

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

4A 80/2018

Arrêt du 7 février 2020

Ire Cour de droit civil

Composition

Mmes et M. les Juges fédéraux  
Kiss, présidente, Hohl, Niquille, Rüedi et May Canellas.  
Greffière Monti.

Participants à la procédure

La République X. \_\_\_\_\_,  
représentée par Me Franz X. Stirnimann et  
Me Jean-Marie Vulliemin,  
recourante,

contre

1. A. \_\_\_\_\_ N.V.,  
2. B. \_\_\_\_\_ Ltd,  
3. C. \_\_\_\_\_ Ltd,  
4. D. \_\_\_\_\_ Sàrl,  
toutes quatre représentées par Me Henry Peter,  
intimées.

Objet

arbitrage international,

recours contre la sentence arbitrale partielle rendue le 20 décembre 2017 par un Tribunal arbitral ad hoc avec siège à Genève, constitué conformément au Traité sur la Charte de l'énergie et au Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et statuant sous l'égide de la Cour permanente d'arbitrage (CPA)

Faits :

A.

A.a. Dès les années 1990, la République X. \_\_\_\_\_ a adapté sa législation pour favoriser les sources d'énergies renouvelables. En 1992, elle a institué deux mesures fiscales incitatives: la première exemptait d'impôt pendant cinq ans le revenu réalisé grâce à l'exploitation d'installations photovoltaïques ( Income Tax Holiday, art. 19 de la loi 1992 sur l'impôt sur le revenu); la seconde permettait d'amortir fiscalement certains composants des installations photovoltaïques sur une période de cinq à dix ans.

Dès 2004, la République X. \_\_\_\_\_ a mis sur le métier une législation tendant à atteindre les objectifs communautaires non contraignants qui lui étaient assignés, à savoir qu'en 2010, 8 % de sa consommation d'électricité devraient provenir d'énergies renouvelables.

C'est ainsi que le 31 mars 2005, elle adopta une loi visant à promouvoir la production d'électricité par des sources d'énergies renouvelables, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2005 ( Act 2005 on Promotion of Electricity Production from Renewable Energy Sources, ci-après: loi sur la promotion des énergies renouvelables). Cette

loi imposait aux exploitants du réseau d'acheter en priorité l'électricité générée par les installations d'énergies renouvelables, et de l'acheter au prix fixé par l'Etat, c'est-à-dire par le régulateur ( Energy Regulatory Office, ci-après: ERO). Ce prix au kilowattheure ( Feed-in-Tariff ou FiT) était calculé sur la base de l'investissement et des coûts opérationnels des installations d'énergies renouvelables dans une catégorie donnée. Dans le domaine de l'énergie solaire, il était arrêté de telle manière que les investissements soient rentabilisés à l'issue d'une période de quinze ans, augmentée ensuite à vingt ans, ce qui correspondait à la durée de vie estimée d'une installation photovoltaïque. Le pouvoir du régulateur d'ajuster le FiT était limité à un double titre: d'une part, une modification du FiT ne pouvait concerner que les installations mises en service l'année civile suivante; d'autre part, pour

celles-ci, le FiT ne pouvait être réduit que de 5 % par rapport à celui de l'année en cours. Le paiement du FiT initial était ainsi garanti pendant 15 ans (resp. 20 ans), soit durant toute la durée de vie estimée de l'installation photovoltaïque, sans compter une indexation pour compenser l'inflation.

Le FiT était supérieur au prix du kilowattheure issu des énergies fossiles classiques. Ce surcoût était répercuté sur le consommateur qui, à l'origine, devait le supporter entièrement. Le législateur tablait sur une augmentation de 1 % par an du coût de l'électricité, adoptant la prémisse que les centrales d'énergie photovoltaïque ne génèreraient qu'une faible part de l'électricité produite en République X. \_\_\_\_\_ à l'horizon 2010, au même titre que la géothermie.

A.b. Dans un premier temps, ces mesures législatives ne générèrent pas d'investissements significatifs. Cependant, l'arrivée sur le marché de panneaux solaires à bas prix, importés de Chine et de Taïwan, modifia considérablement la donne. Durant l'été 2009, le régulateur (ERO) informa le gouvernement d'une augmentation massive des demandes de raccordement de nouvelles installations solaires, jugeant la situation "extrêmement sérieuse". La baisse rapide du coût des panneaux solaires était bien supérieure à la baisse maximale de 5 % du FiT qu'il était en droit d'appliquer, et la garantie dudit prix pendant quinze ans permettait aux exploitants de réaliser des profits bien plus importants que ceux entrevus par le législateur. Le régulateur craignait une augmentation insupportable du prix de l'électricité pour les consommateurs privés et industriels, sans compter une instabilité du réseau liée à la nature imprévisible et volatile de la production photovoltaïque. De fait, le nombre d'installations solaires explosa, bouleversant les prévisions économiques effectuées en 2005: alors que celles-ci tablaient sur une production de 15 gigawattheures (GWh) en 2010, la production d'énergie photovoltaïque atteignit 616 GWh cette année-là, et même 2182 GWh en 2011.

A.c. Ce "boom solaire" s'inscrivait dans une période politique mouvementée ayant conduit à l'installation d'un gouvernement provisoire. La République X. \_\_\_\_\_ subissait en outre les effets de la crise économique globale de 2008. En 2009, son produit intérieur brut (PIB) diminua de 4,8 %; sa dette publique augmenta de 24,9 % à 30 % du PIB, tandis que le déficit budgétaire passait de 0,5 % à 4,9 % du PIB.

Sur les conseils de l'ERO, le Ministère de l'industrie et du commerce annonça le 28 août 2009 son intention de supprimer avec effet immédiat la limite de 5 % pour permettre au régulateur d'adapter le FiT aux coûts d'investissements actuels dans le secteur de l'énergie solaire. Sous la pression des investisseurs et des banques, il fit machine arrière au profit d'une approche plus graduelle de la réduction du FiT. Dans un courrier adressé à l'ERO, le Ministère expliqua que la réduction-limite de 5 % devait garantir un retour sur investissements dans les énergies renouvelables, en toute transparence et prévisibilité; une annulation pure et simple de cette limite pourrait exposer la République X. \_\_\_\_\_ au risque de procès liés à des pertes sur investissements.

Lors d'une conférence de presse tenue le 16 novembre 2009, le Ministre de l'industrie et du commerce fit savoir qu'il autoriserait l'ERO à adapter le FiT en s'affranchissant de la limite de 5 % pour les investissements photovoltaïques effectués dès 2011. La disposition corrélatrice de la loi sur la promotion des énergies renouvelables fut abolie par une loi du 17 mars 2010, entrée en vigueur le 20 mai suivant; était concernée toute installation connectée au réseau après le 1er janvier 2011.

