

Copies exécutoires
délivrées aux parties le :

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 1 - Chambre 1

ARRET DU 24 SEPTEMBRE 2019

(n° , 13 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **N° RG 18/14721 - N° Portalis 35L7-V-B7C-B52FG**

Décision déferée à la Cour : Sentence rendue à Paris le 25 octobre 2013 par le tribunal arbitral ad'hoc composé de MM.Savranski et Volcinski, arbitres, et de M. Pellew, président, annulé le 12 avril 2016 par la cour d'appel de Paris.
Par arrêt en date du 28 mars 2018, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation a cassé et annulé en toutes ses dispositions l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris et renvoyé les parties devant cette même cour, autrement composée.

DEMANDERESSE AU RECOURS :

RÉPUBLIQUE DE MOLDAVIE agissant en la personne de son Excellence le Ministre de la Justice, domicilié en ses bureaux au Ministère de la Justice

Ministère de la Justice
82, rue du 31 août 1989
Chisinau
RÉPUBLIQUE DE MOLDAVIE

représentée par Me Matthieu BOCCON GIBOD de la SELARL LEXAVOUE PARIS-VERSAILLES, avocat postulant du barreau de PARIS, toque : C2477
assistée de Me Michael OSTROVE, Théobald NAUD et Me Séréna SALEM, avocats plaidant du barreau de PARIS, toque : R235

DÉFENDERESSE AU RECOURS :

Société KOMSTROY
prise en la personne de ses représentants légaux

144-A, chaussée de Kharkov à Kiev,
District de Darnitsa (02091)
UKRAINE

venant aux droits de la société ENERGOALIANS,
société dont le siège est sis :
2/19 Symyrenka Str.
Kiev (03134)
UKRAINE

représentée par Me Audrey LAZIMI de la SELEURL AUDREY LAZIMI AVOCAT, avocat postulant du barreau de PARIS, toque : L0245
assistée de Me Benoit LE BARS, avocat plaidant du barreau de PARIS, toque : B0184

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 13 juin 2019, en audience publique, devant la Cour composée de :

Mme Dominique GUIHAL, présidente de chambre
Mme Anne BEAUVOIS, présidente
Mme Fabienne SCHALLER, conseillère, appelée à compléter la cour conformément aux dispositions de l'ordonnance de roulement portant organisation des services rendue le 7 janvier 2019 par Mme le premier président de la cour d'appel de Paris

qui en ont délibéré, un rapport a été présenté à l'audience dans les conditions prévues par l'article 785 du code de procédure civile.

Greffier, lors des débats : Mme Mélanie PATE

ARRET :

- contradictoire

- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par Mme Dominique GUIHAL, présidente de chambre et par Mme Mélanie PATE, greffière.

[1] L'Ukraine et la République de Moldavie sont d'anciennes républiques soviétiques qui disposent de réseaux électriques interconnectés. La chute de l'Union soviétique a nécessité la mise en place de structures juridiques adaptées aux relations économiques entre ces deux Etats devenus souverains.

[2] La formalisation juridique des relations économiques entre l'Ukraine et la République de Moldavie dans le domaine de l'électricité s'est manifestée dès 1993, par la signature d'un accord entre les gouvernements relatif à la collaboration dans le secteur de l'électricité. Le 1^{er} janvier 1995 a été signé un contrat de fonctionnement parallèle et réciproque des réseaux électriques des deux États. Un règlement du comptage commercial des transits d'électricité et de puissance est entré en vigueur dans chacun de ces pays courant juin et juillet 1998.

[3] Un contrat tripartite n° 01/01 a été signé le 1^{er} février 1999 entre trois sociétés, Ukrenerg, producteur d'électricité ukrainien, Energoalians, société ukrainienne de droit privé spécialisée dans la production et la distribution d'électricité, et Moldtranselectro, entreprise publique moldave créée en 1997. En vertu de ce contrat, Energoalians achetait de l'électricité à Ukrenerg en vue de son exportation vers la Moldavie, les volumes d'électricité à fournir étant arrêtés chaque mois entre Ukrenerg et Moldtranselectro.

[4] Suivant contrat de fourniture d'énergie électrique tripartite n° 24/02 signé à Kiev le 24 février 1999, Energoalians, Derimen, société immatriculée aux Iles Vierges Britanniques, et Moldtranselectro ont conclu un contrat de vente d'électricité aux termes duquel :

- Energoalians, en qualité de fournisseur, s'engageait à fournir de l'électricité à Derimen,

- Derimen, en qualité d'acheteur, se portait acquéreur de l'électricité vendue par Energoalians et lui réglait le prix de l'électricité,
- Moldtranselectro, en qualité de « bénéficiaire », s'engageait à soumettre à Ukrenergo, avant le 25 de chaque mois, un bon de commande indiquant la quantité d'électricité requise pour le mois suivant,
- Ukrenergo fournissait ensuite l'électricité dans les conditions « DAF Incoterms 1990 », c'est-à-dire jusqu'à la frontière Ukraine/Moldavie, côté Ukraine,
- Derimen recouvrait auprès de Moldtranselectro le prix de l'électricité vendue.

