l'exécution de la loi dépendent dans une certaine mesure de la juridiction choisie pour un différend TCE. Les requérants qui soumettent des différends RDIE au titre du TCE peuvent choisir de les présenter devant le CIRDI, devant un tribunal ad hoc au titre des règles d'arbitrage de la CNUDCI ou devant la Chambre de commerce de Stockholm (CCS).<sup>154</sup> Les sentences du CIRDI peuvent être exécutées conformément à la « Convention CIRDI » dans les juridictions de 154 États; les sentences non CIRDI conformément à la « Convention de New York », que 164 États ont ratifiée.<sup>155</sup>

### 2.3.1 Exécution non UE

Les moyens pour les tribunaux nationaux d'examiner la validité d'une sentence arbitrale au titre du droit de l'UE, ainsi que de renvoyer des questions devant la CJUE en recourant à la procédure de renvoi préjudiciel, sont uniquement disponibles si le siège de l'arbitrage est établi au sein de

l'UE.<sup>156</sup> Bien que plusieurs tribunaux du TCE non CIRDI soient établis au sein de l'UE, ces tribunaux *pourraient* choisir de fixer leur siège en dehors de l'UE, et contourner ainsi un tel contrôle par les tribunaux internes de l'UE.<sup>157</sup> En vertu de la Convention de New York, les tribunaux nationaux peuvent uniquement refuser de reconnaître ou d'exécuter des sentences pour des motifs limités: l'UE et ses États membres pourraient faire valoir que le tribunal du TCE n'avait pas compétence ou que l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de l'UE.<sup>158</sup> Dans les États tiers, les tribunaux nationaux peuvent tenir compte des objections fondées sur le droit des États membres de l'UE et de la Commission avant d'exécuter une sentence non CIRDI.<sup>159</sup>

Toutefois, à l'instar des recours RDIE en général, la grande majorité des affaires espagnoles (35 sur 47) sont présentées au titre de la Convention CIRDI et sont des arbitrages internationaux « sans siège ni lieu juridique au sein de l'Union européenne ».<sup>160</sup> Il n'existe par conséquent aucune possibilité pour les tribunaux nationaux des États membres de l'UE de contrôler les sentences du CIRDI.<sup>161</sup> En outre, la Convention CIRDI interdit tout appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus par la Convention, et les procédures d'annulation du CIRDI sont strictement limitées à des questions de procédure.<sup>162</sup> En mai 2020, un comité ad hoc du CIRDI a pris la rare décision d'annuler à l'unanimité la sentence *Eiser* de 2017 aux motifs d'un conflit d'intérêts d'un arbitre.

Les tribunaux nationaux se sont montrés disposés à suspendre des procédures d'exécution en attendant l'annulation. Toutefois, en cas d'échec de l'annulation par le biais des procédures du CIRDI, la Convention CIRDI prévoit l'exécution « automatique » des sentences du CIRDI: une partie contractante doit considérer une sentence du CIRDI comme « exécutoire et exécute les obligations pécuniaires imposées par cette sentence sur son territoire comme s'il s'agissait d'un jugement définitif rendu par un tribunal de cet État » (art. 54.1).

Cette disposition de la Convention CIRDI peut créer des conflits avec le droit de l'UE. Dans *Electrabel*, la Commission a averti que, si les requérants tentaient d'exécuter une sentence du CIRDI contraire au droit de l'UE *au sein de l'UE*, « les procédures seraient suspendues en vertu de l'article 267 du TFUE, afin que la CJUE décide de l'application de l'article 54 de la Convention CIRDI ».<sup>163</sup> Aucune décision de la CJUE sur cette disposition n'a encore été demandée.

Il est intéressant de noter que, dans son Avis sur *Achmea*, AG Wathelet a fait remarquer que de telles préoccupations au sujet de la légalité de l'UE n'avaient pas été suffisantes pour empêcher la Commission d'inclure le CIRDI dans les accords de commerce et d'investissement ultérieurs de l'UE.<sup>164</sup>

Un tel renvoi peut ne pas être nécessaire. Les requérants dans les affaires espagnoles font la queue – derrière *Micula* – pour obtenir l'exécution de leur sentence, aux États-Unis devant la Cour de District de Columbia,<sup>165</sup> et ailleurs.

### 2.3.2 Le « véritable champ de bataille » ?

La future « autonomie du droit de l'UE » pourrait-elle s'accrocher à la ténacité des avocats des investisseurs pour identifier les actifs commerciaux de l'Espagne dans des États non membres de l'UE ? Nous ne devons peut-être pas attendre longtemps pour obtenir une réponse.

La capacité d'un investisseur à exécuter une sentence arbitrale dépendra de « la législation en matière d'immunité de l'État dans lequel [l'investisseur] demande l'exécution ». <sup>166</sup> En vertu de la Convention CIRDI, l'exécution des sentences du CIRDI est régie par « les lois concernant l'exécution des jugements en vigueur dans l'État sur le territoire duquel cette exécution est demandée » ; mais les lois relatives à l'immunité souveraine continueront à s'appliquer.<sup>167</sup> Le consentement à l'arbitrage dans les traités d'investissement constitue un renoncement à l'immunité de *jurisdiction*, mais l'exécution des sentences exigera toujours de surmonter l'immunité d'exécution, ce dont bénéficieront probablement les actifs souverains non commerciaux. Par conséquent, les investisseurs doivent *identifier les actifs commerciaux* de l'État débiteur.<sup>168</sup>

En février 2020, la Cour fédérale d'Australie a rejeté les objections de l'Espagne à l'exécution de deux sentences du CIRDI : *Antin* et *Eiser* (cette dernière a été annulée par la suite).<sup>169</sup> Ces objections concernaient l'interprétation de la législation australienne sur l'immunité des États et les dispositions d'exécution de la Convention CIRDI. Avec cette évolution, la pression sur l'Espagne pour obtenir un paiement a augmenté ; selon les avocats des requérants : « Si l'Espagne ne le fait pas, les requérants poursuivront leurs efforts de recouvrement en Australie et dans le monde

entier ». <sup>170</sup> Aussi longtemps que l'Espagne maintient son refus de payer, l'exécution des jugements contre les actifs souverains de l'Espagne dans des pays tiers est en passe de devenir le « véritable champ de bataille » : les cabinets d'avocats font la queue pour offrir aux investisseurs une « analyse médico-légale » afin d'« identifier les actifs détenus par le débiteur souverain » comme « les sommes de comptes bancaires, les biens immobiliers, les aéronefs, les navires et/ou les cargos ». <sup>171</sup>

L'histoire n'est pas terminée, mais il convient de considérer que les enjeux ici sont considérablement plus élevés pour l'UE que pour le régime du RDIE. Même si les efforts des investisseurs en matière d'exécution non UE échouent, les impacts sur le monde du droit de l'investissement pourraient bien être négligeables. L'une des raisons pour lesquelles les États récalcitrants sont si rares en RDIE est que le refus de payer des indemnisations mène à une stigmatisation, non seulement pour l'investissement, mais aussi de manière cruciale pour les préférences commerciales et les prêts en faveur du développement.<sup>172</sup> La plupart des États se conforment *volontairement* aux sentences du CIRDI, non pas parce qu'ils craignent que des actifs commerciaux souverains ne soient saisis, mais parce que les coûts en termes de réputation et de politique sont trop élevés pour ne pas le faire.

En cas d'aboutissement, les options de la Commission européenne sont limitées. Comme l'a récemment fait observer un tribunal, la Commission pourrait éventuellement classer les montants perçus sur des actifs à l'étranger comme des aides d'État illégales, et exiger qu'un État membre « demande le recouvrement auprès de [l'investisseur] d'un montant équivalent ». <sup>173</sup> Mais la question de savoir si la Commission peut le faire en vertu du droit de l'UE dépend du fait que ces paiements puissent être considérés comme des aides d'État. Et des actions de récupération à l'encontre des investisseurs pourraient-elles aussi donner lieu à *davantage* de recours au titre du TCE ? La perspective d'un conflit de compétence entre les institutions de l'UE et les tribunaux arbitraux n'est probablement pas du tout avantageuse pour l'UE. Mais comme les avocats et les arbitres du RDIE ont un intérêt direct dans l'existence de différends RDIE lucratifs, l'arbitrage interminable pourrait plutôt bien servir l'industrie du RDIE.



## 3. Ouvrir la voie vers Paris

Dans son état actuel, le TCE est loin d'être un « complément » à l'Accord de Paris, et le processus de modernisation n'entraînera probablement aucune modification significative. La Commission européenne a reconnu que les « dispositions dépassées du TCE ne sont plus viables ou adéquates pour relever les défis actuels »<sup>174</sup> et, conformément à son mandat de négociation, propose pour la modernisation du TCE une série de nouveaux articles sur le « développement durable ».<sup>175</sup> Presque exclusivement limités au langage promotionnel, coopératif ou « de l'effort maximal », ces nouveaux articles contiennent peu d'éléments suffisamment précis pour être efficaces. Le mécanisme proposé pour traiter les différends concernant la mise en œuvre de ces dispositions – semblables à ceux des chapitres de l'ALE de l'UE sur le commerce et le développement durable – ne peut émettre que des « recommandations » non contraignantes, dont les parties contractantes en litige doivent uniquement « tenir compte » lorsqu'elles examinent les « actions ou mesures appropriées à mettre en œuvre ».<sup>176</sup>

Il y a par conséquent de très bonnes raisons environnementales de préconiser l'extinction immédiate du TCE, ou le retrait de parties contractantes individuelles. Toutefois, *les arguments en faveur d'un accord multilatéral sur l'énergie qui complète réellement l'Accord de Paris sont tout aussi convaincants*. La mise en œuvre de l'Accord de Paris peut impliquer un large éventail de mesures liées au commerce et à l'investissement, y compris la réforme des subventions, le transfert de technologies, les normes d'efficacité et les ajustements à la frontière pour le carbone. Mais l'Accord de Paris lui-même ne dit rien sur la question de savoir comment ces mesures de mise en œuvre doivent être conciliées avec les obligations des Parties au titre de traités d'investissement et de commerce.<sup>177</sup>

Les propositions alternatives existantes soulignent la façon dont une réforme plus approfondie du TCE ou son extinction par un traité alternatif lui succédant, pourrait contribuer de manière significative à la réalisation des objectifs de l'Accord de Paris.<sup>178</sup> Une exigence de réforme prédominante est qu'un TCE modernisé doit « différencier les investissements à faible émission de carbone des investissements à forte intensité de carbone ».<sup>179</sup> Il est à noter que les propositions de la Commission européenne ne font pas la moindre référence aux combustibles fossiles. Un ardent défenseur du TCE a récemment suggéré que la différenciation du carbone

« pourrait devenir un motif de discrimination... »<sup>180</sup> Toutefois, l'actuelle « mission » ostensible du TCE exige précisément une telle différenciation : les sources d'énergie renouvelables sont cruciales pour assurer la sécurité énergétique des États ; la dépendance aux combustibles fossiles, d'autre part, rend les États *intrinsèquement* « vulnérables ».<sup>181</sup> Par conséquent, traiter différemment les combustibles fossiles et les sources d'énergie renouvelables semble être absolument au cœur des objectifs de sécurité énergétique du TCE.