La République X. \_\_\_\_\_ adopta une série d'autres mesures amendant la loi sur l'impôt sur le revenu ainsi que la loi sur la promotion des énergies renouvelables.

Par la loi 2010 du 28 décembre 2010, elle modifia l'art. 7 de la loi sur la promotion des énergies renouvelables et institua une "taxe" solaire. Une précision linguistique s'impose à ce stade. La sentence objet du présent recours, rédigée en anglais, traduit le terme par *levy*. Ce nom, qui est aussi un verbe signifiant *to raise*, *to col-*

lect, to impose, est dérivé du vieux français levéet du latin levare (cf. [www.lexico.com](http://www.lexico.com); [www.etymonline.com](http://www.etymonline.com); Black's Law Dictionary). Il se traduit habituellement par prélèvement ou impôt, le premier terme paraissant plus fidèle à l'étymologie. Il semble que le nom original... puisse aussi se traduire par prélèvement (cf. notamment [www.iate.europa.eu](http://www.iate.europa.eu)), ce qu'admet la République X.\_\_\_\_\_ qui propose aussi la traduction "taxe". En tout état de cause, ces deux expressions seront utilisées dans le présent arrêt à titre équivalent, sans préjuger de la question litigieuse.

Cette "taxe solaire" visait les usines photovoltaïques mises en service entre le 1er janvier 2009 et le 31 décembre 2010, et qui bénéficiaient du FiT. L'assiette était constituée par les paiements dus aux producteurs d'énergie solaire en échange de l'énergie électrique qu'ils délivraient au réseau. Le débiteur - ou l'agent payeur - était l'opérateur du réseau, à qui il incombait de retenir 26 % sur le FiT dû et de reverser cette quote-part à l'Etat. Ce "prélèvement" était initialement prévu pour une durée de trois ans, soit du 1er janvier 2011 au 31 décembre 2013; celle-ci a ensuite été prolongée, tandis que le taux était ramené à 10 %

Le 1er janvier 2011, la République X.\_\_\_\_\_ mit un terme à toutes les mesures d'encouragement concernant les installations photovoltaïques mises en service après le 1er mars 2011 et dont la puissance maximale excédait 30 kilowatts "crête" (kilowatt peak, kWp); elle abrogea l'exemption fiscale sur le revenu (Income Tax Holiday) et modifia la réglementation sur l'amortissement fiscal. Finalement, une loi entrée en force partiellement le 30 mai 2012 et, pour le reste, le 1er janvier 2013, rapporta d'autres mesures et mit fin à tous les contrats entre les producteurs d'énergies renouvelables et les opérateurs du réseau soumis au FiT, avec effet au 31 décembre 2012.

A.d. Divers investisseurs se plainquirent de l'introduction de la "taxe solaire", parmi lesquels les sociétés suivantes:

- B.\_\_\_\_\_ Ltd (ci-après: B.\_\_\_\_\_), société de droit chypriote constituée le 29 octobre 2009,
- A.\_\_\_\_\_ N.V. (ci-après: A.\_\_\_\_\_), société de droit néerlandais constituée le 8 décembre 2009, filiale de la précédente, appartenant toutes deux au groupe d'investissement I.\_\_\_\_\_, détenu par des ressortissants XX.\_\_\_\_\_,
- C.\_\_\_\_\_ Ltd (ci-après: C.\_\_\_\_\_), société de droit chypriote constituée en 2004, et
- D.\_\_\_\_\_ Sàrl (ci-après: D.\_\_\_\_\_), société de droit luxembourgeois.

Ces sociétés investirent dans une entité de droit XX.\_\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_\_. Constituée en 2007, cette dernière est elle-même actionnaire de onze entités incorporées selon le droit XX.\_\_\_\_\_, lesquelles sont propriétaires et exploitent des installations photovoltaïques dans cette même République. Les investissements ont été effectués sous la forme d'acquisition d'actions dans Z.\_\_\_\_\_ et de financements (prêts ou rachat de créances découlant de prêts) (cf. au surplus consid. 4.5 infra).

B.

B.a. La République X.\_\_\_\_\_ a conclu divers accords visant à encourager et protéger les investissements.

- Elle s'est en particulier liée par un traité multilatéral, le Traité sur la Charte de l'énergie du 17 décembre 1994 (RS 0.730.0; ci-après: TCE; en anglais Energy Charter Treaty, ECT). Pour cet Etat comme pour Chypre, le Luxembourg, les Pays-Bas ou encore la Suisse, cette convention est entrée en vigueur le 16 avril 1998.

Celle-ci débute par une série de définitions, en particulier des mots "investissement" et "investisseur" (art. 1 TCE; cf. consid. 4.6.1 infra).

L'art. 10, dans la partie III du traité qui constitue le coeur des obligations substantielles assumées par les Etats contractants, énonce notamment ceci:

"Art. 10

Promotion, protection et traitement des investissements

1. Chaque partie contractante encourage et crée [...] des conditions stables, équitables, favorables et transparentes pour la réalisation d'investissements dans sa zone par les investisseurs des autres parties contractantes. Ces conditions comprennent l'engagement d'accorder, à tout instant, un traitement loyal et équitable aux investissements des investisseurs des autres parties contractantes. Ces investissements bénéficient également d'une protection et d'une sécurité les plus constantes possible, et aucune partie contractante n'entrave, en aucune

manière, par des mesures déraisonnables ou discriminatoires, leur gestion, maintien, utilisation, jouissance ou disposition. (...)”

L’art. 21, qui est l’un des points névralgiques du présent litige, précise que le traité, sauf exceptions, ne crée ni droits, ni obligations s’agissant des mesures fiscales des parties contractantes (consid. 3.1.1 infra).

Enfin, la partie V consacrée au règlement des différends renferme à l’art. 26 TCE une clause juridictionnelle en vertu de laquelle chaque Etat accepte par avance, au profit des investisseurs ressortissants d’autres Etats contractants, que les litiges relatifs à l’investissement soient portés contre lui devant un tribunal arbitral indépendant. L’investisseur peut, selon son choix, porter l’affaire devant les juridictions judiciaires ou administratives de l’Etat hôte, ou opter entre plusieurs types d’arbitrage, dont un arbitrage ad hoc selon le Règlement d’arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international [CNUDCI](art. 26 § 4 let. b TCE).