- [5] Ce contrat initialement conclu pour l'année 1999 ainsi que le contrat n° 1/01 du 1^{er} février 1999, ont été reconduits jusqu'au 31 décembre 2000. Pour chaque mois de fourniture, Energoalians devait percevoir le paiement de la part de Derimen sous 80 jours calendaires à compter de la livraison, tandis que Derimen devait percevoir le paiement de Moldtranselectro. Les prix applicables aux paiements étaient fixés par les différents avenants au contrat n° 24/02. Selon les dispositions générales de ces avenants et en fonction du mois, le prix payé par Moldtranselectro était environ deux fois supérieur à celui payé par Derimen à Energoalians.
- [6] L'électricité a été fournie au cours des deux années 1999 et 2000, sauf de mai à juillet 1999. Moldtranselectro a réglé Derimen partiellement pour l'année 1999 (janvier et en partie février 1999) et pour toute l'année 2000. Ces règlements ont été effectués pour la plupart en nature, notamment par la fourniture d'équipement électrogène et la cession de droits de créance. Le reste de l'électricité fournie en 1999 est demeuré impayé. Au 1^{er} janvier 2000, la dette cumulée de Moldtranselectro envers Derimen s'élevait à 18.132.898,94 USD. Cependant, il n'y avait aucune dette vis-à-vis d'Energoalians, Derimen lui ayant réglé l'ensemble de l'électricité fournie.
- [7] Le 19 mai 2000, Energoalians et Derimen ont signé un document constatant le montant de la dette de Moldtranselectro au 1^{er} mai 2000.
- [8] Suivant contrat n° 06/20 signé à Kiev le 30 mai 2000, Derimen a alors cédé à Energoalians la créance qu'elle détenait contre Moldtranselectro au titre du contrat n° 24/02.
- [9] Moldtranselectro a partiellement réglé sa dette en cédant à Energoalians plusieurs créances qu'elle détenait sur d'autres sociétés et ainsi réduit la créance d'Energoalians à son égard à 16.287.185,94 USD.
- [10] Energoalians a tenté d'obtenir, en vain, le paiement de cette somme en saisissant les juridictions moldaves puis ukrainiennes.
- [11] Energoalians, estimant que les interventions de la République de Moldavie, notamment une décision administrative d'octobre 2000 sur la création d'entreprises publiques dans le secteur de l'électricité et une ordonnance de la Cour des comptes du 4 juillet 2002, constituaient des violations caractérisées des engagements pris au titre du Traité sur la Charte de l'énergie (TCE), a mis en oeuvre une procédure d'arbitrage ad hoc.
- [12] Par une sentence rendue à Paris le 25 octobre 2013 à la majorité, le tribunal arbitral ad hoc composé de MM.Savranski et Volcinski, arbitres, et de M. Pellew, président, s'est reconnu compétent et, estimant que la République de Moldavie avait méconnu ses engagements internationaux, l'a condamnée à payer la somme totale de 592.880.395 lei moldaves à Energoalians sur le fondement du TCE. M Pellew, président du tribunal arbitral, a exprimé une opinion dissidente quant à la compétence du tribunal arbitral.
- [13] La République de Moldavie a formé un recours en annulation à l'encontre de cette sentence par déclaration du 25 novembre 2013.

[14] Par acte de transfert du 6 octobre 2014, la société de droit ukrainien Komstroy est venue aux droits de la société Energoalians.

[15] Par arrêt rendu le 12 avril 2016, la cour d'appel de Paris a annulé la sentence. Pour se prononcer en ce sens, l'arrêt a retenu en substance que le tribunal arbitral s'était déclaré à tort compétent alors que le différend entre Energoalians et la République de Moldavie qui portait sur une créance cédée de Derimen au titre du contrat n° 24/02, qui avait pour seul objet la vente d'électricité, en l'absence d'apport, ne portait pas sur un investissement au sens du TCE.

[16] Sur pourvoi formé par la société Komstroy, par arrêt en date du 28 mars 2018, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation a cassé et annulé en toutes ses dispositions l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris et renvoyé les parties devant cette même cour, autrement composée.

[17] La cassation au visa de l'article 1520, 1° du code de procédure civile est intervenue au motif que :

« pour annuler la sentence, l'arrêt retient que l'acquisition d'un droit de créance qui a pour origine un contrat de livraison d'énergie électrique ne peut constituer, en l'absence d'apport, un investissement au sens du Traité sur la Charte de l'énergie ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les dispositions de ce traité ne précisent pas les critères caractérisant un investissement, mais énumèrent seulement, de manière non limitative, des actifs considérés comme des investissements, la cour d'appel, qui a ajouté une condition que le traité ne prévoit pas, a violé le texte susvisé ».