Cette section donne un aperçu de trois éléments fondamentaux que tout accord concernant la gouvernance énergétique et le changement climatique devrait aborder. Ces derniers ne sont pas exhaustifs, mais visent à souligner les omissions significatives du processus de modernisation du TCE. Pour sa part, la préoccupation de l'UE à l'égard des implications du RDIE pour l'architecture du droit de l'UE a fait qu'une grande partie de l'importance du TCE pour la politique climatique a été cruellement négligée.

### 3.1 AME ET MESURES DE RIPOSTE AUX CHANGEMENTS CLIMATIQUES

La proposition de la Commission européenne portant sur le TCE oblige les parties contractantes à « appliquer efficacement » les Accords multilatéraux sur l'environnement (AME) qu'elles ont ratifiés, et réaffirme « le droit de chaque partie contractante d'adopter ou de maintenir des mesures nécessaires à la poursuite des objectifs des AME auxquels elle adhère ».<sup>182</sup> Chaque partie contractante serait spécifiquement tenue de « mettre en œuvre efficacement la CCNUCC et l'Accord de Paris, etc., y compris ses engagements à l'égard de sa Contribution déterminée au niveau national [CDN] » et de « promouvoir et améliorer le soutien mutuel des politiques et mesures en matière d'investissement et de climat... ».<sup>183</sup>

Il convient de noter que ces propositions n'abordent pas du tout l'article 16 du TCE. Comme abordé plus haut (point 1.2.2), les tribunaux arbitraux ont interprété cela comme un obstacle infranchissable à l'exécution des dispositions de tout autre accord international qui pourrait offrir des conditions moins favorables aux investisseurs que les normes d'investissement du TCE.



Cet effort supposé de conciliation des objectifs de protection du climat avec les obligations du TCE en matière de commerce et d'investissement néglige par conséquent le fait que de nombreux AME n'obligent pas du tout les parties à entreprendre une action spécifique, et manquent souvent de mécanismes d'exécution efficaces. Pour prendre l'exemple de l'Accord de Paris, une nouvelle obligation de «mettre en œuvre efficacement» cet accord ne nous rapproche guère de ce à quoi devrait ressembler une mise en œuvre efficace: jusqu'à présent, l'obligation commune des parties de présenter des CDN volontaires, autodéterminées et non contraignantes a abouti à des CDN «relativement incohérentes avec les objectifs de l'Accord de Paris». <sup>184</sup> Par conséquent, les appels à des approches dites de «renforcement mutuel» à l'interprétation d'accords internationaux servent à minimiser la mise en œuvre d'AME, en faveur du respect d'engagements plus stricts des États en matière de commerce et d'investissement.

Tout accord en matière de commerce et d'investissement dans le secteur de l'énergie devrait expressément stipuler la suprématie des engagements AME des parties en cas d'incohérence. Il devrait également aborder le fait que les AME ne contiennent souvent pas d'obligations spécifiques ou de normes obligatoires, en définissant largement de tels conflits, de manière à inclure des situations «dans lesquelles une disposition d'un traité *constitue un obstacle* à la mise en œuvre d'un autre traité», par exemple lorsqu'«une disposition d'un traité *permet* ou *encourage* une partie à entreprendre des activités ou à adopter et mettre en œuvre des mesures qui sont interdites par l'autre traité». De cette façon, un accord tel que le TCE devrait garantir que la réalisation par les parties de leurs CDN prime sur les engagements en matière de commerce ou d'investissement.

Il serait encore plus efficace de soumettre des différends concernant des mesures de riposte climatique à une procédure de renvoi préjudiciel obligatoire, <sup>185</sup> ce qui impliquerait qu'un panel d'experts du climat détermine si les impacts d'une mesure contestée sur les investisseurs sont justifiés par les objectifs climatiques de la mesure. Cette détermination devrait donner la priorité à une évaluation scientifique de l'impact de la mesure sur la réduction des émissions de GES et, par conséquent, éviter des représailles soit pour les investisseurs couverts soit pour d'autres parties contractantes. <sup>186</sup>

## 3.2 SUBVENTIONS AUX COMBUSTIBLES FOSSILES

On estime qu'éliminer les subventions aux combustibles fossiles pourrait augmenter globalement de 2,9 milliards de dollars les recettes publiques, et réduire de plus de 20% les émissions de carbone mondiales. <sup>187</sup> Le potentiel pour une action litigieuse au titre du TCE par des investisseurs de combustibles fossiles est significatif, comme l'a démontré le passé récent du TCE. Mais il est loin d'être évident que l'«exclusion» proposée par la Commission européenne de tous les recours au titre du RDIE contre l'arrêt des subventions serait efficace pour limiter les contestations à la réforme des subventions aux combustibles fossiles. En l'absence d'une méthodologie commune d'identification des subventions aux combustibles fossiles, définir ces subventions peut devenir une question de plus en plus controversée. En raison de problèmes de transparence et d'allocation, celles-ci relèvent de la surveillance de l'OMC, en partie parce que les exigences de notification de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (ASMC) de l'OMC s'appliquent uniquement aux subventions «spécifiques» (au sens de l'ASMC), ce qui nuit au commerce.

Une méthodologie complète d'identification et de mesure des subventions aux combustibles fossiles a été publiée en 2019 par des experts du Programme des Nations Unies pour l'environnement, de l'OCDE et de l'Initiative sur les subventions mondiales, en tant qu'outil indicateur pour atteindre les Objectifs de développement durable (en particulier, l'ODD 12, pour «établir des modes de consommation et de production durables»). <sup>188</sup> Si elle est incorporée en référence à un accord multilatéral, cette méthodologie pourrait servir à la fois à renforcer une «exclusion» de la protection des investissements liés aux subventions, et à donner une impulsion indispensable aux discussions multilatérales plus larges (à l'OMC et ailleurs) sur la réforme des subventions aux combustibles fossiles. La transparence et le *reporting* sont des «conditions préalables» à la négociation et à la planification de l'élimination progressive des subventions aux combustibles fossiles, et les États pourraient convenir d'obligations définies dans le temps d'appliquer ce cadre et de notifier les subventions aux combustibles fossiles à l'aide d'un modèle commun. <sup>189</sup> D'autres obligations pourraient également être stipulées, comme la redirection des économies de recettes provenant de toutes les réformes des subventions aux combustibles fossiles vers des programmes de protection sociale et de réduction de la pauvreté. <sup>190</sup>

### 3.3 OBLIGATIONS DES INVESTISSEURS

En décembre 2019, la Commission philippine des droits humains est devenue le premier organisme de défense des droits de l'homme au monde à reconnaître la contribution des sociétés de combustibles fossiles au changement climatique et a identifié 47 sociétés comme appartenant à des investisseurs qui pourraient être déclarées légalement responsables de leurs impacts sur les droits de l'homme.<sup>191</sup> La mise en œuvre des Principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (PDNU) – un tournant dans les efforts mondiaux visant à aborder la justice sociale et la responsabilité des entreprises, que l'UE et les États membres se sont engagés à soutenir pleinement en 2011<sup>192</sup> – et les négociations en vue d'un Traité contraignant des Nations unies sur les entreprises et les droits de l'homme ont également progressé de manière significative ces dernières années. Les PDNU ont expressément souligné que les accords internationaux de commerce et d'investissement peuvent constituer une menace pour la réglementation de la conduite des entreprises, et ont recommandé que les États veillent à « conserver des capacités suffisantes en matière de politiques et de règlements ».<sup>193</sup>

Dans cette optique, la proposition de la Commission européenne pour un nouvel article du TCE sur des « pratiques commerciales responsables » n'est guère suffisante. Le projet d'article ne fait qu'obliger les parties contractantes à « promouvoir » l'adoption de la responsabilité sociale

des entreprises ou d'une conduite responsable des affaires, conformément aux instruments internationaux pertinents ». Il est peu probable que les références aux instruments internationaux de droit souple qui l'accompagnent aient un impact significatif.

Les options alternatives en matière de politique d'investissement concernant les obligations et responsabilités des investisseurs sont disponibles depuis longtemps, mais totalement ignorées par la Commission.<sup>194</sup> À tout le moins, les questions de conduite des investisseurs devraient être liées à une protection ou un avantage dont les investisseurs bénéficient au titre d'un accord international; comme abordé plus haut (voir point 2.1), la Commission a uniquement cherché à limiter le recours des investisseurs au RDIE au titre du TCE dans des cas flagrants. Mais des accords de commerce et d'investissement pourraient également obliger les parties contractantes à adopter et à mettre en œuvre efficacement *des lois sur la diligence raisonnable obligatoire en matière de droits de l'homme, des mécanismes judiciaires et des organismes de surveillance*; ceux-ci pourraient être calqués sur les plans d'action nationaux des États en vue d'une diligence raisonnable obligatoire en matière de droits de l'homme pour les entreprises.<sup>195</sup> De telles réglementations pour les investissements énergétiques sont nécessaires d'urgence non seulement en ce qui concerne l'industrie des combustibles fossiles, mais aussi dans le secteur en plein essor des énergies renouvelables.<sup>196</sup>





## 4. Conclusion

**Hors de tout contrôle et hors de toute réforme**, le TCE fournit une mise en garde claire de ce qui peut arriver lorsque la politique de l'UE en matière de commerce et d'investissement tourne mal. Seul accord d'investissement en vigueur à ce jour auquel l'UE est elle-même partie contractante, cette « invention » de la Commission est devenue un casse-tête majeur pour les États membres de l'UE et la Commission elle-même. Alors que la Commission européenne poursuit ses négociations pour multiplier le nombre de nouveaux accords de commerce et d'investissement avec des partenaires du monde entier, les États membres de l'UE ne devraient pas oublier les enseignements tirés du TCE ni le rôle de la Commission dans sa création.

Les tentatives ultérieures de la Commission pour freiner l'application du TCE en référence à la doctrine juridique de l'UE se sont révélées sinueuses et alambiquées. Si l'UE peut encore réussir à garder une emprise sur les affaires de TCE « intra-UE », cette désignation territoriale ne correspond pas aux multiples problèmes que pose le TCE – *pas même* à l'égard du droit de la concurrence de l'UE, et *encore moins* à l'égard des objectifs de protection du climat.

En réalité, à la base de l'« objection intra-UE » de la Commission se trouve un simple refus de *sur-indemniser* les investisseurs protégés, par rapport aux investisseurs nationaux, pour les impacts de modifications réglementaires.<sup>197</sup> La question demeure donc de savoir pourquoi une telle défense ne devrait pas s'appliquer aux affaires RDIE impliquant des investisseurs non membres de l'UE ou des États tiers. En janvier 2020, on savait que dix-huit pays travaillaient à l'adhésion au TCE.<sup>198</sup> La défense juridictionnelle *sui generis* que la Commission a avancée au cours des dix dernières années ne leur est – par définition – pas disponible. Mais les défis actuels auxquels l'UE est confrontée par rapport à la transition énergétique ne sont pas uniques. Relever ces défis impliquera non seulement des investissements publics, mais aussi des mécanismes compensatoires, afin de soutenir les travailleurs et les communautés les plus vulnérables dans l'élimination progressive des combustibles fossiles. Cependant, le RDIE au titre du TCE propulse les spéculateurs sur les marchés de l'énergie à l'avant de la file d'attente pour des montants d'indemnisation injustifiés.

À la lumière des vastes mesures de réglementation et de distribution exigées par une juste transition énergétique mondiale, une expansion de la couverture du TCE pourrait s'avérer catastrophique, sur le plan tant environnemental que social.