- La République X.\_\_\_\_\_ s’est en outre liée par divers traités bilatéraux d’investissements (ci-après: TBI), dont trois sont évoqués ci-dessous pour les besoins de la discussion juridique. Ceux-ci sont bâtis sur le même modèle que le TCE, en ce sens qu’ils contiennent des engagements matériels tels que la garantie d’un traitement loyal et équitable, ainsi qu’une clause juridictionnelle par laquelle les parties acceptent que le litige soit soumis à un tribunal arbitral indépendant. On citera ainsi:

- L’Accord entre l’Union économique belgo-luxembourgeoise et la République X.\_\_\_\_\_ concernant la promotion et la protection réciproques des investissements, entré en vigueur le 13 février 1992 (ci-après: TBI-Lux);

- L’Accord entre le Royaume des Pays-Bas et la République X.\_\_\_\_\_ sur l’encouragement et la protection réciproque des investissements, entré en vigueur le 1er octobre 1992 (TBI-NL);

- L’Accord entre la République X.\_\_\_\_\_ et la République de Chypre pour la promotion et la protection réciproque des investissements, entré en vigueur le 25 septembre 2002(TBI-Cy).

B.b. Le 8 mai 2013, A.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_ ont introduit une procédure d’arbitrage contre la République X.\_\_\_\_\_ en se prévalant des clauses compromissaires contenues dans les quatre traités précités (TCE, TBI-Lux, TBI-NL et TBI-Cy). Elles ont conclu en dernier lieu au paiement de xxx 2022 millions, à répartir entre elles à raison de xxx 379 millions pour A.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_, xxx 424 millions pour C.\_\_\_\_\_ et xxx 1219 millions pour D.\_\_\_\_\_. Le fondement de ces prétentions en dommages-intérêts résiderait dans de prétendues violations des engagements contractés par la République X.\_\_\_\_\_ via ces quatre traités, en vertu desquels elle devrait accorder aux investissements couverts un traitement loyal et équitable ainsi qu’une protection et une sécurité les plus constantes possibles, tout en s’abstenant d’adopter des mesures déraisonnables ou discriminatoires entravant leur gestion, maintien, utilisation, jouissance ou disposition (cf. notamment art. 10 § 1 TCE précité).

Un tribunal arbitral de trois membres a été constitué conformément au Règlement de la CNUDCI, sous l’égide de la Cour permanente d’arbitrage (CPA). Son siège a été fixé à Genève et l’anglais désigné comme langue de l’arbitrage.

La République X.\_\_\_\_\_ a soulevé sept objections préliminaires afférentes à la compétence du Tribunal arbitral. Sa requête tendant à faire statuer le tribunal préalablement a été rejetée et la procédure s’est poursuivie. Sur le fond, la défenderesse a conclu au rejet de la demande pour le motif qu’elle n’avait violé aucune obligation découlant du TCE et des TBI, plus subsidiairement au rejet motivé par le fait que les demanderesses ne pouvaient prétendre à aucun dédommagement.

B.c. Le 20 décembre 2017, le Tribunal arbitral a rendu une ”sentence partielle” (partial award).

Il a décliné sa compétence s’agissant des griefs visant l’abrogation de la mesure d’exemption fiscale (Income Tax Holiday)et la modification du régime d’amortissement fiscal. Il s’est pareillement déclaré incompétent pour connaître des prétendues violations du TBI-Cy (dénoncées par C.\_\_\_\_\_) et du TBI-Lux (invoquées par D.\_\_\_\_\_). Pour le reste, il a admis sa compétence.

Cela étant, il s’est limité à trancher le principe de la responsabilité de la République X.\_\_\_\_\_, indiquant qu’il prendrait ultérieurement les dispositions nécessaires pour la continuation de la procédure désormais centrée sur le calcul du dommage. Parmi les violations invoquées, il n’en a retenu qu’une seule: celle relative au standard de traitement loyal et équitable. Toutes les demanderesses étaient fondées à réclamer réparation de ce fait, sur la base de l’art. 10 TCE. Il a retenu des violations de la même garantie tirées de l’art. 2 § 2 TBI-Cy au

préjudice de B.\_\_\_\_\_, respectivement de l'art. 3 § 1 TBI-NL au préjudice de A.\_\_\_\_\_. Les arguments qui étayent cette sentence seront évoqués plus loin dans la mesure utile à la discussion.

C.

Le 1<sup>er</sup> février 2018, la République X.\_\_\_\_\_ a saisi le Tribunal fédéral d'un recours en matière civile dénonçant une violation de l'art. 190 al. 2 let. b de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP; RS 291), aux fins d'obtenir l'annulation de la "sentence partielle" du 20 décembre 2017 (sous réserve des chefs du dispositif constatant l'incompétence du tribunal ou rejetant certains pans de la demande). Elle a notamment produit un avis de droit établi par un professeur de droit XX.\_\_\_\_\_ destiné à renforcer et développer son point de vue.

Le Tribunal arbitral a renoncé à formuler des observations sur le recours.

Dans leur réponse du 12 avril 2018, les intimées ont conclu au rejet du recours, dans la mesure de sa recevabilité.

La recourante a répliqué le 2 mai 2018, suscitant une duplique des intimées le 22 mai suivant.

Le 5 juin 2018, la recourante a déposé une triplique demandant d'une part le retranchement de la pièce 16 déposée par les intimées à l'appui de leur duplique, soit une sentence arbitrale du... 2018, d'autre part le retranchement des allégués y relatifs (all. 25-31, 51 et 52); elle a également produit un document lié à cette sentence. Par courrier du 12 juin 2018, les intimées ont requis principalement que la triplique et son annexe soient déclarées irrecevables, subsidiairement qu'un délai leur soit imparti pour se déterminer sur leur contenu. Le greffier de la cour de céans leur a fait savoir, le 13 juin suivant, que la formation appelée à statuer sur le présent recours se prononcerait sur l'admissibilité de l'écriture et de la pièce litigieuses. Il les a rendues attentives à la faculté de se déterminer sur la dernière écriture de la recourante, faculté qu'elles utilisèrent le 19 juin suivant.

La recourante jugea opportun de se déterminer à son tour sur cette nouvelle écriture, le 26 juin suivant, provoquant le dépôt d'un bref mémoire des intimées par lequel elles confirmèrent leur position. Elles produisirent encore une pièce supplémentaire le 11 juillet 2018 (soit une publication, sur une revue en ligne, de la sentence du... 2018).

Considérant en droit :

1.