[18] La cour d'appel de renvoi a été saisie par déclaration du 7 juin 2018.

[19] Par dernières conclusions notifiées le 13 mai 2019, la République de Moldavie demande à la cour de :

- prononcer l'annulation de la sentence arbitrale du 25 octobre 2013 en ce que le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent et en ce que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international ;
- condamner la société Komstroy à lui payer la somme de 100 000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'au paiement des entiers dépens de l'instance ;

A titre subsidiaire :

- prier la Cour de Justice de l'Union Européenne de bien vouloir répondre à toute question préjudicielle sur l'interprétation du Traité sur la Charte de l'énergie que la cour d'appel considérerait déterminante pour la solution du litige et notamment les questions suivantes :

- Une créance issue d'un contrat de vente d'électricité et n'ayant impliqué aucun apport de la part de l'investisseur dans l'état d'accueil peut-elle constituer un « investissement » au sens de l'article 1(6) et/ou 1(6)(c) du Traité sur la Charte de l'énergie ?
- Une créance appartenant à un investisseur d'une partie contractante, issue d'un contrat de vente d'électricité (DAF), peut-elle constituer un « investissement réalisé dans la zone » d'une autre partie contractante au sens de l'article 26(1) du Traité sur la Charte de l'énergie en l'absence de toute activité économique exercée sur le territoire de cette dernière ?

- surseoir à statuer dans l'attente de la réponse de la Cour de Justice de l'Union Européenne, par application de l'article 378 du code de procédure civile.

[20] Par dernières conclusions notifiées le 26 mai 2019, la société Komstroy venant aux droits de la société Energoalians, demande à la cour de rejeter le recours en annulation formé par la République de Moldavie contre la sentence arbitrale du 25 octobre 2013, débouter la République de Moldavie de l'ensemble de ses demandes, la condamner à lui payer la somme de 250.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et la condamner aux entiers dépens conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

MOTIFS :

Sur le moyen d'annulation tiré de l'incompétence du tribunal arbitral (1520 1° du code de procédure civile)

[21] La République de Moldavie soutient que le tribunal arbitral aurait dû décliner sa compétence en l'absence d'un investissement réalisé par Energoalians dans la zone de la Moldavie aux motifs que :

- la créance acquise par Energoalians, qui est issue d'un contrat de vente d'électricité, n'est pas un « investissement » au sens du TCE et ne pouvait donc faire l'objet d'une procédure arbitrale ;

- même à supposer que la créance acquise par Energoalians puisse constituer un investissement au sens du Traité, il n'a pas été « réalisé par » une entreprise d'un Etat contractant, Derimen étant une entreprise des îles Vierges britanniques ;

- en tout état de cause, la créance acquise par Energoalians auprès de Derimen ne pouvait faire l'objet d'un arbitrage, puisque l'opération de vente d'électricité à laquelle elle se rapportait n'a pas été « réalisé[e] dans la Zone » de la Moldavie comme le requiert le texte du Traité, conséquence que tribunal arbitral aurait dû tirer au regard de son analyse de la même problématique sous l'angle de l'API (Accord de Protection des Investissements conclu entre l'Ukraine et la Moldavie).

[22] Energoalians (aux droits de laquelle se trouve Komstroy) conclut en réponse à la compétence du tribunal arbitral qui trouve son fondement dans l'offre d'arbitrage contenue à l'article 26 du TCE auquel la Moldavie est partie, toutes les conditions posées de la compétence du tribunal arbitral étant à son sens remplies.

[23] Le juge de l'annulation contrôle la décision du tribunal arbitral sur sa compétence qu'il se soit déclaré compétent ou incompétent, en recherchant tous les éléments de droit et de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage. Il n'en va pas différemment lorsque, comme en l'espèce, les arbitres sont saisis sur le fondement du Traité sur la Charte de l'énergie.

[24] La partie I de ce traité, auquel la République de Moldavie est partie, est consacrée aux définitions et à l'objet du traité qui « établit un cadre juridique destiné à promouvoir la coopération à long terme dans le domaine de l'énergie », la partie II au Commerce, les parties contractantes oeuvrant en vue de développer un marché ouvert et concurrentiel de l'énergie, la partie III à la promotion et à la protection des investissements, la partie IV à des dispositions diverses, la partie V au règlement des différends, la partie VI aux dispositions transitoires, la partie VII aux structures et institutions et la partie VIII aux dispositions finales (ratification, entrée en vigueur, application provisoire).

[25] Au sein de la partie III, l'article 10 prévoit notamment que chaque partie contractante accorde aux investissements des investisseurs des autres parties contractantes un traitement loyal, équitable, aussi favorable que celui qu'elle accorde aux investissements de ses propres investisseurs, et qu'elle s'abstient d'entraver, par des

mesures discriminatoires ou déraisonnables, leur gestion, leur jouissance ou leur disposition. L'article 13 stipule que ces investissements ne sont pas nationalisés, expropriés ou soumis à des mesures d'effet équivalent, sauf si de telles dispositions sont prises pour des motifs d'intérêt public, ne sont pas discriminatoires, sont effectuées avec les garanties prévues par la loi et sont accompagnées du prompt versement d'une compensation adéquate et effective.