Si ce n'est pas la première fois que la plus haute juridiction européenne a frustré les attentes légitimes des citoyens de l'UE,<sup>199</sup> l'approbation du SJI par la CJUE en 2019 illustre en outre le fait que la « compatibilité avec le droit de l'UE » est un baromètre plutôt faible pour évaluer les impacts des accords de l'UE en matière de protection des investissements sur la politique publique. En effet, le recours de la Commission au droit de l'UE comme point de référence principal a finalement fait que le lien du TCE avec l'accord de Paris a à peine été abordé. On se demande ce qui se passerait si la Commission préconisait que les obligations des États au titre de l'Accord de Paris l'emportent sur les dispositions du TCE en matière de protection des investissements avec plus ou moins le même zèle dont elle a fait preuve pour défendre la compétence exclusive de la CJUE ou ses propres compétences en matière de droit de la concurrence.

La justice climatique peut exiger précisément que nous recherchions des solutions au-delà des limites du droit de l'UE. Le programme de modernisation du TCE ayant déjà été fixé, il y a peu de chances que cela se produise dans les négociations à venir. Les propositions de la Commission ne sont pas convaincantes, même à l'égard de la légalité de l'UE, et à l'égard des aspects liés au climat de la gouvernance énergétique, le processus de modernisation est tout simplement une occasion manquée: si le TCE pouvait devenir un « complément » à l'Accord de Paris, il faudra beaucoup plus que la nouvelle mouture actuellement proposée par la Commission. Dans ce sombre scénario, l'unique lueur d'espoir semble venir – involontairement – d'Urban Rusnák, Secrétaire général du Secrétariat de la Charte de l'énergie, qui a récemment avancé qu'en cas d'échec du processus de modernisation, le TCE pourrait ne pas survivre.<sup>200</sup>

Il pourrait s'agir de la meilleure option de réforme: si le TCE n'a pas d'avenir, nous pourrions précisément en avoir un.



## 5. Notes de fin de document

- <sup>1</sup> Urban Rusnák, interviewé par K. Beckman. 'A new Energy Charter Treaty as a complement to the Paris Agreement on climate change', Borderlex, 18 juin 2020. Disponible sur <https://borderlex.eu/2020/06/18/interview-a-new-energy-charter-treaty-as-a-complement-to-the-paris-agreement-on-climate-change/> [Consulté le 20 juin 2020]
- <sup>2</sup> Lettre ouverte sur le Traité sur la Charte de l'énergie (TCE), 9 décembre 2020. Disponible sur <https://energy-charter-dirty-secrets.org/open-letter/> [Consulté le 20 juin 2020]
- <sup>3</sup> Electrabel SA c/ République de Hongrie, affaire CIRDI n° ARB/07/19, décision sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité, 30 novembre 2012, § 4.6
- <sup>4</sup> Secrétariat de la Charte de l'énergie, 'Energy Charter Treaty (1994)'. Disponible sur <https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/> [Consulté le 20 juin 2020]
- <sup>5</sup> C. Kuzemko, M.F. Keating, et A. Goldthau, *The Global Energy Challenge: Environment, Development and Security* (New York: Palgrave, 2016), p. 85, cité dans K. Tienhaara et C. Downie, 'Risky Business? The Energy Charter Treaty, Renewable Energy, and Investor-State Disputes'. *Global Governance* 24 (2018), p. 454
- <sup>6</sup> Voir de manière générale P. Eberhardt, C. Olivet et L. Steinfort, *One Treaty To Rule Them All: The ever-expanding Energy Charter Treaty and the power it gives corporations to halt the energy transition* (CEO/TNI, juin 2018)
- <sup>7</sup> Pour un bon aperçu de ces affaires et d'autres, voir de manière générale Eberhardt et al., *One Treaty*. Également : Secrétariat de la Charte de l'énergie, *Updated statistics on investment arbitration cases under the Energy Charter Treaty*, 5 juin 2020. Disponible sur <https://www.energycharter.org/media/news/article/updated-statistics-on-investment-arbitration-cases-under-the-energy-charter-treaty/> [Consulté le 20 juin 2020]
- <sup>8</sup> *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c/ République fédérale d'Allemagne* (affaire CIRDI n° ARB/09/6). Demande d'arbitrage, 30 mars 2009 ; *Vattenfall AB et autres c/ République fédérale d'Allemagne (II)* (affaire CIRDI n° ARB/12/12)
- <sup>9</sup> F. Lavopa, 'Crisis, Emergency Measures and the Failure of the ISDS System: The Case of Argentina', *South Centre Investment Policy Brief*, n° 2 (South Centre, juillet 2015). Disponible sur <https://www.southcentre.int/investment-policy-brief-2-july-2015/> [Consulté le 15 juin 2020] ; N. Bernasconi-Osterwalder, S. Brewin, N. Maina, *Protecting Against Investor-State Claims Amidst COVID-19: A call to action for governments*. (Institut international du développement durable, avril 2020) p. 4
- <sup>10</sup> Sur la base des données figurant à l'Annexe 1, 14 sentences en faveur des investisseurs à ce jour s'élèvent à des dettes d'indemnisation de 944,7 millions d'euros (sans compter la sentence Eiser récemment annulée). Ce chiffre n'inclut pas les intérêts ou les coûts, qui représentent en outre des dizaines de millions d'euros. Le passif global pour les recours en attente s'élève à 3,3 milliards d'euros. Toutes les affaires ne sont pas connues et tous les montants réclamés ne sont pas connus pour les affaires rapportées. Saheb a récemment estimé le chiffre le plus élevé de 8,19 milliards d'euros « pour les 37 affaires, pour lesquelles des informations sont publiquement disponibles » (Y. Saheb, *Modernisation of the Energy Charter Treaty: A Global Tragedy at a High Cost for Taxpayers* [OpenExp, janvier 2020]). Ce chiffre semble inclure les recours à la fois réglés et en attente ; dans l'une de ces réclamations (PV Investors), les investisseurs auraient initialement réclamé un total de 1,9 milliard d'euros, mais ont obtenu nettement moins : 91 millions d'euros. Des évaluations antérieures du passif total ont rapproché ce chiffre à 10 milliards de dollars (voir L.E. Peterson, 'As another Spain award looms, four more previously-confidential renewables cases surface; potential liability for all pending claims now exceeds USD\$9.5 billion', *Investment Arbitration Reporter*, 7 février 2018. Disponible sur <https://www.iareporter.com/articles/as-another-spain-award-looms-four-more-previously-confidential-renewables-cases-surface-potential-liability-for-all-pending-claims-now-exceeds-9-5-billion/> [Consulté le 15 juin 2020. Abonnement requis]
- <sup>11</sup> P. Pinzler, 'Warum der Kohleausstieg so teuer ist'. *Die Zeit*, 3 juillet 2020 (en allemand uniquement). Disponible sur <https://www.zeit.de/wirtschaft/2020-07/kohleausstieg-energiewende-leag-rwe-entschaedigung-bundesregierung> [Consulté le 3 juillet 2020]
- <sup>12</sup> Marie-Amélie Brun, 'Sued for acting on climate breakdown?', Bureau européen de l'environnement, 7 novembre 2019. Disponible sur <https://meta.eeb.org/2019/11/07/sued-for-acting-on-climate-breakdown/> [Consulté le 20 juin 2020]
- <sup>13</sup> Art. 47, § 3, Traité sur la Charte de l'énergie [1994] 2080 UNTS 95 (« TCE »)
- <sup>14</sup> La contestation de la clause de survie du TCE n'est pas abordée plus en détail ici, mais mérite peut-être une attention plus particulière. Récemment, Y. Saheb a proposé que l'on peut facilement surmonter la clause de survie du TCE, si les États membres de l'UE conviennent simplement *inter se* (entre eux) de mettre fin à la clause de survie du TCE, mettant ainsi effectivement fin immédiatement aux affaires intra-UE, en l'absence de toute prolongation d'obligations de 20 ans (Saheb, *Modernisation of the ECT*, p.42). Cette stratégie adapte une innovation récente à l'égard de l'extinction mutuelle des TBI intra-UE et leurs clauses de survie (par exemple, Art. 3, Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres de l'Union européenne. SN/4656/2019/INIT, JO L 169, 29.05.2020). Il est à noter que même cette extinction des clauses de survie des TBI intra-UE pourrait faire face à de futures contestations en matière de RDIE. Pour le TCE *multilatéral* cependant, de telles contestations sont raisonnablement certaines, les tribunaux du TCE ayant systématiquement rejeté les arguments fondés sur des dérogations *inter se*. En ce sens, la stratégie de Saheb pour les clauses de survie ne diffère pas de manière significative d'autres objections juridictionnelles intra-UE antérieures soulevées par la Commission à ce jour (point abordé dans la Partie 1). Même si l'UE adoptait sérieusement une telle stratégie, cela pourrait par conséquent aboutir à nouveau aux mêmes résultats, à savoir que les tribunaux entendant des affaires TCE intra-UE l'ignoreront. Le cas échéant, les seules voies d'exécution de l'UE seraient les tribunaux nationaux des États membres et les procédures d'infraction de l'UE. Leur efficacité à l'égard du « blocage » des recours intra-UE au titre du RDIE est actuellement à l'essai (comme abordé dans la Partie 2).