D'après l'art. 54 al. 1 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le Tribunal fédéral rédige son arrêt dans une langue officielle, en règle générale dans la langue de la décision attaquée. Lorsque cette décision a été rendue dans une autre langue (ici l'anglais), le Tribunal fédéral utilise la langue officielle choisie par les parties. Devant le Tribunal arbitral, celles-ci se sont servies de l'anglais, tandis que, dans les mémoires adressés au Tribunal fédéral, elles ont employé le français. Conformément à sa pratique (cf. ATF 142 III 521 consid. 1), le Tribunal fédéral rendra son arrêt dans la langue du recours, c'est-à-dire le français.

2.

Dans le domaine de l'arbitrage international, le recours en matière civile est recevable aux conditions prévues aux art. 190 à 192 LDIP en vertu de l'art. 77 al. 1 let. a LTF.

2.1. Le siège de l'arbitrage a été fixé à Genève. La sentence attaquée - dont l'intitulé n'est pas déterminant - constitue techniquement une décision incidente par laquelle le Tribunal arbitral a statué sur sa propre compétence (art. 186 al. 3 LDIP) et sur l'une des conditions matérielles de la demande, soit le fondement de la responsabilité de l'Etat hôte. Conformément à l'art. 190 al. 3 LDIP, elle peut faire l'objet d'un recours pour les motifs prévus à l'art. 190 al. 2 let. a et b LDIP (ATF 143 III 462 consid. 2.2; arrêt 4A 65/2018 du 11 décembre 2018 consid. 2.1). Les griefs visés à l'art. 190 al. 2 let. c à e LDIP peuvent aussi être soulevés contre de telles décisions incidentes, mais uniquement dans la mesure où ils se limitent strictement aux points concernant directement la compétence ou la composition du tribunal arbitral (ATF 143 III 462 consid. 2.2 p. 465 et les arrêts cités).

Le recours de l'art. 77 LTF a généralement un caractère purement cassatoire, en ce sens que le Tribunal fédéral, s'il admet ledit recours, n'a d'autre issue que d'annuler la sentence (cf. art. 77 al. 2 LTF restreignant la portée de l'art. 107 al. 2 LTF). Par exception, l'autorité de céans peut constater elle-même la compétence ou l'incompétence du tribunal arbitral (ATF 136 III 605 consid. 3.3.4 p. 616; 117 II 94 consid. 4; arrêt 4A 394/2017

du 19 décembre 2018 consid. 2.2). Dans un tel cadre, la partie recourante peut soit prendre des conclusions réformatrices, soit se contenter de conclusions en annulation (arrêt 4A 490/2016 du 6 mars 2017 consid. 2.3).

2.2. Pour qu'un grief admissible et dûment invoqué dans le recours en matière civile soit recevable, encore faut-il qu'il soit motivé, ainsi que le prescrit l'art. 77 al. 3 LTF. Cette disposition correspond à ce que prévoit l'art. 106 al. 2 LTF pour le grief tiré de la violation des droits fondamentaux ou de dispositions de droit cantonal et intercantonal. A l'instar de cet article, elle institue le principe d'allégation (Rügeprinzip) et exclut, par là même, la recevabilité des critiques appellatoires (ATF 134 III 186 consid. 5; arrêt précité 4A 65/2018 consid. 2.2; arrêt 4A 34/2015 du 6 octobre 2015 consid. 2.2, non publié à l'ATF 141 III 495). De plus, le recourant ne saurait utiliser son droit de réplique pour invoquer des moyens, de fait ou de droit, qu'il n'avait pas présentés en temps utile, c'est-à-dire avant l'expiration du délai de recours non prolongeable (art. 100 al. 1 LTF en liaison avec l'art. 47 al. 1 LTF), respectivement pour compléter, hors délai, une motivation insuffisante. Il en va de même en ce qui concerne le contenu d'une éventuelle duplique (arrêts précités 4A 65/2018 et 4A 34/2015).

2.3. Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits constatés dans la sentence attaquée (cf. art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut rectifier ou compléter d'office les constatations des arbitres, même si les faits ont été établis de manière manifestement inexacte ou en violation du droit (cf. l'art. 77 al. 2 LTF qui exclut l'application de l'art. 105 al. 2 LTF). Cela étant, l'autorité de céans conserve la faculté de revoir l'état de fait à la base de la sentence attaquée si l'un des griefs mentionnés à l'art. 190 al. 2 LDIP est soulevé à l'encontre dudit état de fait ou s'il faut exceptionnellement prendre en considération des faits ou des moyens de preuve nouveaux dans le cadre de la procédure du recours en matière civile (ATF 138 III 29 consid. 2.2.1 et les arrêts cités; arrêt 4A 394/2017 du 19 décembre 2018 consid. 2.4).

2.4.

2.4.1. L'art. 99 al. 1 LTF, qui s'applique aussi en matière d'arbitrage international (art. 77 al. 2 LTF a contrario), proscrit en principe la présentation de faits nouveaux et de preuves nouvelles devant le Tribunal fédéral. L'interdiction des nova concerne l'état de fait (ATF 134 V 208 consid. 3.6.1).

A contrario, cette disposition n'interdit pas les moyens de droit nouveaux. Aussi la production d'un avis de droit, d'extraits doctrinaux ou de jurisprudence échappe-t-elle en principe à l'interdiction des nova, en tant que ces éléments visent à consolider l'argumentation juridique du recourant (ATF 138 II 217 consid. 2.4; 108 II 167 consid. 5 principio; 105 II 1 consid. 1; arrêts 5A 714/2016 du 30 janvier 2017 consid. 1.3; 4A 500/2015 du 18 janvier 2017 consid. 2.2). Encore faut-il les produire en temps utile, soit dans le délai de recours (ATF 138 II 217 consid. 2.5; 108 II 69 consid. 1; arrêts 4A 86/2013 du 1<sup>er</sup> juillet 2013 consid. 1.2.3; 4A 190/2007 du 10 octobre 2010 consid. 5.1).

Divers tempéraments et nuances doivent être apportés. Ainsi, une expertise sur le droit étranger, des extraits de doctrine ou encore des décisions d'autorités judiciaires étrangères peuvent avoir, partiellement au moins, le caractère d'un moyen de preuve, dans la mesure où les parties doivent contribuer à faire constater le droit étranger (cf. art. 16 al. 1 LDIP; ATF 138 II 217 consid. 2.3; arrêt 5A 648/2018 du 25 février 2019 consid. 2.3, in Praxis 2019 1217; cf. aussi arrêt 5A 973/2017 du 4 juin 2019 consid. 4.3). Il arrive également qu'une partie produise un jugement ayant un lien avec la cause, pour étayer des faits (cf. par ex. arrêt 4A 247/2017 du 18 avril 2018 consid. 3). En outre, la production de jugements postérieurs à la décision entreprise heurte en soi le postulat sous-jacent à l'art. 99 LTF, à savoir que l'autorité de céans contrôle l'application du droit sur la base de la situation prévalant au moment du jugement attaqué; l'expression "précédents" (cf. arrêt précité 4A 190/2007 consid. 5.1), caractérisant le poids que peut conférer la jurisprudence, est suffisamment parlante à cet égard.