[26] Au sein de la partie V, l'article 26 (1) prévoit que « les différends qui opposent une partie contractante et un investisseur d'une autre partie contractante au sujet d'un investissement réalisé par ce dernier dans la zone de la première et qui portent sur un manquement allégué à une obligation de la première partie contractante au titre de la partie III sont, dans la mesure du possible réglés à l'amiable » et à défaut de solution amiable, soumis, selon les dispositions suivantes du même article, au choix de l'investisseur, aux juridictions de l'Etat défendeur ou à un arbitrage porté, soit, devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), soit devant un tribunal arbitral ad hoc constitué sur la base du règlement de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), soit devant un tribunal arbitral constitué sous l'égide de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm.

[27] En vertu de l'article 26(3), chaque partie contractante donne son consentement inconditionnel à la soumission de tout différend à une procédure d'arbitrage ou de conciliation internationale, conformément à cet article.

[28] Selon l'article 1(7) du TCE, le terme "Investisseur" désigne :
a) en ce qui concerne une partie contractante [...] :
(i) toute personne physique...
(ii) toute entreprise ou autre organisation organisée conformément à la législation en application sur le territoire de cette partie contractante ».

[29] La qualité d'investisseur, au sens de cet article, d'Energolians, société de droit ukrainien, retenue par le tribunal arbitral, est établie.

[30] Pour trancher le litige sur la compétence du tribunal arbitral sur laquelle les parties s'opposent, la cour doit dire si au sens du Traité, le différend qui oppose la République de Moldavie à Energolians porte sur un investissement, si l'investissement a été réalisé par Energolians et s'il l'a été dans la zone de la Moldavie.

Sur le moyen pris en sa première branche (le différend qui oppose les parties ne porte pas sur un investissement)

[31] La République de Moldavie rappelle que les termes du TCE, en particulier l'article 26(1) qui fixe les conditions de l'offre d'arbitrage, doivent s'interpréter par application des principes généraux du droit international coutumier en la matière tels qu'énoncés à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

[32] Elle fait valoir que le TCE renvoie au sens ordinaire du terme "investissement" lequel requiert l'existence d'un apport, au regard des termes du traité, pris dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. Elle estime que l'interprétation particulièrement large donnée par Energolians aux termes du TCE n'est pas conforme aux principes d'interprétation du droit international, estimant que si la définition du TCE est évasive et se réfère à « tout type d'avoir » détenu par un investisseur, la liste d'exemples donnée à titre indicatif démontre au contraire que « tout avoir » ne constitue pas nécessairement un investissement.

- [33] Estimant donc que l'article 1(6) du TCE ne se suffit pas à lui seul et doit être interprété, elle observe d'une part, que le TCE opère une distinction entre le commerce (Partie II) et les investissements (Partie III), laquelle est intitulée « Protection et Promotion des Investissements de Capitaux » dans la version authentique du TCE en langue russe qui a fait foi entre les parties dans la procédure arbitrale, d'autre part, que l'article 14(1) énonce explicitement l'obligation faite aux Etats de protéger l'apport en capital initial ou additionnel nécessaire à la constitution de l'investissement ou à son maintien et son développement.
- [34] Elle conclut qu'au regard tant de son sens ordinaire et dans son contexte qu'à la lumière des objectifs et du but du TCE énoncés dans son préambule, le terme "investissement" est nécessairement rattaché à l'action par l'investisseur d'apporter ou de transférer du capital, ou, d'autres ressources nécessaires au développement et au maintien d'une activité d'investissement, signification qui a été celle adoptée par le président du tribunal arbitral dans son opinion dissidente et qui rejoint la jurisprudence arbitrale.
- [35] Elle relève encore que le TCE dispose qu'une créance n'est un investissement qu'à une double condition, d'être issue « d'un contrat à valeur économique et associé à un investissement ». Or, elle observe que la créance d'Energolians envers Moldtraselectro, qui résulte du contrat n° 24/02 n'a pas impliqué d'apport, que ce contrat auquel la créance est associée n'est pas lui-même un investissement, ayant pour seul objet la vente d'électricité, qu'Energolians fournissait de l'électricité, ce qui constitue un acte de commerce, et que l'activité de Derimen consistait en des prestations d'affacturage, opérations purement financières, que la créance en cause ne correspond donc à aucune des catégories énumérées sous l'article 1(6), notamment ses alinéas (c) et (f).
- [36] Energolians fait valoir en réponse que sa créance doit être qualifiée d'investissement associé à une activité économique dans le secteur de l'énergie au sens de l'article 1(6) du TCE, qu'en effet, la notion large d'investissement telle que comprise par le TCE - la liste qui y figure n'étant pas exhaustive mais seulement indicative - permet de retenir que tout type d'avoir contrôlé ou détenu par un investisseur est susceptible de constituer un investissement au sens de la Charte et que l'opération de financement d'énergie électrique de laquelle résulte la créance d'Energolians constitue bien une opération "associée à une activité économique dans le secteur de l'énergie", en ce qu'elle a rendu possible la fourniture d'énergie à Moldtraselectro.
- [37] Energolians considère qu'en tout état de cause, le tribunal arbitral a veillé à ce que la notion d'investissement aux termes du TCE ne s'éloigne pas exagérément du sens commun attribué au terme d'investissement et a justement tenu compte de l'objectif du TCE, consistant en la promotion des investissements dans le secteur de l'énergie et la résolution des litiges par la voie de l'arbitrage, que l'interprétation qu'il en a donné reflète la volonté des signataires et contribue à l'effet utile du TCE.
- [38] Energolians relève que le tribunal arbitral aurait pu asseoir sa compétence sur une appréciation large de la notion d'investissement - à laquelle la pratique a fréquemment recours - selon laquelle les investissements étant, dans la plupart des cas, des opérations complexes composées d'une multitude d'opérations distinctes (fabrication, livraison, financement...), toute composante d'une opération d'investissement peut être qualifiée d'investissement, qu'en l'espèce, l'intervention de Derimen et l'obligation pour Moldtraselectro de régler à cette dernière les sommes dues au titre de la livraison d'énergie constituent une composante à part entière de l'opération d'investissement consistant en la