- <sup>15</sup> 80 % investisseurs de pays de l'AELE inclus. Saheb, *Modernisation of the ECT*, p. 5, 42
- <sup>16</sup> Les omissions comprennent des dispositions proposées sur le financement par des tiers, la transparence ou les transferts, ou des règles permettant des interventions par de « tierces parties ».
- <sup>17</sup> Affaire C-284/16 République slovaque c/ Achmea BV/SP [2018] ECLI:EU:C:158 (« Achmea »); Avis 1/17 Accord ECG UE-Canada [2019] ECLI:EU:C:2019:341 (« Avis 1/17 »)
- <sup>18</sup> Voir S. Hindelang, 'The Price for a Seat at the ISDS Reform Table – CJEU's clearance of the EU's investment protection policy in Opinion 1/17 and its impact on the EU constitutional order', in A. Biondi and G. Sanguolo (eds), *Judicial Protection and EU Free Trade Agreements, LAWTTIP Book Series* (Edward Elgar Publishing, forthcoming 2020). Disponible sur [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3548204](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3548204) [Consulté le 15 juin 2020] p.17
- <sup>19</sup> La CJUE peut aborder la question du TCE au titre du droit de l'UE en répondant à une demande de renvoi préjudiciel par la Cour d'appel de Paris en septembre 2019 (affaire C-741/19, concernant le tribunal de la CNUDCI au titre du TCE, *Energoalians SARL c/ République de Moldavie*). Précédemment en 2019, la Cour d'appel de Svea (Stockholm) avait refusé de demander un renvoi préjudiciel de la CJUE « de clarifier si l'article 26 du TCE est applicable entre les États membres de l'Union européenne et, si tel est le cas, si l'article 26 du TCE est compatible avec le droit primaire de l'Union européenne ». (Affaire n° T 4658-18, Cour d'appel de Svea, 25.04.2019)
- <sup>20</sup> C. Cross et V. Kube, *Is the arbitration clause of the Energy Charter Treaty compatible with EU law in its application between EU Member States?* (The Munich Environmental Institute, février 2018), p. 11; également M. Happold et M. De Boeck, 'The European Union and The Energy Charter Treaty: What Next After Achmea?' in M. Andenas, M. Happold et L. Pantaleo (eds), *The European Union as an Actor in International Economic Law* (T.M.C. Asser Press: forthcoming) Disponible sur [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3261590](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3261590) [Consulté le 20 juin 2020] p. 22; J. Kleinheisterkamp, 'Investment Protection and EU Law: The Intra- and Extra-EU Dimension of the Energy Charter Treaty'. *Journal of International Economic Law* 15(1) (2012) pp. 105 – 106.
- <sup>21</sup> Avis 1/17, § 117
- <sup>22</sup> Art. 216.2, Version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne [2016] JO C326/47 (« TFUE »)
- <sup>23</sup> Commission européenne, proposition de texte de l'UE pour la modernisation du traité sur la Charte de l'énergie (TCE). 27 mai 2020. Disponible sur [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc\\_158754.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc_158754.pdf) [Consulté le 10 juin 2020] (« Proposition de l'UE portant sur la modernisation du TCE »)
- <sup>24</sup> Partie V [TCE] Règlement des différends, proposition de l'UE portant sur la modernisation du TCE, p. 15
- <sup>25</sup> Voir de manière générale Love Rönnelid, *Research Report: An Evaluation of the Proposed Multilateral Investment Court System* (GUE/NGL, octobre 2018)
- <sup>26</sup> Dans l'Avis 1/17, la CJUE a souligné les exigences d'indépendance et d'impartialité pour les futurs membres des tribunaux du SJI, reprises dans les dispositions de l'AECEG relatives aux conditions de nomination (durée et expertise), de rémunération ainsi que sur la déontologie, la conduite et les conflits d'intérêts des arbitres. Voir §§ 223, 230-1, 238 et 242, renvoyant aux art. 8.27 à 8.31 de l'AECEG.
- <sup>27</sup> Voir dans l'Avis 1/17 la discussion concernant le risque que l'AECEG nuise à l'effectivité du droit de la concurrence de l'UE. §§ 54 – 55. Dans le cadre des négociations du TTIP, la Commission a également noté que des conflits similaires à l'affaire Micula avec la législation de l'UE concernant les aides d'État pourraient être évités en excluant les réclamations découlant de l'arrêt des subventions. Voir la note de synthèse de la Commission européenne intitulée « L'investissement dans le TTIP et au-delà – La voie de la réforme » (5 mai 2015). Disponible sur [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc\\_153408.PDF](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF) [Consulté le 4 mai 2020]
- <sup>28</sup> Le TCE prévoit une gamme limitée d'exceptions politiques publiques aux engagements de protection des investissements, à savoir : des mesures « nécessaires » à la protection des intérêts essentiels en matière de sécurité, le respect de politiques de non-prolifération (art. 24.3) ou « au maintien de l'ordre public », ou des mesures « nécessaires » à la protection de la vie ou de la santé des hommes, des animaux ou des plantes [art. 24.2 b)]. Toutefois, aucune série d'exceptions ne peut s'appliquer aux obligations des parties contractantes de fournir aux investisseurs une sécurité et une protection totales (art. 12) ou à une protection contre l'expropriation (art. 13). En revanche, au titre du droit de l'UE, « toutes les libertés fondamentales du marché intérieur (c'est-à-dire aussi la libre circulation des biens, des travailleurs et des capitaux) sont soumises à de telles exceptions politiques publiques » : Jan Kleinheisterkamp, 'Investment Protection and EU Law: The Intra- and Extra-EU Dimension of the Energy Charter Treaty'. *Journal of International Economic Law* 15(1), 85-109 (2012), 91. Voir également J. Kokott & C. Sobotta, 'Investment Arbitration and EU Law', *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 18 (2016)
- <sup>29</sup> Les dispositions relatives au transfert de capitaux du TCE sont en grande partie équivalentes à celles de plusieurs TBI extra-UE qui ont fait l'objet d'une procédure d'infraction en 2009. La CJUE a estimé que trois États membres – l'Autriche, la Suède et la Finlande – étaient responsables de ne pas avoir éliminé les incompatibilités entre le TFUE (art. 64, § 2, 66 et 75) et ces dispositions de TBI. Affaires C-205/06, Commission c/ Autriche, ECLI:EU:C:2009:118; C-249/06, Commission c/ Suède, ECLI:EU:C:2009:119; C- 118/07, Commission c/ Finlande, ECLI:EU:C:2009:715. Voir la discussion dans T. Roe et M. Happold, 'Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty', *Cambridge University Press*, 2011, p. 89; T. Eilmansberger, 'Bilateral Investment Treaties and EU Law' (2009) 48 *Common Market Law Review* 383 at 411-12; G. Coop, 'Energy Charter Treaty and the European Union: Is Conflict Inevitable?', *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 27:3, 404-419, (2009) p. 418
- <sup>30</sup> N. Basener, *Investment Protection in the European Union: Considering EU law in investment arbitrations arising from intra-EU and extra-EU bilateral investment agreements* (Nomos Verlag, 2017) p. 155
- <sup>31</sup> Conseil de l'Union européenne, Directives de négociation pour la modernisation du Traité sur la Charte de l'énergie, Bruxelles, 2 juillet 2019, pp. 3 – 4
- <sup>32</sup> Options politiques proposées pour la modernisation du TCE, Décision de la Conférence sur la Charte de l'énergie, Bruxelles, 6 octobre 2019. CCDEC 2019

- <sup>33</sup> Saheb, *Modernisation of the ECT*, p.42
- <sup>34</sup> Confédération syndicale internationale, *Summary of the proceedings and trade union advocacy to the 38th session of UNCITRAL's Working Group III on ISDS Reform*, 14–18 octobre 2019, Siège de l'ONU, Vienne
- <sup>35</sup> J.R. Basedow, 'The Achmea Judgment and the Applicability of the Energy Charter Treaty in Intra-EU Investment Arbitration'. *Journal of International Economic Law* 23 (2020) p. 289
- <sup>36</sup> Par exemple, *RREEF Infrastructure (GP) Limited et RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux SARL c/ Royaume d'Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/13/30. Décision sur la compétence, 6 juin 2016, § 85; *Watkins Holdings SARL e.a c/ Royaume d'Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/15/44. Sentence, 21 janvier 2020, §§ 197 – 202
- <sup>37</sup> Art. 19, Version consolidée du Traité sur l'Union européenne [2012] JO C 326/13 ; art. 251 – 281 et art. 344 du TFUE
- <sup>38</sup> Avis 1/17, §§ 106 – 11
- <sup>39</sup> Art. 267 du TFUE
- <sup>40</sup> *Achmea*, §§ 56 – 9
- <sup>41</sup> *Ibid.* §§ 40 – 2. Il convient de noter que le TBI Achmea (art. 10, §§ 5 et 7) est considérablement plus vague que le TCE à l'égard du droit applicable, conformément au pouvoir du tribunal de « déterminer sa propre procédure » et de rendre un jugement « sur la base du [TBI] et d'autres accords pertinents entre les deux parties contractantes, les principes généraux du droit international, ainsi que les règles générales de droit comme le tribunal le juge applicable ».
- <sup>42</sup> Avis 1/17, § 107
- <sup>43</sup> Hindelang, 'The Price for a Seat', p. 7
- <sup>44</sup> S. Gáspár-Szilágyi, 'Between fiction and reality: The external autonomy of EU law as a 'shapeshifter' after Opinion 1/17' (à paraître, en filière auprès de l'auteur), p. 5
- <sup>45</sup> Déclaration des représentants des gouvernements des États membres du 15 janvier 2019 relative aux conséquences juridiques de l'arrêt *Achmea* et à la protection des investissements, Disponible sur [https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_en) [Consulté le 15 juin 2020]
- <sup>46</sup> *The PV Investors c/ Royaume d'Espagne*, affaire CPA n° 2012-14. Sentence finale, 28 février 2020, § 547
- <sup>47</sup> Avis 1/17, § 118
- <sup>48</sup> Voir Hindelang, 'The Price for a Seat', note de bas de page 34; Happold et De Boeck, 'EU and TCE', pp. 11 – 13
- <sup>49</sup> *Achmea*, § 41
- <sup>50</sup> Art. 26.6 du TCE
- <sup>51</sup> Art. 26.6, Proposition de l'UE portant sur la modernisation du TCE, p. 16
- <sup>52</sup> Voir art. 8.31.1-2 de l'AECG ; Avis 1/17, §§ 106, 118, 131
- <sup>53</sup> Gáspár-Szilágyi, 'Between fiction and reality', p. 12; S. Gáspár-Szilágyi et M. Usynin, 'The Uneasy Relationship between Intra-EU Investment Tribunals and the Court of Justice's Achmea Judgment', *European Investment Law and Arbitration Review* (Vol. 4, Décembre. 2019); A. Van Den Berghe, 'The Commission's draft proposal for the modernisation of the Energy Charter Treaty: Legal briefing', ClientEarth, Avril 2020, note de bas de page 9
- <sup>54</sup> Hindelang décrit *Eskosol* et d'autres tribunaux comme affichant une « hostilité pure et simple » à l'application du droit de l'UE (voir Hindelang, 'The Price for a Seat', p. 10); *Eskosol S.p.A. in liquidazione c/ République italienne*, affaire CIRDI n° ARB/15/50. Décision sur la demande d'extinction et objection intra-UE, 7 mai 2019, § 115–130.
- <sup>55</sup> Par exemple: *Maffezini c/ Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/97/7; *Safa c/ Grèce*, affaire CIRDI n° ARB/16/20; *Flemingo DutyFree c/ Pologne*, CNUDCI, Sentence, 12 août 2016; *Gazprom c/ Lituanie*, affaire CPA n° 2011-16 (2012). Voir discussion dans L. Ankersmit et L. Hughes, *Implications of Achmea: How the Achmea Judgment Impacts Investment Agreements with Non-EU Countries* (ClientEarth/CIEL, avril 2018), p. 5
- <sup>56</sup> *RREEF c/ Espagne*, Décision sur la compétence, § 73; *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC et Schwab Holding AG c/ Royaume d'Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/15/36. Sentence, 6 septembre 2019, §§ 330 – 331
- <sup>57</sup> Art. 27, Convention de Vienne sur le droit des traités, 1155 RTNU 331 (« CVDT »)
- <sup>58</sup> *AES Summit Generation Limited et AES-Tisza Erömü Kft c/ République de Hongrie*, affaire CIRDI n° ARB/07/22, Sentence, 23 septembre 2010, §§ 7.6.5 – 7.6.6.
- <sup>59</sup> Art. 46, CVDT
- <sup>60</sup> Art 30, CVDT
- <sup>61</sup> *OperaFund c/ Espagne*, Sentence, § 319
- <sup>62</sup> On peut se demander si (et comment) l'art. 351 du TFUE devrait s'appliquer au TCE ou à la Convention CIRDI. La CJUE a statué que l'article 351 du TFUE ne préserve pas les droits ou obligations entre les États membres (affaire 10/61 *Commission c/ Italie* ECLI:EU:C:1962:2). Mais la Cour suprême du Royaume-Uni a récemment statué que, bien que l'article 351 du TFUE puisse uniquement s'appliquer s'il existe des obligations au titre du traité antérieur dues à un État non membre, cela « n'impose pas une exigence supplémentaire que le différend particulier devant le tribunal porte sur des activités ou des transactions extra-UE ». En outre, « l'existence et l'étendue des obligations au titre de traités antérieurs, dans le contexte de l'art. 351 du TFUE, ne sont pas réservées aux tribunaux de l'UE » et l'UE n'étant même pas partie à la Convention CIRDI, la CJUE devrait s'en remettre aux « tribunaux internes du Royaume-Uni en qualité d'État contractant » concernant l'interprétation de la Convention. Voir *Micula e.a. c/ Roumanie* [2020] CSRU 5, §§ 100, 112, 116.
- <sup>63</sup> Happold et De Boeck, 'EU and ECT', p.16; Cross & Kube, 'Arbitration clause of the ECT', p. 31
- <sup>64</sup> *Electrabel c/ Hongrie*, Décision sur la compétence, § 4.78, citant les observations de la Hongrie
- <sup>65</sup> À la lumière de l'art. 16 du TCE, l'art. 41 de la CVDT exclut probablement toute règle de la *lex posterior* à l'article 30 de la CVDT.
- <sup>66</sup> *Charanne B.V. et Construction Investments SARL c/ Royaume d'Espagne*, affaire CCS n° 062/2012. Sentence finale, 21 janvier 2016, § 438; *RREEF c/ Espagne*, Décision sur la compétence, §§ 82 – 87; *RREEF c/ Espagne*, Sentence, 11 décembre 2019, § 75; *OperaFund c/ Espagne*, Sentence, § 327; *Eiser Infrastructure Limited et Energia Solar Luxembourg SARL c/ Royaume d'Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/13/36. Sentence, 4 mai 2017, § 202; *Stadtwerke München GmbH e. a. c/ Royaume d'Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/15/1, Sentence, 2 décembre 2019, § 145-6; *SolEs Badajoz GmbH c/ Royaume d'Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/15/38. Sentence, 31 juillet 2019, §§ 164 – 5