En matière d'arbitrage international, la cour de céans a par exemple déclaré irrecevables une décision judiciaire française, une opinion de la Cour de justice de l'Union européenne ainsi qu'une loi étrangère en relevant que ces éléments postérieurs à la date de reddition de la sentence attaquée étaient des pièces nouvelles irrecevables, tout comme les allégations s'y rapportant (arrêt 4A 157/2017 du 14 décembre 2017 consid. 3.3.1). La présentation d'une sentence arbitrale postérieure à la décision attaquée s'est heurtée au même écueil d'irrecevabilité (arrêt 4P.104/2004 du 18 octobre 2004 consid. 3.3 in fine).

2.4.2. Dans sa réplique du 2 mai 2018, la recourante s'est référée à une décision Achmea du 6 mars 2018

(C-284/16), dans laquelle la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée sur la compatibilité de la clause d'arbitrage contenue à l'art. 8 du TBI-NL précité avec le Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE). La recourante soutient que cet arrêt fonde l'incompétence du Tribunal arbitral; dans le même temps, elle admet qu'elle ne saurait plaider ce grief dans le cadre de la présente procédure puisque le délai de recours est échu. Cette concession suffit déjà à exclure toute discussion.

2.4.3. Les parties sont divisées quant à la recevabilité d'une sentence arbitrale produite par les intimées à l'appui de leur duplique.

Cette sentence du... 2018 est postérieure à la sentence objet du présent recours. Elle a en outre été rendue dans une procédure visant également la recourante et se prononce aussi sur la nature de la "taxe solaire". Or, les intimées ne sauraient tirer profit des compléments d'informations pouvant résulter de cette sentence - à propos, par exemple, de la jurisprudence et de la doctrine xxx - alors qu'elles auraient dû effectuer ces apports en temps utile.

Qui plus est, l'autorité de céans a déjà souligné, dans le domaine de la protection internationale des investissements notamment, que les solutions dégagées dans d'autres affaires arbitrales ne lient pas un tribunal arbitral, de sorte qu'on ne saurait voir dans la jurisprudence arbitrale une source à proprement parler du droit de l'arbitrage (ATF 144 III 559 consid. 4.4.2 p. 569; arrêt 4A 616/2015 du 20 septembre 2016 consid. 3.4.1 et le renvoi, mutatis mutandis, à l'arrêt 4A 110/2012 du 9 octobre 2012 consid. 3.2.2 en matière d'arbitrage sportif).

Pour ces motifs déjà, la cour de céans ne tiendra pas compte de la sentence xxx et des commentaires qu'elle a suscités auprès des parties, tous ces éléments étant irrecevables. Par ailleurs, fidèle à sa pratique, elle s'attachera à dégager elle-même le sens des traités en cause, conformément aux méthodes d'interprétation applicables, en tenant compte le cas échéant de la doctrine, mais en toute liberté par rapport aux autres sentences arbitrales rendues en la matière, même si elle n'ignore pas la place importante que celles-ci occupent dans les ouvrages spécialisés.

2.5. On rappellera enfin que, lorsqu'elle est saisie du grief d'incompétence (art. 190 al. 2 let. b LDIP), la Ire Cour de droit civil examine librement les questions de droit, y compris les questions préalables, qui déterminent la compétence ou l'incompétence du Tribunal arbitral (pour des exemples en matière de protection des investissements, cf. arrêts précités 4A 157/2017 consid. 3.3.4 et les réf.; 4A 65/2018 consid. 2.4.1 et 3.2.1-3.2.3). Le cas échéant, elle revoit aussi l'application du droit étranger pertinent, également avec une pleine cognition; elle se rallie toutefois à l'avis clairement majoritaire exprimé sur le point considéré et, en cas de controverse entre la doctrine et la jurisprudence, à l'opinion émise par la juridiction suprême du pays ayant édicté la règle de droit applicable (arrêt précité 4A 34/2016 consid. 3.1; arrêts 4A 538/2012 du 17 janvier 2013 consid. 4.2; 4A 50/2012 du 16 octobre 2012 consid. 3.2).

2.6. C'est à l'aune de ces principes et réserves que la cour de céans examinera les deux branches de griefs visant la compétence du Tribunal arbitral.

3.

Le premier élément de discorde porte sur la nature de la "taxe solaire", dont la République X. \_\_\_\_\_ soutient qu'il s'agit d'une "mesure fiscale" au sens de l'art. 21 TCE. Si tel était le cas, les parties demandresses ne pourraient déduire aucun droit de ce traité (art. 21 § 1 TCE), respectivement ne pourraient se prévaloir de la clause d'arbitrage figurant à l'art. 26 TCE.

3.1.

3.1.1. La réglementation topique a la teneur suivante:

"Art. 21  
Fiscalité

1. A moins que le présent article n'en dispose autrement, aucune disposition du présent traité ne crée des droits ni impose des obligations en ce qui concerne les mesures fiscales des parties contractantes. (...)

[soit, dans sa version anglaise:

## Taxation

1. Except as otherwise provided in this Article, nothing in this Treaty shall create rights or impose obligations with respect to Taxation Measures of the Contracting Parties . (...) ]

(...)

7. Aux fins du présent article:

a) le terme ' mesure fiscale' couvre:

i) toute disposition fiscale de la législation nationale de la partie contractante ou d'une de ses subdivisions politiques ou d'une autorité locale; et

ii) toute disposition fiscale d'une convention visant à éviter la double imposition et d'un arrangement ou règlement international par lequel la partie contractante est liée.

(...)

d) Pour prévenir toute équivoque, les termes 'dispositions fiscales' et 'impôts' n'incluent pas les droits de douane.

[soit, dans sa version anglaise:

7. For the purpose of this Article:

a) The term 'Taxation Measure' includes:

i) any provision relating to taxes of the domestic law of the Contracting Party or of a political subdivision thereof or a local authority therein; and

ii) any provision relating to taxes of any convention for the avoidance of double taxation or of any other international agreement or arrangement by which the Contracting Party is bound.