fourniture d'énergie à la Moldavie. Elle ajoute également que l'article 26(1) du TCE prévoit un lien de rattachement souple et large entre le différend et l'investissement considéré, qui suffirait à fonder la compétence du tribunal arbitral.

- [39] Conformément à la coutume internationale exprimée par l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer au sens du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ».
- [40] Selon l'article 1(6) du TCE, le terme "Investissement" désigne « tout type d'avoir détenu ou contrôlé directement ou indirectement par un investisseur et comprenant:
- a) les biens matériels et immatériels, mobiliers et immobiliers, et tous droits de propriété tels que locations, hypothèques, créances privilégiées et gages ;
 - b) une société ou entreprise commerciale ou les actions, capitaux ou toute autre forme de participation au capital dans une société ou entreprise commerciale, ainsi que les obligations, titres ou autres dettes d'une société ou d'une entreprise commerciale ;
 - c) les créances liquides ou les droits à prestations au titre d'un contrat à valeur économique et associé à un investissement ;
 - d) la propriété intellectuelle ;
 - e) les rendements ;
 - f) tout droit conféré par la loi ou par contrat ou découlant de licences ou d'autorisations délivrées conformément à la loi pour l'exercice d'une activité économique dans le secteur de l'énergie.
- [41] La modification de la forme sous laquelle les avoirs sont investis n'affecte pas leur caractère d'investissement, et le terme "investissement" couvre tous les investissements, qu'ils existent à la date d'entrée en vigueur ou qu'ils soient réalisés postérieurement à la date d'entrée en vigueur du présent traité pour la partie contractante d'où provient l'investisseur ou pour la partie contractante dans la zone de laquelle l'investissement est réalisé, ci-après appelée "date effective", à condition que le traité ne s'applique qu'aux matières affectant ces investissements après la date effective.
- [42] Le terme "investissement" vise tout investissement associé à une activité économique dans le secteur de l'énergie et tout investissement ou toute catégorie d'investissements réalisés dans sa zone par une partie contractante, désignés par elle comme des "projets d'efficacité de la Charte", et notifiés en tant que tels au Secrétariat. ».
- [43] L'article 1(8) précise que « "Investir" ou "réaliser des investissements" désigne le fait de réaliser de nouveaux investissements, en acquérant tout ou partie des investissements existants ou en se tournant vers d'autres domaines d'activités d'investissement ».
- [44] Les parties se sont opposées devant le tribunal arbitral sur l'interprétation à donner au sens du TCE au terme d'« Investissement » et continuent à s'opposer sur cette interprétation devant la cour d'appel de renvoi, saisie après l'arrêt rendu le 28 mars 2018 par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation.
- [45] Le tribunal arbitral, adoptant la solution soutenue par Energolians, après avoir détaillé les circonstances établies au cours de la procédure (sentence § 185-205 et § 248), a retenu dans sa sentence qu'Energolians détenait un "Investissement" au sens du TCE envers l'entreprise publique (Moldtranselectro) exerçant dans le secteur de l'énergie, cette conclusion résultant de la définition assez large de ce terme adoptée par le TCE et soutenue par des auteurs reconnus, adoptée également par des sentences arbitrales rendues dans des différends d'investissement, dans le cadre duquel les tribunaux arbitraux se sont reconnus compétents pour le règlement de tels différends présentant des circonstances très similaires (sentence § 227 et suivants).