- <sup>67</sup> *Electrabel c/ Hongrie*, Décision sur la compétence, § 4.105, citant l'observation de la CE
- <sup>68</sup> Décision de la Commission européenne du 10 novembre 2017 relative à l'aide d'État SA.40348 (2015/NN) — Espagne: Soutien à la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables et de déchets ainsi que par cogénération. C(2017) 7384 final, § 161 (« Décision CE 2017 (Espagne) »)
- <sup>69</sup> *OperaFund c/ Espagne*, Sentence, § 317.
- <sup>70</sup> *Achmea*, § 32 et jurisprudence de la CJUE citée par la Cour
- <sup>71</sup> Avis 1/17, § 74, 132 et 140, renvoyant à l'art. 8.21 de l'AECG. Il convient de noter que l'évaluation positive de la CJUE a négligé une lacune importante dans l'AECG: lorsque l'UE ne parvient pas à déterminer le défendeur approprié dans un délai de 50 jours, l'investisseur a le droit de déterminer le défendeur approprié en fonction du fait que les mesures contestées sont « exclusivement » celles d'un État membre ou incluent également des « mesures de l'Union européenne » (art. 8.21.4 – 5 de l'AECG). Compte tenu de l'importance accordée à la répartition interne des responsabilités par l'UE, il est surprenant que cette disposition ait été jugée acceptable. Voir Hindelang, 'The Price for a Seat', p. 6
- <sup>72</sup> C. Kovács, *Attribution in International Investment Law* (Kluwer Law, 2018) § 9.03; Cross et Kube, 'Arbitration clause of the ECT', p. 10
- <sup>73</sup> Déclaration communiquée au Secrétariat de la Charte de l'énergie en application de l'article 26, paragraphe 3, point b) sous ii), du TCE, 9 mars 1998, JO L 69/115: « Le cas échéant, à la demande de l'investisseur, les Communautés et les États membres concernés procèderont à cette désignation dans un délai de trente jours ». Également note de bas de page 1: « Sans préjudice du droit de l'investisseur d'intenter une procédure contre les Communautés et leurs États membres. »
- <sup>74</sup> Art. 13.1 du TCE
- <sup>75</sup> Avis 1/17, §§ 157-158
- <sup>76</sup> Art. 10, § 1, Proposition de l'UE portant sur la modernisation du TCE, pp. 5 – 6. Ces dispositions sont équivalentes à celles visées à l'art. 8.10 de l'AECG
- <sup>77</sup> Art. 8.10, § 3, de l'AECG
- <sup>78</sup> Annexe X (Expropriation), Proposition de l'UE portant sur la modernisation du TCE, p. 7; cf. Annexe 8-A de l'AECG. La seule modification de l'annexe de l'AECG est que la proposition de TCE omet toute référence à une action portant atteinte à « des attentes distinctes et raisonnables sous-tendant l'investissement ». En tout état de cause, de telles attentes informent généralement des évaluations des violations de la norme de TJE plutôt que l'expropriation réglementaire.
- <sup>79</sup> García Castrillon résume l'approche de la CJUE comme suit: « Les éléments qui doivent être mis en équilibre sont les suivants: les attentes légitimes des parties intéressées doivent découler d'actes concrets qui créent objectivement de telles attentes et qui fournissent des garanties spécifiques, inconditionnelles et cohérentes conformément au droit applicable; les opérateurs économiques ne peuvent pas avoir d'attentes légitimes dans la poursuite d'une situation soumise à l'exercice discrétionnaire du pouvoir par les autorités publiques, en particulier dans des domaines qui exigent une adaptation constante à la situation économique ou qui répondent à des situations exceptionnelles ou transitoires, ainsi qu'à la nécessité d'agir dans l'intérêt général; l'imprévisibilité des changements normatifs qui ont conduit à l'éventuelle frustration des attentes légitimes d'un opérateur prudent lors de la prise en compte des circonstances du marché ou du secteur économique; et les changements normatifs doivent tenir compte des situations spécifiques de ces opérateurs économiques et fournir des adaptations qui minimisent, compensent ou rééquilibrent les attentes légitimes frustrées à travers des mesures de substitution proportionnelles aux objectifs énoncés ». C.O. García Castrillón, *Spain and Investment Arbitration: The Renewable Energy Explosion. Investor-State Arbitration Series Paper No. 17* (Centre for International Governance Innovation, novembre 2016) p. 9
- <sup>80</sup> Décision CE 2017 (Espagne), § 164
- <sup>81</sup> C. Cross, *Investor protection in CETA: Gold standard or missed opportunity?* (International Centre for Trade Union Rights – Greenpeace, octobre 2016), pp. 7 – 9
- <sup>82</sup> Ce programme, nommé *Feed-in-tariffs* en anglais, est également appelé par la Commission européenne *premium economic scheme*
- <sup>83</sup> Pour une discussion concise de ces sentences, voir N. Briercliffe et D. Ingle, 'Dispute Resolution in the European Energy Sector', in T. Soliman Hunter et al (éd.), *Routledge Handbook of Energy Law* (Routledge 2020).
- <sup>84</sup> García Castrillón ajoute que les réclamations ont même entraîné une fuite des cerveaux: une douzaine de procureurs d'État espagnols ont temporairement abandonné leurs fonctions administratives afin de travailler pour les cabinets d'avocats représentant les investisseurs. Voir *Spain and Investment Arbitration*, p. 18
- <sup>85</sup> Selon Eberhardt et al, pas moins de 88 % des réclamations. *One Treaty*, p. 45
- <sup>86</sup> K. Tienhaara et C. Downie, 'Risky Business? The Energy Charter Treaty, Renewable Energy, and Investor-State Disputes'. *Global Governance* 24 (2018), pp. 458 – 9
- <sup>87</sup> See Saheb, *Modernisation of the ECT*, p. 14; P. Pérez-Salido, 'Royal Decree-Law 17/2019: An Opportunity for Spain to Leave Behind the Renewable Energy Arbitrations?' *Kluwer Arbitration Blog*, 30 décembre 2019. Disponible sur [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/12/30/royal-decree-law-17-2019-an-opportunity-for-spain-to-leave-behind-the-renewable-energy-arbitrations/?doing\\_wp\\_cron=1592306511.2984879016876220703125](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/12/30/royal-decree-law-17-2019-an-opportunity-for-spain-to-leave-behind-the-renewable-energy-arbitrations/?doing_wp_cron=1592306511.2984879016876220703125) [Consulté le 15 juin 2020]
- <sup>88</sup> P. Nacimiento, 'The Energy Charter Treaty', in B. Legum (éd.), *Investment Treaty Arbitration Review: Third Edition* (Law Business Research Ltd, 2018), pp. 331 – 2
- <sup>89</sup> N.B. Les requérants dans l'affaire *Charanne* ont uniquement contesté les modifications apportées au Régime spécial en 2010. Les affaires suivantes se sont concentrées sur les *mesures* 2013–2014.
- <sup>90</sup> *Charanne c/ Espagne*, Sentence finale, § 493
- <sup>91</sup> *OperaFund c/ Espagne*, Award, § 513; *Foresight Luxembourg Solar 1 S.Á.R.L et al c/ Royaume d'Espagne*, SCC Cas No. 2015/150. Sentence, 14 Novembre 2018, § 553; *Novenergia II – Energy & Environment (SCA), SICAR c/ Royaume d'Espagne*, affaire SCC N° 063/2015. Sentence arbitrale finale, 15 février 2018, §§ 553-4