(...)

d) For the avoidance of doubt, the terms 'tax provisions' and 'taxes' do not include customs duties.]”

3.1.2. L'interprétation du TCE doit s'effectuer conformément aux règles de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0.111; ci-après: CV; ATF 141 III 495 consid. 3.5.1 p. 503), soit selon les art. 31 ss CV qui codifient en substance le droit coutumier international (ATF 145 II 339 consid. 4.4.1; 122 II 234 consid. 4c).

Selon ces préceptes, un traité doit être interprété de bonne foi, suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but (art. 31 § 1 CV). Le sens ordinaire des termes constitue le point de départ de l'interprétation, même si la Convention n'impose pas un ordre hiérarchique dans les critères d'interprétation. Le principe de la bonne foi implique notamment de la loyauté de la part de l'Etat contractant dans l'exécution de ses engagements (cf. aussi art. 26 CV). Un Etat contractant doit proscrire tout comportement ou toute interprétation qui aboutirait à éluder ses engagements internationaux ou à détourner le traité de son sens et de son but (ATF 143 II 202 consid. 6.3.1 p. 208; sur l' effet utile du traité, cf. par ex. ATF 144 II 130 consid. 8.2.1; 141 III 495 consid. 3.5.1 p. 503).

3.2. L'impôt est l'expression par excellence de la souveraineté d'un Etat (BLUMENSTEIN/LOCHER, *S ystem des schweizerischen Steuerrechts*, 7 e éd. 2016, p. 1, 6 et 53). Aussi les Etats désirant conclure des traités de protection des investissements sont-ils enclins à éliminer le domaine fiscal du champ d'application du traité, ou à limiter celui-ci à certains types de taxes (ABBA KOLO, *Tax 'Veto' as a Special Jurisdictional and Substantive Issue in Investor-State Arbitration: Need for Reassessment?*, in *Suffolk Transnational Law Review* 2009, vol. 32 (2) p. 475; NEWCOMBE/PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties*, 2009, p. 506 s. § 10.11 s.). L'efficacité de ces clauses d'exclusion est parfois toute relative, pour divers motifs qui tiennent notamment au fait que certains traités ne définissent pas ce qu'il faut entendre par "mesures fiscales", ou seulement de façon vague et peu claire, ou encore au fait que ces clauses d'exclusion (carve-out) sont souvent assorties d'exceptions (claw-back), en matière d'expropriation notamment (URIBE/MONTES, *Building a Mirage: The Effectiveness of Tax Carve-out Provisions in International Investment Agreements*, in *Investment Policy Brief*, n°14, mars 2019, p. 1 et 8, accessible sur le site

Internet [www.southcentre.int](http://www.southcentre.int)). La souveraineté fiscale peut s'en trouver restreinte indûment (UGUR ERMAN ÖZGÜR, *Taxation of Foreign Investments under International Law: Article 21 of the Energy Charter Treaty in Context*, *Energy Charter Secretariat*, 2015, p. 64 s.).

L'art. 21 TCE illustre bien cette problématique. Il contient une clause d'exclusion à son § 1, en ce sens notam-

ment que le traité n'impose aucune obligation à l'Etat hôte en ce qui concerne les "mesures fiscales". Toutefois, l'art. 13 TCE, qui pose une interdiction de principe aux mesures d'expropriation, s'applique aux "impôts" (art. 21 § 5 let. a). L'art. 21 § 7 TCE fournit certes une définition des "mesures fiscales", mais de façon relativement vague, et dans une disposition à l'articulation complexe, de sorte qu'il subsiste bien des incertitudes (cf. ÖZGÜR, op. cit., notamment p. 13 et 64). Des tribunaux arbitraux - en particulier dans le cadre d'une affaire à rebondissements Yukos fréquemment citée par la doctrine - ont en outre considéré que les Etats ne peuvent se prévaloir du carve-out que dans la mesure où ils prélèvent les impôts de manière conforme à la bonne foi, pour augmenter les revenus de l'Etat. Dans le cas précité, il avait été jugé que des actions entreprises sous couvert d'impôts à des fins totalement étrangères, par exemple pour détruire une société ou éliminer un adversaire politique, ne sauraient bénéficier de l'exemption de l'art. 21 TCE (Yukos Universal Ltd [Ile de Man]c. Fédération de Russie, UNCITRAL,

PCA Case No. AA 227, sentence finale du 18 juillet 2014, N 1407 et 1430 ss; GLORIA ALVAREZ, in Commentary on The Energy Charter Treaty, 2018, n. 21.01 s. ad art. 21 TCE; SOPHIE NAPPERT, Square Pegs and Round Holes: The Taxation Provision of the Energy Charter Treaty and the Yukos Awards, in Les Cahiers de l'Arbitrage, 2015, p. 16 et 21, qui objecte que l'art. 21 § 7 TCE fournit une définition "neutre").

L'art. 21 § 7 TCE se réfère au droit de l'Etat hôte (législation nationale et conventions internationales), ce qui s'inscrit dans la logique du principe de la légalité conditionnant traditionnellement la perception d'un impôt. Il n'élimine cependant pas toute forme de controverse. Se pose notamment la question du recours à un standard autonome d'essence supra-nationale, potentiellement issu de réglementations d'organisations internationales telles que l'OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques), standard qui viendrait compléter le droit de l'Etat hôte. Sur ce point également, on ne trouve guère dans la doctrine de réponses toutes tracées. On relèvera au passage la formulation légèrement différente adoptée dans la version anglaise de l'art. 21 § 7 let. a.

Cela étant, toutes les problématiques inhérentes à l'art. 21 TCE, dont une partie est ici esquissée très sommairement, n'appellent pas de réflexions plus poussées. Le Tribunal arbitral a en effet constaté qu'au regard du droit XX. \_\_\_\_\_ lui-même, la "taxe solaire" (Solar Levy) n'était pas un impôt. N'étant pas confronté à une mesure fiscale au sens de l'art. 21 § 1 TCE, sa compétence était acquise. Il convient de résumer l'analyse des arbitres (consid. 3.3 infra), avant d'examiner les griefs de la recourante.

3.3. Le Tribunal arbitral a précisé en préambule que deux des mesures adoptées par la République X. \_\_\_\_\_ dans la foulée du "boom solaire", à savoir l'abrogation de l'exemption fiscale (Income Tax Holiday) et la modification du régime d'amortissement, étaient clairement des mesures fiscales au sens de l'art. 21 § 7 TCE; les demanderesse les avaient finalement admis. Les prétentions émises de ce chef sortaient donc du champ de sa compétence.