- [46] Le tribunal arbitral s'est référé en particulier à une série de sentences arbitrales relatives au TCE qui ont souligné que la très large liste d'avoirs contenue dans l'article 1(6) n'est pas exhaustive (sentence § 231) et dans lesquelles il a été conclu que la définition de l'« Investissement » de l'article 1(6) du TCE avait une « conception globale et neutre » et s'étendait à « tous types d'apports ». Il a estimé que le cas qui lui était soumis était directement décrit par le point (c) de l'alinéa 6 de l'article 1 du TCE.
- [47] Devant la cour d'appel, Energolians fait sienne l'interprétation large donnée par le tribunal arbitral au terme « Investissement » et la position de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt rendu le rendu le 28 mars 2018 selon laquelle le TCE ne pose aucun critère relatif à l'existence d'un apport et soutient qu'il est indifférent que l'investissement dont elle justifie résulte d'une cession de créance.
- [48] La République de Moldavie fait valoir au contraire que tant le sens ordinaire du terme “investissement” que son interprétation à la lumière des objectifs et du but du traité tels qu'ils ressortent du préambule du traité et de sentences arbitrales récentes (*en particulier, Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A c. Espagne, sentence finale du 16 mai 2018, affaire CIRDI n° ARB/14/1*) implique nécessairement un apport.
- [49] Dans son opinion dissidente, pour répondre à la question posée de savoir si Energolians a réalisé un « Investissement » en acquérant le 30 mai 2000 auprès de Derimen le droit de créance sur Moldtranselectro, le président du tribunal arbitral après avoir relevé que Derimen n'était pas un investisseur au sens de l'article 1(7), étant constitué aux Iles Vierges Britanniques, a estimé que même si l'article 1(6) définit le terme “Investissement” comme n'importe quel avoir, « interprétés correctement, l'article 1(6) et le TCE en général exigent que l'acquisition d'un tel avoir soit le résultat ou l'un des effets d'un processus économique d'investissement (de capitaux) » (opinion dissidente § 11).
- [50] Pour conclure que le droit de créance acquis par Energolians ne constitue un investissement ni en application de l'article 1(6) (c), ni en vertu de l'article 1(6)(f), du TCE, le président du tribunal arbitral relève que la finalité de la partie III est de protéger les investissements de capitaux et non de simples droit de propriété sur les avoirs, invoque le sens général et usuel du mot “investissement”, l'utilisation de ce terme aux articles 1(8), 9(3) et 19(1)i du TCE, l'objectif de l'article 1(6) étant d'établir les formes que peuvent prendre les investissements (opinion dissidente § 18). Il conclut que le sens usuel du mot investissement correspond à un investissement de capital ou d'efforts avec l'attente d'un certain rendement, que ce même mot suppose un certain délai avant que le rendement ne soit réalisé (c'est-à-dire une durée) et une certaine incertitude sur le montant du rendement (c'est-à-dire un risque commercial).
- [51] La réponse à la première branche du moyen dépend donc de l'interprétation de la notion d'« Investissement » au sens de l'article 1(6) du TCE.
- Sur la deuxième branche du moyen (l'investissement n'a pas été réalisé par Energoalians)
- [52] La République de Moldavie soutient qu'Energoalians qui n'a pas elle-même réalisé cet investissement, ne peut prétendre soumettre le différend s'y rapportant à l'arbitrage en vertu des termes de l'article 26 (1) du TCE, qu'en effet, un investisseur ne peut soumettre à l'arbitrage un différend au sujet d'un investissement qu'il n'a pas lui même réalisé, l'expression « réaliser un investissement » étant définie par l'article 1(8) du TCE.
- [53] Elle prétend ainsi qu'en acquérant la créance de Derimen, Energoalians n'a pas acquis un “investissement existant” au sens du TCE, dès lors que les Iles Vierges Britanniques, lieu d'immatriculation de Derimen n'étant pas partie contractante au TCE, cette société ne peut bénéficier du statut d'investisseur

au sens du TCE, ses avoirs ne pouvant dès lors constituer des “Investissements” au sens du Traité.