- <sup>92</sup> *OperaFund c/ Espagne*, Sentence, § 485; *9REN Holding SARL c/ Royaume d'Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/15/15, Sentence, 31 mai 2019, § 257; *Watkins c/ Espagne*, Sentence, § 527
- <sup>93</sup> Les tribunaux *Novenergia* et *Masdar* ont considéré que la disposition (art. 17, point c, du DR 661/2007, exigeant l'enregistrement au Registro Administrativo de Instalaciones de Producción en Régimen Especial ou «RAIPRE») créait un tel engagement. Le tribunal *NextEra* a expressément rejeté cette interprétation. Voir *Novenergia II c/ Espagne*, Sentence arbitrale finale, §§ 665 – 667; *Masdar Solar et Wind Cooperatief UA c/ Royaume d'Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/14/1. Sentence, 16 mai 2018, §§ 512 – 521; *NextEra Energy Global Holdings BV et NextEra Energy Spain Holdings BV c/ Royaume d'Espagne*, Affaire CIRDI n° ARB/14/11, Sentence, 31 mai 2019, § 585
- <sup>94</sup> *Eiser c/ Espagne*, Sentence, § 363; *Foresight c/ Espagne*, Sentence, § 336; *Stadtwerke c/ Espagne*, Sentence, § 198
- <sup>95</sup> *Eiser c/ Espagne*, Sentence, § 363 – 5; *Novenergia II c/ Espagne*, Sentence arbitrale finale, § 695; *REEF c/ Espagne*, Sentence, § 337; *NextEra c/ Espagne* Sentence, § 599
- <sup>96</sup> *Stadtwerke c/ Espagne*, Sentence, §§ 258–26
- <sup>97</sup> *Ibid.* et § 364
- <sup>98</sup> Jugement de la Section 3 de la Cour suprême espagnole du 15 décembre 2005, appel n° 73/2004; jugement de la Section 3 de la Cour suprême du 25 octobre 2006, appel n° 12/2005. Voir discussion dans *PV Investors*, Sentence finale, §§ 605–606
- <sup>99</sup> *Charanne c/ Espagne*, Sentence finale, §§ 504, 514, 804
- <sup>100</sup> *Isolux Infrastructure Netherlands BV c/ Royaume d'Espagne*, affaire CCS n° 2013/153. Sentence, 12 juillet 2016, § 787
- <sup>101</sup> *PV Investors*, Sentence finale, §§ 612, 616, 647. Également sur la question de la diligence raisonnable: *Charanne c/ Espagne*, Sentence finale, § 504; *Stadtwerke c/ Espagne*, Sentence, §§ 277–8
- <sup>102</sup> *Watkins c/ Espagne*, Sentence, § 654. Voir l'opinion particulièrement dissidente de Prof. Dr Hélène Ruiz Fabri, *Watkins c/ Espagne* Désaccord sur la responsabilité et le montant, 21 janvier 2020, §§ 11–12
- <sup>103</sup> Avis 1/17, § 150
- <sup>104</sup> Cela comprend des mesures concernant «la protection de l'ordre public ou la sécurité publique, de la moralité publique, de la santé et de la vie des personnes et des animaux, de l'innocuité alimentaire, des végétaux et de l'environnement, du bien-être au travail, de la sécurité des produits, des consommateurs ou encore des droits fondamentaux». Voir Avis 1/17, §§ 160 et 154, renvoyant aux art. 8.9.1-2 de l'AECG.
- <sup>105</sup> Principalement, des articles non numérotés sur les thèmes «mesures réglementaires» et «développement durable – droit de réglementer et niveaux de protection», Proposition de l'UE portant sur la modernisation du TCE, pp. 4, 10
- <sup>106</sup> Hindelang, 'The Price for a Seat', p. 9
- <sup>107</sup> Par exemple, *Eiser c/ Espagne*, Sentence, §§ 362, 371; *Foresight c/ Espagne*, Sentence, § 364; *9REN c/ Espagne*, Sentence, § 253
- <sup>108</sup> Avis 1/17, § 144
- <sup>109</sup> Une exception notable est *Bernhard von Pezold e.a. c/ République du Zimbabwe*, affaire CIRDI n° ARB/10/15, Sentence, 28 juillet 2015
- <sup>110</sup> Avis 1/17, §§ 149–150
- <sup>111</sup> Basedow, 'The Achmea Judgment', p. 290
- <sup>112</sup> Notamment *Isolux et Charanne*. Les deux demandes n'ont pas abouti, mais n'ont pas été exclues pour cause de *nationality shopping*. Voir Eberhardt et al, *One Treaty*, p. 45
- <sup>113</sup> R. Power, Clyde & Co, 'Brexit, the Energy Charter Treaty and Achmea: A ray of light?', *Energy Voice*, 02/01/2019. Disponible sur <https://www.energyvoice.com/opinion/189343/brexit-the-energy-charter-treaty-and-achmea-a-ray-of-light/> [Consulté le 15 juin 2020]; W. Wyss, 'Achmea-Earthquake – Time to Consider a Swiss Solution', Lexology. Disponible sur <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=475fa99b-9c5c-4800-bc68-c854cd806525> [Consulté le 15 juin 2020, abonnement requis]
- <sup>114</sup> Power, 'Brexit, ECT and Achmea'
- <sup>115</sup> Art. 1, § 7, point a) sous ii) et note de bas de page 2, Proposition de l'UE portant sur la modernisation du TCE, p. 3
- <sup>116</sup> Nouvel article: Recours abusifs [placement à décider], Proposition de l'UE portant sur la modernisation du TCE, p. 16. cf. Art. 8.32 et 8.33 de l'AECG
- <sup>117</sup> Conseil de l'Union européenne, Directives de négociation pour la modernisation du traité sur la Charte de l'énergie, Bruxelles, 2 juillet 2019, p. 4
- <sup>118</sup> T. Voon, A. Mitchell et J. Munro, 'Legal Responses to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration'. *Journal of International Dispute Settlement* 2014 5, p. 67
- <sup>119</sup> Art. 17, Proposition de l'UE portant sur la modernisation du TCE, p. 9
- <sup>120</sup> *Plama Consortium Limited c/ République de Bulgarie*, affaire CIRDI n° ARB/03/24, Sentence, 27 août 2008, §§ 147 – 9
- <sup>121</sup> Voir discussion K. Hobér, 'Overview of Energy Charter Treaty Cases', in M. Scherer (ed.), *International Arbitration in the Energy Sector* (Oxford University Press, 2018) pp. 188–192
- <sup>122</sup> *Yukos Universal Limited (Île de Man) c/ Fédération de Russie*, CNUDCI, affaire CPA n° 2005-04/AA227, Sentence provisoire sur la compétence et l'admissibilité, 30 novembre 2009, §§ 543–555
- <sup>123</sup> Art 1, § 6, Proposition de l'UE portant sur la modernisation du TCE, p. 2
- <sup>124</sup> 26.4 [FN1], Proposition de l'UE portant sur la modernisation du TCE, p. 15
- <sup>125</sup> Tel que cité dans la décision de la Commission européenne (2015/1470) du 30 mars 2015 concernant l'aide d'État SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) mise en œuvre par la Roumanie – Sentence arbitrale dans l'affaire Micula/Roumanie du 11 décembre 2013. C(2015) 2112 Sentence finale, § 25 («Décision CE 2015 [Roumanie]»)
- <sup>126</sup> *Ibid.*, Art. 1<sup>er</sup>
- <sup>127</sup> Arts. 107 et 108 du TFUE ; décision CE 2015 (Roumanie), § 104



- <sup>128</sup> Affaires T-624/15, T-694/15 et T-704/15 *European Food SA e.a. c/ Commission européenne* [2019] EU:T:2019:423, §§ 78 – 79, 86
- <sup>129</sup> *Ibid.* §§ 91, 108
- <sup>130</sup> *Ibid.*, § 103. Également C. Tietje et C. Wackernagel, 'Outlawing Compliance? – The Enforcement of intra-EU Investment Awards and EU State Aid Law'. No. 41 Policy Papers on Transnational Economic Law (2014), p. 7; T. Kende, 'Arbitral Awards Classified as State Aid under European Union Law', *ELTE Law Journal* 2015 1, p. 43
- <sup>131</sup> *European Food c/ Commission*, § 101: «Premièrement, il doit s'agir d'une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État. Deuxièmement, cette intervention doit être susceptible d'affecter les échanges entre États membres. Troisièmement, elle doit accorder un avantage à son bénéficiaire. Quatrièmement, elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence.»
- <sup>132</sup> Décision CE 2015 (Roumanie), § 118
- <sup>133</sup> *Micula e.a. c/ Roumanie* [2020] CSRU 5, §§ 100, 112, 116
- <sup>134</sup> G. Croissant, 'Micula Case: The UK Supreme Court Rules That The EU Duty Of Sincere Co-operation Does Not Affect The UK's International Obligations Under The ICSID Convention', Kluwer Arbitration Blog, 20 février 2020. Disponible sur [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/02/20/micula-case-the-uk-supreme-court-rules-that-the-eu-duty-of-sincere-co-operation-does-not-affect-the-uks-international-obligations-under-the-icsid-convention/?doing\\_wp\\_cron=1592903569.9045419692993164062500](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/02/20/micula-case-the-uk-supreme-court-rules-that-the-eu-duty-of-sincere-co-operation-does-not-affect-the-uks-international-obligations-under-the-icsid-convention/?doing_wp_cron=1592903569.9045419692993164062500) [Consulté le 20 juin 2020]; A. Stanic, 'Enforcement of Intra-EU BIT and ECT Awards in the UK Post Micula', Kluwer Arbitration Blog, 25 avril 2020. Disponible sur [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/25/enforcement-of-intra-eu-bit-and-ect-awards-in-the-uk-post-micula/?doing\\_wp\\_cron=1592903574.0474169254302978515625](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/25/enforcement-of-intra-eu-bit-and-ect-awards-in-the-uk-post-micula/?doing_wp_cron=1592903574.0474169254302978515625) [Consulté le 20 juin 2020]
- <sup>135</sup> Le montant « reflète la somme totale des paiements de compensation nets effectués par la Roumanie, en plus des intérêts avant jugement au 2 novembre 2018, au taux identifié dans la sentence » voir Affaire n° 17-cv-02332 (APM) *Micula v. Romania* (I), Memorandum Opinion of the United States District Court for the District of Columbia, 11 septembre 2019. 404 F. Supp. 3d 265 (D.D.C. 2019) § 60; également Affaire n° 19-7127, Judgment of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 19 mai 2020
- <sup>136</sup> [Nouvel article] Mesures réglementaires, Proposition de l'UE portant sur la modernisation du TCE, pp. 4 – 5
- <sup>137</sup> Décision de la Commission européenne du 10 novembre 2017 relative à l'aide d'État SA.40348 (2015/NN) – Espagne: Soutien à la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables et de déchets ainsi que par cogénération. C(2017) 7384 Sentence finale (« Décision CE 2017 [Espagne] »)
- <sup>138</sup> Décision CE 2017 (Espagne), § 156
- <sup>139</sup> *Ibid.* § 83
- <sup>140</sup> D. Busse et S. Lange, 'European Law and Investment Treaties', in B. Legum (ed.), *Investment Treaty Arbitration Review: Third Edition* (Law Business Research Ltd, 2018) p. 346.
- <sup>141</sup> F. Montanaro, "'Ain't No Sunshine": Photovoltaic Energy Policy in Europe at the Crossroads Between EU Law and Energy Charter Treaty Obligations', in *International Economic Law: Contemporary Issues*, édité par G. Adinolfi et al. Springer 2017, p. 224.
- <sup>142</sup> *OperaFund c/ Espagne*, Sentence, § 442; *PV Investors*, Sentence finale, § 635.
- <sup>143</sup> *OperaFund c/ Espagne*, Sentence, § 485; *9REN c/ Espagne*, Sentence, § 257; *Watkins c/ Espagne* Sentence, § 527; *Novenergia II c/ Espagne* Sentence arbitrale finale, §§ 665 – 667; *Masdar c/ Espagne*, Sentence, §§ 512 – 52
- <sup>144</sup> *PV Investors*, Sentence finale, § 637
- <sup>145</sup> Voir Allen & Overy, 'Increased enforcement risk in intra-EU investment treaty arbitration'. Disponible sur <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/legal-and-regulatory-risks-for-the-finance-sector/europe/increased-enforcement-risk-in-intra-eu-investment-treaty-arbitration> [Consulté le 20 juin 2020]
- <sup>146</sup> *OperaFund c/ Espagne*, Sentence, § 336
- <sup>147</sup> *Avis 1/17*, § 86
- <sup>148</sup> *Ibid.*, § 185
- <sup>149</sup> *Ibid.* §§ 86, 185-6, citant en particulier les art. 8.9 et 17.2 de l'AECG
- <sup>150</sup> *Electrabel c/ Hongrie*, Décision sur la compétence, §§ 4,137-4,141
- <sup>151</sup> *Electrabel c/ Hongrie*, Décision sur la compétence, § 5.16; *Eskosol c/ Italie* Décision sur la demande d'extinction, § 232-4
- <sup>152</sup> Allen et Overy, 'Increased enforcement risk in intra-EU investment treaty arbitration'. Disponible sur <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/legal-and-regulatory-risks-for-the-finance-sector/europe/increased-enforcement-risk-in-intra-eu-investment-treaty-arbitration> [Consulté le 20 juin 2020]
- <sup>153</sup> Figurent parmi eux: l'Argentine, le Kazakhstan, le Kirghizistan, la Russie, la Thaïlande et le Zimbabwe. Une étude de 2008 a estimé que la conformité volontaire avec les sentences d'investissement est survenue dans 90% des affaires: L. Mistelis et C. Baltag, 'Recognition and Enforcement of Arbitral Awards and Settlement in International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices', 19 *American Review of International Arbitration* (2008) pp. 319, 324. Voir également O. Gerlich, 'State Immunity from Execution in the Collection of Awards Rendered in International Investment Arbitration: The Achilles' Heel of the Investor-State Arbitration System?' 26/1 *American Review of International Arbitration* (2015), p. 48 ; A. K. Bjorklund, 'Sovereign Immunity as a Barrier to the Enforcement of Investor-State Arbitral Awards: The Re-Politicization of International Investment Disputes' 21 *American Review of International Arbitration* (2010), pp. 213 – 4
- <sup>154</sup> Article 26, § 4, du TCE
- <sup>155</sup> Convention de 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, 575 RTNU 159 (« Convention CIRDI »); Convention de 1959 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 330 RTNU 3 (« Convention de New York »)