Quant à la "taxe solaire", elle lui a inspiré les réflexions suivantes:

L'art. 21 § 7 let. a TCE renvoyait au droit interne d'un Etat contractant ainsi qu'aux conventions internationales qui lui étaient applicables. Les parties s'étaient focalisées sur le droit XX. \_\_\_\_\_. Aussi convenait-il d'examiner si la "taxe solaire" constituait un impôt (tax) au regard de ce droit interne, sans pour autant oublier les termes du TCE.

Parmi toute la documentation fournie par les parties, les arbitres avaient voué une attention particulière aux décisions judiciaires, en particulier celles de la Cour suprême administrative XX. \_\_\_\_\_. Bon nombre d'entre elles reconnaissaient la légalité de cette taxe. Toutefois, elles se bornaient à examiner si la taxe pouvait être qualifiée formellement d'impôt, en particulier dans la perspective du Code de procédure fiscale (Tax Procedure Code ou Tax Administration Law); elles ne cherchaient pas à déterminer si, en substance aussi, il s'agissait d'un impôt. L'art. 2 § 3b dudit Code définissait l'impôt (tax) comme un prélèvement pécuniaire (pecuniary levy) dont l'administration était soumise de par la loi au présent Code; il s'ensuivait que divers émoluments et charges étaient perçus en vertu de ce Code sans pouvoir prétendre à la dénomination de mesures fiscales. En constatant que la perception de la "taxe solaire" relevait dudit Code, les décisions ne préjugeaient donc pas du point de savoir s'il s'agissait d'un impôt au sens où l'entend le droit XX. \_\_\_\_\_.

Pour apprécier la nature de la "taxe solaire", il convenait tout d'abord de se référer au contexte de son introduction. Tandis que les nouvelles lois fiscales sont typiquement présentées au parlement par le Ministre des finances, la "taxe solaire" avait été introduite par le Ministre de l'industrie et du commerce. En outre, la technique législative avait pris la forme d'un amendement à la loi sur la promotion des énergies renouvelables, plutôt

que d'une modification de la législation fiscale - à l'instar des deux autres mesures précitées, dont la nature fiscale était acquise. A cela s'ajoutaient les déclarations du Ministre de l'industrie faites aussi bien à l'adresse du comité économique de la Chambre des députés qu'au commissaire européen L.\_\_\_\_\_, dans lesquelles il reconnaissait que l'objectif d'une telle mesure était de réduire le niveau de subside dont jouissait un groupe d'exploitants ayant récemment investi dans le secteur photovoltaïque, afin de le rendre "supportable" pour l'Etat et les consommateurs d'électricité.

L'élément le plus probant quant à la nature de la "taxe solaire" selon le droit XX.\_\_\_\_\_ était une décision rendue le 10 juillet 2014 par la Cour suprême administrative, qui avait été amenée à examiner si la "taxe solaire", combinée à l'impôt sur le revenu des sociétés, représentait une double imposition proscrite. Il ressortait clairement que si la "taxe solaire" avait été introduite sous la forme d'une mesure destinée à procurer un revenu au budget général de l'Etat, en substance, elle n'était pas un impôt (not a tax), mais une mesure conçue pour réduire le niveau d'aide étatique (government support) aux producteurs d'énergie solaire. La "taxe solaire" instituée était par nature une réduction du subside étatique (government subsidy) et non un impôt, dont la caractéristique était le principe de non-équivalence.

Cette décision, lue conjointement avec d'autres décisions de la Cour constitutionnelle XX.\_\_\_\_\_ et de la Cour suprême administrative, faisait autorité quant à la nature de la "taxe solaire" selon le droit XX.\_\_\_\_\_, et se conciliait avec le contexte dans lequel la mesure avait été adoptée. Le fait qu'elle était soumise au Code de procédure fiscale et collectée selon ses règles, à l'instar des impôts mais aussi d'autres émoluments tels que les frais judiciaires, n'y changeait rien. De fait, la "taxe solaire" conduisait spécifiquement à réduire le subside - Feed-in Tariff - payable par l'Etat, c'est-à-dire à réduire les dépenses, plutôt que d'apporter des recettes à l'Etat. Il importait peu que la taxe émerge au budget général de l'Etat dans le compte du Ministère des finances, dès lors que cela ne modifiait en rien la manière dont la mesure opérait. L'analyse ne pouvait se confiner aux traits formels de la mesure, sauf à permettre aux parties de se soustraire abusivement aux obligations découlant de la partie III du TCE, ainsi qu'à l'engagement de se soumettre à l'arbitrage (art. 26 TCE), par le seul effet de donner un label "fiscal" aux mesures entreprises.

Il ne s'agissait pas d'insinuer - et la formation arbitrale s'en défendait - que la République X.\_\_\_\_\_ aurait agi de mauvaise foi en cherchant à réduire le niveau de subside d'une manière qu'elle espérait conforme à ses obligations, y compris les obligations issues des traités d'investissement. Les arbitres constataient simplement que la mesure entreprise était conçue pour réduire l'aide (support) payable aux producteurs d'énergie solaire et agissait comme telle, quelle que fût la procédure appliquée.

3.4. La clé de voûte de cette analyse est la décision rendue le 10 juillet 2014 par la Cour suprême administrative XX.\_\_\_\_\_, dont la sentence livre un extrait partiellement reproduit ci-dessous:

" (...) the nature of any tax in the taxation system involves the government requiring funds from tax payers without immediate compensation. (...) a common essential feature of all taxes is their non-equivalence. The subject of the levy collected under the Renewable Energy Sources Act is the amount resulting from the consideration of stipulating the amount of government support for this type of economic activity. Unlike collecting income tax on income resulting from the activities of the entity subject to the tax without any performance from the state at the time of taxation, the state uses the levy to lower the support it calculated and provided . (...) The levy (...) is in nature a decrease in government subsidy and not a tax, where the basic criterion is non-equivalence."

L'impôt XX.\_\_\_\_\_, nous enseigne-t-on ici, a pour caractéristique d'être perçu sans égard à une prestation particulière de l'Etat ("non-équivalence"). L'impôt suisse est lui aussi perçu de façon inconditionnelle (vor-aussetzungslos, gegenleistungslos), lorsqu'une certaine situation économique est réalisée en la personne de l'assujetti, indépendamment d'une contre-prestation de l'Etat ou d'un avantage particulier (ATF 140 I 176 consid. 5.2; 122 I 305 consid. 4b p. 309). Il s'oppose en ceci à la contribution causale, qui représente précisément la contrepartie d'une prestation spéciale ou d'un avantage particulier appréciable économiquement accordé par l'Etat, ou encore à une troisième catégorie de contribution qu'est la taxe d'orientation (ATF 135 I 130 consid. 2). Ce trait de l'impôt (absence de contrepartie) se retrouve dans le Guide d'interprétation élaboré par l'OCDE pour la classification des impôts, auquel la recourante fait référence (cf. site Internet [www.oecd.org](http://www.oecd.org), Classification des impôts OCDE et Guide d'interprétation).