- [54] Elle fait valoir que la conclusion selon laquelle Derimen, n'étant pas un investisseur, n'a pu céder un investissement (dont elle ne disposait pas) à Energoalians, est conforme à l'adage *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (nul ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a).
- [55] Elle ajoute qu'Energolians n'a pas participé à un autre domaine d'activité d'investissement. Elle rappelle qu'au moment de l'acquisition par Energoalians du droit de créance détenu par Derimen, la créance était échue et qu'Energoalians n'a accordé aucun droit supplémentaire à Moldtranselectro qui aurait pu être considéré comme un apport.
- [56] Energoalians répond encore que la République de Moldavie tente d'ajouter au TCE une condition qui n'existe pas, à savoir le fait que l'investisseur, pour bénéficier de la protection du TCE, acquière l'investissement auprès d'une société elle-même "protégée" par le Traité, que sa créance trouve son origine dans un investissement et non dans une opération de nature commerciale, que le fait de détenir un avoir associé à une activité économique dans le secteur de l'énergie permet de déduire l'existence d'un investissement, indépendamment de la manière dont cet investissement a été acquis.
- [57] Elle rappelle qu'aux termes de l'article 1(6) du TCE, un investissement "désigne tout type d'avoir détenu ou contrôlé directement ou indirectement par un investisseur", qu'il importe donc peu qu'Energoalians ait ou non réalisé l'investissement, dès lors qu'elle contrôle ledit investissement.
- [58] Enfin, elle relève que seule la version française de l'article 26 du TCE mentionne que l'investissement doit être "réalisé" par l'investisseur, produisant des traductions assermentées en français de ce même article dans ses versions russe, anglaise, allemande, italienne et espagnole.
- [59] L'article 26 du TCE dans sa version française officielle relatif au règlement des différends entre un investisseur et une partie contractante concerne les différends qui opposent une partie contractante et un investisseur d'une autre partie contractante au sujet d'un investissement « réalisé par ce dernier ».
- [60] Le tribunal arbitral a rejeté l'argumentation développée par la République de Moldavie (sentence § 147 et suivants) au motif qu'il ne relevait « rien dans le texte du TCE qui indique que les anciens propriétaires de l'avoir présumé “Investissement” possède la qualité requise aux fins de savoir si son propriétaire actuel est “Investisseur” ou pas ».
- [61] Les termes “d'investissement réalisé” employés dans l'article 26(1) de la version française du TCE renvoient d'une part, à la définition de l'investissement de l'article 1(6), d'autre part, à la définition d' “investir” ou “réaliser des investissements” contenue à l'article 1(8), désignant « le fait de réaliser de nouveaux investissements, en acquérant tout ou partie des investissements existants ou en se tournant vers d'autres domaines d'activités d'investissement ».
- [62] La réponse à la deuxième branche du moyen nécessite préalablement l'interprétation de l'article 1(6) du Traité, au besoin de l'article 1(8).

Sur le moyen pris en sa troisième branche (le critère de territorialité n'a pas été respecté)

- [63] La République de Moldavie précise que l'article 26(1) comporte un critère de territorialité, la compétence du tribunal arbitral sur le fondement du TCE se trouvant limitée aux investissements réalisés par un investisseur "sur le territoire" de l'Etat d'accueil, c'est-à-dire à l'intérieur de ses frontières, selon le sens ordinaire à donner à ces termes et le contexte des autres termes du TCE. Dès lors que la livraison de l'électricité s'effectuait avant la frontière avec la Moldavie et que les sociétés Energoalians et Derimen n'exerçaient pas d'activité économique dans le secteur de l'énergie sur le territoire de la Moldavie, la recourante soutient qu'aucun investissement n'a été réalisé "dans la zone" de la Moldavie. Elle ajoute que l'acquisition du droit de créance ne pourrait elle-même être considérée comme un investissement réalisé dans "dans la zone" de la Moldavie par Energoalians et Derimen, la seule contrepartie versée par Energoalians pour cette acquisition, dont la preuve du paiement n'est au surplus pas apportée, devant être versée à Derimen, entité située dans les Iles Vierges Britanniques.
- [64] Energoalians répond que la condition de territorialité qui doit être appréciée de manière plus souple qu'en matière d'investissements "physiques" est remplie, qu'il existe de très nombreux critères de rattachement territorial à la Moldavie, que sa créance sur Moldtranselectro trouve son origine dans la fourniture d'électricité sur le territoire de la Moldavie, que l'opération complexe d'investissement a pour seul objet de fournir Moldtranselectro, une société publique moldave, en électricité, que comme l'a justement souligné le tribunal arbitral, "pendant la période contractuelle de fourniture, l'électricité, objet de fourniture se trouvait dans des réseaux électriques de haute tension à la fois sur le territoire de l'Ukraine et sur le territoire de la Moldavie".
- [65] Elle réplique encore que la République de Moldavie ne saurait sérieusement soutenir que l'investissement n'a pas été réalisé dans la zone de la Moldavie alors que l'investissement invoqué par Energoalians est la créance détenue sur Moldtranselectro, non le contrat de fourniture d'électricité sous-jacent et que la seule présence du terme DAF dans le contrat de fourniture d'électricité ne permet pas d'exclure son rattachement à la zone de la Moldavie.
- [66] L'article 26 du TCE est applicable aux différends qui opposent une partie contractante et un investisseur d'une autre partie contractante au sujet d'un investissement réalisé par ce dernier « dans la zone de la première ».
- [67] Le terme « Zone » est défini à l'article 1(10) du TCE comme suit :
« Zone » désigne, par rapport à un Etat qui est partie contractante :
a) le territoire qui relève de sa souveraineté étant entendu que ce territoire inclut les terres, les eaux intérieures et les eaux territoriales ; et
b) sous réserve du droit international de la mer et en conformité avec celui-ci:
la mer,
les fonds marins et leur sous-sol sur lesquels cette partie contractante exerce des droits souverains et sa juridiction. »
- [68] Les articles 11, 12, 13, 14, et 40 du TCE renvoient à ce critère de territorialité s'agissant d'autoriser l'entrée et le séjour du personnel de base des investisseurs sur le territoire d'un Etat contractant et de protéger les investissements réalisés dans ce territoire.
- [69] La République de Moldavie relève que les faits constatés par le tribunal arbitral, reconnus par Energoalians qui rappelle elle-même que l'électricité était livrée avant le passage de la frontière douanière entre l'Ukraine et la Moldavie (contrat DAF Delivered At Frontier, Rendu à la Frontière) sont incompatibles avec un investissement réalisé sur le territoire de la Moldavie et qu'au titre de la cession de créance, la contrepartie due par Energoalians pour l'acquisition de la créance, à la supposer versée, la preuve n'en étant pas apportée, n'aurait pas été payée à Derimen sur le territoire de la Moldavie.