- <sup>156</sup> Dans *Achmea*, la Cour a noté que les tribunaux du RDIE constitués dans le cadre du TBI Pays-Bas/Slovaquie seraient libres de déterminer leur « propre procédure appliquant les règles d'arbitrage de la CNUDCI » et de choisir son siège d'arbitrage (art. 8, § 5, du TBI), déterminant ainsi à la fois si la sentence arbitrale sera même soumise à un contrôle par le tribunal d'un État membre de l'UE et la norme de contrôle judiciaire applicable au titre du droit interne de l'État (§§ 52 – 55).
- <sup>157</sup> Comme souligné dans la présentation de la Commission devant les tribunaux du TCE, voir : *OperaFund c/ Espagne*, Sentence, § 377
- <sup>158</sup> Article 5, § 2, points a) et b), de la Convention de New York
- <sup>159</sup> Toutefois, « [l]a valeur d'une injonction ou d'une décision de la Commission européenne relative aux aides d'État peut être assez limitée dans les États qui sont de tierces parties au [TFUE]. » T. Kende, 'Arbitral Awards', p. 56
- <sup>160</sup> *Electrabel c/ Hongrie*, Décision sur la compétence, § 4,199
- <sup>161</sup> Certains chercheurs suggèrent que les États membres pourraient néanmoins contrôler ou refuser d'exécuter les sentences du CIRSI. C.H. Schreuer *et al*, 'Article 54 – Enforcement', *The ICSID Convention* (Cambridge University Press, 2009), 1115 – 1150, § 91 ; Hanno Wehland, 'The Enforcement of Intra-EU BIT Awards: Micula v Romania and Beyond' (2016) 17 *The Journal of World Investment & Trade* 942, 959, 961–962.
- <sup>162</sup> Art. 52 et 53, § 1, du CIRDI
- <sup>163</sup> *Electrabel c/ Hongrie*, Décision sur la compétence, § 5,19
- <sup>164</sup> Notamment l'art. 9.16 de l'accord de libre-échange entre l'UE et Singapour. Voir Avis de l'avocat général Wathelet, Affaire C-284/16, *Slowakische Republik c/ Achmea*, ECLI:EU:C:2017:699, note de bas de page 199
- <sup>165</sup> P. Pérez-Salido, 'Enforceability of Intra-EU Awards at the U.S. District Court for the District of Columbia: The Spanish Cases', *Kluwer Arbitration Blog*, 21 juin 2020. Disponible sur [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/06/21/enforceability-of-intra-eu-awards-at-the-u-s-district-court-for-the-district-of-columbia-the-spanish-cases/?doing\\_wp\\_cron=1593514466.1786530017852783203125](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/06/21/enforceability-of-intra-eu-awards-at-the-u-s-district-court-for-the-district-of-columbia-the-spanish-cases/?doing_wp_cron=1593514466.1786530017852783203125) [Consulté le 20 juin 2020]
- <sup>166</sup> Bjorklund, 'Sovereign Immunity', p. 213
- <sup>167</sup> Art. 54, § 3 et 54, de la Convention CIRDI
- <sup>168</sup> Bjorklund, 'Sovereign Immunity', pp. 211, 213, 228 ; C. Annacker, L. Achouk-Spivak, Z. Bouraoui, 'ICSID Awards' in E. Gaillard et G.E. Kaiser (éd.), *The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards* May (Law Business Research Ltd, 2019)
- <sup>169</sup> *Eiser Infrastructure Ltd c/ Royaume d'Espagne* [2020] FCA 157
- <sup>170</sup> S. Perry, 'Spain solar awards enforced in Australia', *Global Arbitration Review*, 24 février 2020. Disponible sur <https://globalarbitrationreview.com/article/1214857/spain-solar-awards-enforced-in-australia> [Consulté le 20 juin 2020, abonnement requis]
- <sup>171</sup> F. Bannon et W. Stefanidis, 'Path cleared for ICSID Award enforcement by investors in Australia', Clayton Utz, 28 mai 2020. Disponible sur <https://www.claytonutz.com/knowledge/2020/may/path-cleared-for-icsid-award-enforcement-by-investors-in-australia> [Consulté le 20 juin 2020]
- <sup>172</sup> Bjorklund, 'Sovereign Immunity', p. 237-8 ; C. Annacker *et al*, 'ICSID Awards', pp. 146 – 7
- <sup>173</sup> Le Tribunal a refusé de commenter « la pertinence de tels développements potentiels en droit international ». *Eskosol c/ Italie*, Décision sur la demande d'extinction, §§ 232 – 3
- <sup>174</sup> Commission européenne, Recommandation de décision du Conseil autorisant à ouvrir des négociations sur la modernisation du traité sur la Charte de l'énergie, 14 mai 2019, p. 1
- <sup>175</sup> Notamment sur les thèmes suivants: « droit de réglementer et niveaux de protection », « accords multilatéraux sur l'environnement et conventions de travail », « changement climatique et transition énergétique propre », « pratiques commerciales responsables », « transparence » et « évaluations d'impact »
- <sup>176</sup> Nouvel article 28A: Règlement des différends sur les dispositions relatives au commerce et au développement durable entre parties contractantes, Proposition de l'UE pour la modernisation du TCE, p. 20
- <sup>177</sup> Voir C. Cross, *Anchoring Climate & Environmental Protection in EU Trade Agreements* (Powershift, 2020), pp. 17 – 36
- <sup>178</sup> N. Bernasconi-Osterwalder et M.D. Brauch, 'Redesigning the Energy Charter Treaty to Advance the Low-Carbon Transition', TDM 1 (2019) Disponible sur <https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2632> [Consulté le 20 juin 2020]
- <sup>179</sup> Van Den Berghe, 'Commission's draft proposal', p. 4
- <sup>180</sup> A.V. Belyi, 'New Challenges to the Liberal World Order: Reassessing Controversies Surrounding the Energy Charter Treaty', International Centre for Defence and Security, 1<sup>er</sup> juillet 2020. Disponible sur <https://icds.ee/new-challenges-to-the-liberal-world-order-reassessing-controversies-surrounding-the-energy-charter-treaty/> [Consulté le 2 juillet 2020]
- <sup>181</sup> A New World: The Geopolitics of the Energy Transformation (Global Commission on the Geopolitics of Energy Transformation/International Renewable Energy Agency IRENA, 2019) p. 6, 36. Disponible sur <http://www.geopoliticsofrenewables.org> [Consulté le 20 juin 2020]
- <sup>182</sup> Nouvel article « Développement durable – Accords multilatéraux sur l'environnement et conventions de travail », 2 a), 3, Proposition de l'UE pour la modernisation du TCE, pp. 10 – 11
- <sup>183</sup> Nouvel article « Développement durable – Changement climatique et transition énergétique propre », sous-paragraphes (a) et (b), Proposition de l'UE pour la modernisation du TCE, p. 11
- <sup>184</sup> Par exemple, le Japon. Voir évaluations de CDN sur Climate Action Tracker <https://climateactiontracker.org/countries/japan/> [Consulté le 1<sup>er</sup> juillet 2020]
- <sup>185</sup> Van Den Berghe, 'Commission's draft proposal', p. 6. Pour des propositions similaires dans le contexte de l'ALE, voir J. Lawrence et L. Ankersmit, *Making EU FTAs 'Paris Safe': Three studies with concrete proposals* (The Greens/EFA, Amsterdam Centre for European Law and Governance, Central European University; 8 March 2019) p. 7 ; Cross, *Anchoring Climate Protection*, p. 19
- <sup>186</sup> En 2012, il a été proposé, au cours du processus de modernisation du TCE, de développer un mécanisme visant à donner aux tribunaux des « orientations interprétatives » sur l'arbitrage de recours

- au titre du RDIE relatives au changement climatique, à la lumière de leur large marge de manœuvre dans l'interprétation du traité et la détermination des violations. Après un boom pendant huit ans des litiges au titre du TCE, le temps de la simple « orientation » est révolu depuis longtemps. Voir P. Cameron, *The Energy Charter Treaty Provisions On Low Carbon Investment, Final Report*, 12 avril 2013. Disponible sur <https://www.energycharter.org/what-we-do/investment/investment-thematic-reports/low-carbon-investment-2013/> [Consulté le 20 juin 2020], p. 23
- <sup>187</sup> Secrétariat de l'OMC et Programme des Nations unies pour l'environnement, *Mettre le commerce au service de l'environnement, de la prospérité et de la résilience* (OMC/UNE, 2018), p. 25
- <sup>188</sup> *Measuring Fossil Fuel Subsidies in the Context of the Sustainable Development Goals, United Nations Environment Programme* (UN Environment/International Institute for Sustainable Development) (2019).
- <sup>189</sup> Cameron, *The Energy Charter Treaty*, p. 17, 77
- <sup>190</sup> Voir discussion dans Cross, *Anchoring Climate Protection*, pp. 29–30
- <sup>191</sup> Greenpeace International, 'Commission on Human Rights declares fossil fuel companies can be held responsible for climate-related human rights harms'. 10 décembre 2019. Disponible sur <https://www.greenpeace.org/international/press-release/27881/commission-on-human-rights-declares-fossil-fuel-companies-can-be-held-responsible-for-climate-related-human-rights-harms/> [Consulté le 20 juin 2020]
- <sup>192</sup> *Communication de la Commission. Responsabilité sociale des entreprises: Une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011–2014* (COM/2011/0681 final)
- <sup>193</sup> Le principe directeur 9 stipule: « Les États devraient maintenir une marge d'action nationale suffisante pour satisfaire à leurs obligations en matière de droits de l'homme lorsqu'ils poursuivent des objectifs politiques à caractère commercial avec d'autres États ou des entreprises, par exemple par le biais de traités ou de contrats d'investissement. » Le commentaire du PDNU précise que le principe 9 s'applique également aux accords de libre-échange. HCNUDH, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, mise en œuvre du cadre de référence des Nations unies « protéger, respecter et réparer »*, 2011, p. 11
- <sup>194</sup> Pour deux exemples assez complets, voir : CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development* (2015), Section 7, *Investor Obligations and Responsibilities*, pp. 109 – 111 ; SADC, *Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary* (2012), Part 3: *Rights and Obligations of Investors and State Parties*, pp. 31–41
- <sup>195</sup> Par exemple, la France, le Royaume-Uni, les Pays-Bas, l'Italie, le Danemark, la Finlande, la Lituanie, la Suède. Voir Sandra Cossart, 'What lessons does France's Duty of Vigilance law have for other national initiatives?' *Business & Human Rights Resource Centre*, 27 juin 19. Disponible sur <https://www.business-humanrights.org/en/what-lessons-does-frances-duty-of-vigilance-law-have-for-other-national-initiatives> [Consulté le 20 juin 2020]; également Cross, *Anchoring Climate Protection*, pp. 36–39
- <sup>196</sup> A. Signorelli, 'Ensuring human rights underpin the global energy transition', *International Union Rights: Climate Change issue 26/4* (International Centre for Trade Union Rights, 2019)
- <sup>197</sup> Bien qu'elle ne soit pas dirigée contre les recours au titre du TCE, la décision CE 2017 (Espagne) renvoie expressément aux aides d'État en ces termes: décision CE 2017 (Espagne), § 120, 156
- <sup>198</sup> Saheb, *Modernisation of the ECT*, p. 39
- <sup>199</sup> Par exemple: Affaire C-438/05 *International Transport Workers Federation c/ Viking Line ABP* (2007) ECLI:EU:C:2007:772; Affaire C-341/05 *Laval un Partneri Ltd c/ Svenska Byggnadsarbetareförbundet* (2007) ECLI:EU:C:2007:809; Affaire T-330/18 *Carvalho e.a. c/ Parlement et Conseil*, Ordonnance du Tribunal (deuxième chambre) du 8 mai 2019. ECLI:EU:T:2019:324 (en attente d'appel devant la Cour de justice). Voir également A. Berthier, 'The General Court of the EU rejects the people climate case as inadmissible', *ClientEarth*, 3 juin 2019. Disponible sur <https://www.clientearth.org/the-general-court-rejects-the-people-climate-case-as-inadmissible/> [Consulté le 20 juin 2020]; 'Der einzige Weg ist, dem EuGH nicht zu folgen' (Interview avec Fritz Scharpf, en allemand uniquement), *Hans Boeckler Stiftung*, 2008. Disponible sur <https://www.boeckler.de/magazin-mitbestimmung-2744-aposder-einzige-weg-ist-dem-eugh-nicht-zu-folgenapos-11173.htm> [Consulté le 20 juin 2020]
- <sup>200</sup> Propos recueillis par K. Beckman, *Borderlex*, 18 juin 2020.