[70] Energolians réplique que l'investissement qu'elle invoque est la créance détenue sur Moldtransselectro, et non le contrat de fourniture d'électricité sous-jacent et que le critère de territorialité doit s'apprécier différemment et de façon plus souple s'agissant d'une créance liquide.

[71] Se trouve ainsi posée par la troisième branche du moyen la question de savoir si la créance, appartenant à un investisseur, issue d'un contrat de vente d'électricité, peut constituer un investissement réalisé dans la zone d'une autre partie contractante au sens de l'article 26(1) du TCE, en l'absence de toute activité économique exercée par l'investisseur sur le territoire de cette dernière.

Sur la saisine de la Cour de justice de l'Union européenne

[72] Le Traité sur la Charte de l'énergie a été conclu par les Communautés européennes en vertu d'une décision 98/181/CE du 23 septembre 1997 du Conseil et de la Commission.

[73] Aux termes de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne :

« La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer à titre préjudiciel :

a) sur l'interprétation des traités,

b) sur la validité et l'interprétation de ses actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union.

Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des Etats membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question ».

[74] Le critère d'application de cette procédure est exclusivement tiré de la qualification de l'acte dont l'interprétation est sollicitée, à l'exclusion de toute considération relative à la nature du litige au principal ou à la qualité des parties devant le juge national.

[75] Les accords mixtes conclus par l'Union et les Etats membres avec des tiers sont au nombre des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union (CJCE 30 sept. 1987, aff. 12/86 Demirel ; CJUE 18 juil. 2013, aff.C 414/11 Sanofi-Aventis Deutschland).

[76] Contrairement à ce que soutient donc Energolians, la CJUE est compétente pour connaître de ces questions d'interprétation relatives aux dispositions du Traité sur la Charte de l'énergie, en vertu de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en ce qu'elles visent à assurer l'application uniforme du droit de l'Union européenne et la cour d'appel de Paris, juridiction de l'ordre judiciaire, devant faire application des dispositions du TCE pour apprécier la compétence du tribunal arbitral, a la faculté de saisir la Cour de justice de ces questions d'interprétation, peu important que le différend des parties ait été soumis en premier lieu à un tribunal arbitral.

[77] Il convient donc de soumettre à la CJUE les questions préjudicielles énoncées au dispositif.

[78] Il sera donc sursis à statuer jusqu'à ce que la Cour de justice se soit prononcée.

PAR CES MOTIFS :

Avant dire droit,

[79] Soumet à la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles suivantes :

- l'article 1(6) du Traité sur la Charte de l'énergie doit-il être interprété en ce sens qu'une créance issue d'un contrat de vente d'électricité qui n'a impliqué aucun apport de la part de l'investisseur dans l'état d'accueil peut constituer un « investissement » au sens de cet article ?

- l'article 26(1) du Traité sur la Charte de l'énergie doit-il être interprété en ce sens que constitue un investissement l'acquisition par un investisseur d'une partie contractante d'une créance constituée par un opérateur économique étranger aux États parties ?

- l'article 26(1) du Traité sur la Charte de l'énergie doit-il être interprété en ce sens qu'une créance appartenant à un investisseur, issue d'un contrat de vente d'électricité livrée à la frontière de l'État hôte, peut constituer un investissement réalisé dans la zone d'une autre partie contractante, en l'absence de toute activité économique exercée par l'investisseur sur le territoire de cette dernière ?

[80] Sursoit à statuer jusqu'à ce que la Cour de justice se soit prononcée.

[81] Dit que le greffe de cette cour transmettra la présente décision et le dossier de l'affaire par lettre recommandée avec demande d' accusé de réception à la Cour de justice de l'Union européenne, Greffe de la Cour, rue du Fort Niedergrünwald, L - 2925 Luxembourg.

[82] Dit que l'affaire sera retirée du rôle et rétablie à la demande de la partie la plus diligente dès la survenance de l'événement sus-visé.

[83] Réserve les dépens.

LA GREFFIÈRE

LA PRÉSIDENTE