# Annexe 1 – Affaires TCE contre l'Espagne<sup>1</sup>

	DÉCISION (en faveur de)	REQUÉRANT/AFFAIRE N°
1	État	<i>Stadtwerke München GmbH e.a. Affaire CIRDI n° ARB/15/1</i>
2	État	<i>Isolux Infrastructure Netherlands BV Affaire CCS n° 2013/153</i>
3	État	<i>Charanne BV et Construction Investments SARL Affaire CCS n° 062/2012</i>
4	Investisseur	<i>9REN Holding SARL Affaire CIRDI n° ARB/15/15</i>
5	Investisseur	<i>Antin Infrastructure Services Luxembourg SARL et Antin Energia Termosolar BV Affaire CIRDI n° ARB/13/31</i>
6	Investisseur	<i>Cube Infrastructure Fund SICAV e.a. Affaire CIRDI n° ARB/15/20</i>
7	Investisseur	<i>Foresight Luxembourg Solar 1 SARL, Foresight Luxembourg Solar 2 SARL, Greentech Energy System A/S, GWM Renewable Energy I SPA et GWM Renewable Energy II SPA Affaire CCS n° 2015/150</i>
8	Investisseur	<i>InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited e.a. Affaire CIRDI n° ARB/14/12</i>
9	Investisseur	<i>Masdar Solar &amp; Wind Cooperatief UA Affaire CIRDI n° ARB/14/1</i>
10	Investisseur	<i>NextEra Energy Global Holdings BV et NextEra Energy Spain Holdings BV Affaire CIRDI n° ARB/14/11</i>
11	Investisseur	<i>Novenergia II – Energy &amp; Environment (SCA), SICAR. Affaire CCS n° 063/2015</i>
12	Investisseur	<i>OperaFund Eco-Invest SICAV PLC et Schwab Holding AG Affaire CIRDI n° ARB/15/36</i>
13	Investisseur	<i>The PV Investors Affaire CPA n° 2012-14</i>
14	Investisseur	<i>RREEF Infrastructure (G.P.) Limited et RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux SARL Affaire CIRDI n° ARB/13/30</i>
15	Investisseur	<i>SOLes Badajoz GmbH Affaire CIRDI n° ARB/15/38</i>
16	Investisseur	<i>Watkins Holdings SARL e.a. Affaire CIRDI n° ARB/15/44</i>
17	Annulé (20 mai)	<i>Eiser Infrastructure Limited et Energía Solar Luxembourg SARL Affaire CIRDI n° ARB/13/36</i>
18	En instance	<i>Alten Renewable Energy Developments BV Affaire CCS n° 2015/036</i>
19	En instance	<i>BayWa r.e. Renewable Energy GmbH et BayWa r.e. Asset Holding GmbH Affaire CIRDI n° ARB/15/16</i>
20	En instance	<i>Aharon Naftali Biram, Gilatz Spain SL, Redmill Holdings Ltd et Sun-Flower Olmeda GmbH Affaire CIRDI n° ARB/16/17</i>

<sup>1</sup> Données basées sur le navigateur sur le règlement de différends relatifs aux investissements de la CNUCED : [investmentpolicy.unctad.org](http://investmentpolicy.unctad.org) [consulté le 15 juin 2020] et sur des recherches supplémentaires de l'auteur. Tous les recours au titre du RDIE n'étant pas rendus publics, il est probable que d'autres affaires contre l'Espagne ne soient pas encore rapportées.

<sup>2</sup> Les chiffres représentent uniquement des indemnités accordées pour les infractions au TCE. Ils n'incluent pas des intérêts ou des coûts.

JURIDICTION	ÉTAT « D'ORIGINE » des requérants	DOMMAGES-INTÉRÊTS <sup>2</sup> (en millions d'euros)
CIRDI	Allemagne	423 (réclamés)
CCS	Pays-Bas	68.9 (réclamés)
CCS	Luxembourg, Pays-Bas	17.8 (réclamés)
CIRDI	Luxembourg	40
CIRDI	Luxembourg, Pays-Bas	101
CIRDI	Luxembourg, France	33.7
CCS	Luxembourg, Danemark, Italie	39
CIRDI	Royaume-Uni	28.2
CIRDI	Pays-Bas	64.5
CIRDI	Pays-Bas	290.6
CCS	Luxembourg	53.3
CIRDI	Malte, Suisse	29,3 millions de dollars
CPA	Danemark, Allemagne, Irlande, Royaume-Uni, Luxembourg, Pays-Bas	91.1 (520 réclamés)
CIRDI	Luxembourg, Royaume-Uni	59.6
CIRDI	Allemagne	40.5
CIRDI	Luxembourg, Pays-Bas	77
CIRDI	Luxembourg, Royaume-Uni	128
CCS	Pays-Bas	59.4
CIRDI	Allemagne	67.4
CIRDI	Allemagne, Royaume-Uni	69

	DÉCISION (en faveur de)	REQUÉRANT/AFFAIRE N°
21	En instance	Canepa Green Energy Opportunities I, SARL et Canepa Green Energy Opportunities II, SARL Affaire CIRDI n° ARB/19/4
22	En instance	Cavalum SGPS, SA Affaire CIRDI n° ARB/15/34
23	En instance	Cordoba Beheer BV, Cross Retail SL, Sevilla Beheer BV, Spanish project companies Affaire CIRDI n° ARB/16/27
24	En instance	CSP Equity Investment SARL Affaire CCS n° 094/2013
25	En instance	DCM Energy GmbH & Co. Solar 1 KG, DCM Energy GmbH & Co. Solar 2 KG, Edisun Power Europe AG, Hannover Leasing Sun Invest 2 Spanien Beteiligungs GmbH, et Hannover Leasing Sun Invest 2 Spanien GmbH & Co. KG Affaire CIRDI n° ARB/17/41
26	En instance	E.ON SE, E.ON Finanzanlagen GmbH et E.ON Iberia Holding GmbH Affaire CIRDI n° ARB/15/35
27	En instance	EBL (Genossenschaft Elektra Baselland) et Tubo Sol PE2 SL Affaire CIRDI n° ARB/18/42
28	En instance	EDF Energies Nouvelles SA
29	En instance	European Solar Farms A/S Affaire CIRDI n° ARB/18/45
30	En instance	Eurus Energy Holdings Corporation et Eurus Energy Europe BV Affaire CIRDI n° ARB/16/4
31	En instance	FREIF Eurowind Affaire CCS n° 2017/060
32	En instance	Green Power K/S et Obton A/S Affaire CCS n° 2016/135
33	En instance	Hydro Energy 1 SARL et Hydroxana Sweden AB Affaire CIRDI n° ARB/15/42
34	En instance	Infracapital F1 SARL et Infracapital Solar BV Affaire CIRDI n° ARB/16/18
35	En instance	Itochu Corporation Affaire CIRDI n° ARB/18/25
36	En instance	JGC Corporation Affaire CIRDI n° ARB/15/27
37	En instance	Frank Schumm, Joachim Kruck, Jürgen Reiss e.a. Affaire CIRDI n° ARB/15/23
38	En instance	KS Invest GmbH et TLS Invest GmbH Affaire CIRDI n° ARB/15/25
39	En instance	Landesbank Baden-Württemberg, HSH Nordbank AG, Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale et Norddeutsche Landesbank-Girozentrale Affaire CIRDI n° ARB/15/45
40	En instance	Portigon AG Affaire CIRDI n° ARB/17/15
41	En instance	RENERGY SARL Affaire CIRDI n° ARB/14/18
42	En instance	RWE Innogy GmbH et RWE Innogy Aersa SAU Affaire CIRDI n° ARB/14/34
43	En instance	Saptec, SA Affaire CIRDI n° ARB/19/23
44	En instance	STEAG GmbH Affaire CIRDI n° ARB/15/4
45	En instance	Triodos SICAV II Affaire CCS n° 2017-194
46	En instance	M Solar GmbH & Co. KG, M Solar Verwaltungs GmbH, Solarizz Holding GmbH & Co. KG e.a. Affaire CIRDI n° ARB/19/30
47	Interr.	Solarpark Management GmbH & Co. Atum I KG Affaire CCS n° 2015/163



JURIDICTION	ÉTAT « D'ORIGINE » des requérants	DOMMAGES-INTÉRÊTS (en millions d'euros)
CIRDI	Luxembourg	-
CIRDI	Portugal	60
CIRDI	Pays-Bas	20.5
CCS	Luxembourg	840
CIRDI	Allemagne, Suisse	-
CIRDI	Allemagne	324.7
CIRDI	Suisse	-
CNUDCI	France	52.8
CIRDI	Danemark	-
CIRDI	Japon, Pays-Bas	263
CCS	Royaume-Uni	53
CCS	Danemark	76.1
CIRDI	Luxembourg, Suède	133.1
CIRDI	Luxembourg, Pays-Bas	-
CIRDI	Japon	-
CIRDI	Japon	93.5
CIRDI	Allemagne	67.4
CIRDI	Allemagne	80
CIRDI	Allemagne	482.5
CIRDI	Allemagne	-
CIRDI	Luxembourg	206
CIRDI	Allemagne	273
CIRDI	Belgique	-
CIRDI	Allemagne	96.6
CCS	Luxembourg	-
CIRDI	Allemagne	-
CCS	Allemagne	6.1

**UNE AUTRE  
EUROPE EST  
POSSIBLE !**



[www.guengl.eu](http://www.guengl.eu)