Dans sa décision-clé, la Cour XX.\_\_\_\_\_ relève que l'impôt sur le revenu frappe typiquement le revenu

d'activités d'une personne assujettie à l'impôt sans la moindre prestation étatique au moment de la taxation. Or, il n'en va pas de même de la "taxe solaire". Celle-ci a pour objet le montant qui résulte de l'analyse déterminant l'étendue de l'aide étatique pour ce type d'activité économique. L'Etat utilise ladite taxe pour réduire l'aide qu'il a calculée et fournie. Partant, elle n'est pas un impôt.

La recourante conteste aussi bien l'autorité de cette décision (consid. 3.5 infra) que son bien-fondé (consid. 3.6).

### 3.5.

3.5.1. Les arbitres auraient extrait "un considérant isolé, non débattu, superflu et mal fondé d'un arrêt non publié, non cité, et dépourvu de toute autorité". Sous le paravent d'un examen soi-disant "attentif" de la jurisprudence, ils auraient brossé un tableau inexact et superficiel de la loi et de la jurisprudence XX.\_\_\_\_\_. La Cour constitutionnelle aurait analysé la "taxe solaire" comme un impôt sous l'angle matériel et en aurait admis la constitutionnalité; moult décisions des hautes juridictions administratives auraient systématiquement traité la "taxe solaire" comme un impôt.

3.5.2. En République X.\_\_\_\_\_, le système judiciaire comprend une Cour constitutionnelle (juridiction spécialisée) et un ordre de juridictions ordinaires. Au sein de celui-ci, la Cour suprême administrative est l'organe suprême compétent pour connaître des affaires relevant du domaine administratif, assurant l'uniformité et la légalité de la jurisprudence (cf. site Internet officiel de l'Union européenne, <https://e-justice.europa.eu>, rubrique "Systèmes judiciaires"; cf. aussi sentence, p. 37 n. 134). La formation arbitrale a constaté que le jugement rendu le 10 juillet 2014 par cette instance, lu en conjonction avec d'autres décisions émanant notamment de la Cour constitutionnelle, faisait autorité quant à la nature matérielle de la "taxe solaire", qui y était analysée sous cet angle spécifique.

3.5.3. La recourante soutient que d'autres décisions auraient analysé la "taxe solaire" matériellement comme un impôt. Pour tenter de le démontrer, elle renvoie à l'avis de droit émis par un professeur d'une faculté de droit XX.\_\_\_\_\_ (M.\_\_\_\_\_), qu'elle a produit à l'appui de son recours. Selon une jurisprudence constante, la motivation doit figurer dans le mémoire de recours lui-même, la partie recourante ne pouvant se contenter de renvoyer à d'autres écritures, en particulier aux écritures déposées devant l'autorité précédente (cf. ATF 133 II 396 consid. 3.2 p. 400; 130 I 290 consid. 4.10; arrêts 4A 600/2016 du 29 juin 2017 consid. 1.2; 4A 137/2007 du 20 juillet 2007 consid. 4; cf. aussi ATF 135 II 384 consid. 2.2.1). Si un renvoi en vrac à l'intégralité d'un avis de droit s'étendant sur quarante pages n'est pas admissible (cf. recours p. 30 in fine), il pourrait en aller différemment lorsqu'au détour d'un grief, renvoi est fait à des paragraphes précis d'un tel avis, rédigé à l'appui du recours en se positionnant par rapport à la décision entreprise (cf. recours p. 35 s.). Cela étant, la lecture des passages pointés n'est en l'occurrence d'aucun secours à la recourante.

L'avis de droit fait grand cas de deux décisions rendues par la Cour constitutionnelle les 15 mai 2012 et 13 janvier 2015. Celles-ci sont mentionnées dans la sentence arbitrale, qui en cite l'une ou l'autre phrase. L'instance suprême administrative évoque la plus ancienne à plusieurs reprises dans son arrêt du 10 juillet 2014. Il en ressort que la Cour constitutionnelle a exclu une violation des garanties de la propriété et de la libre entreprise, ou encore une violation des principes essentiels d'un Etat de droit démocratique. Selon l'expert de la recourante, cette Haute autorité a en outre exclu une violation des principes d'égalité de traitement et de non-rétroactivité, déniait aussi qu'il y ait eu atteinte à des "attentes légitimes". Or, vu les griefs en cause et leur sort, la Cour constitutionnelle n'était pas tenue d'effectuer une analyse décisive sur la nature réelle, substantielle de la "taxe" litigieuse, dont elle a par ailleurs constaté un trait important, à savoir qu'elle constituait par essence une réduction dans le niveau d'aide (support) accordée aux exploitants d'installations photovoltaïques. Il ne suffit pas de citer l'un ou l'autre bref extrait d'un arrêt adoptant une terminologie fiscale pour démontrer l'existence d'une analyse substantielle. On soulignera encore que le procédé de l'expert consistant à renvoyer à son précédent rapport de 2016, soumis aux arbitres, n'est pas admissible, tout comme le fait de compléter une motivation après l'expiration du délai de recours.

La recourante plaide encore que l'analyse contestée de la Cour suprême administrative s'inscrirait dans un obiter dictum isolé; il n'apparaît pas que tel soit le cas. Cette autorité était saisie d'un grief de double imposition émis par un producteur d'électricité photovoltaïque bénéficiant du prix d'achat FiT. L'un des pans de sa thèse consistait à plaider une incompatibilité, dans leur essence même, entre la "taxe solaire" de 26 %, qui constituait

une retenue d'impôt à la source (withholding tax) sur le revenu tiré de la vente d'électricité, et l'impôt sur le revenu touchant le solde dudit revenu. C'est ce grief-ci qui a conduit la Cour suprême administrative à étudier la nature matérielle de la "taxe solaire". La recourante ne soutient pas que la Cour constitutionnelle aurait statué sur un grief de double imposition.

En bref, rien ne conduit à s'écarter du constat des arbitres selon lequel le jugement du 10 juillet 2014 exprime la position de la plus haute juridiction ordinaire XXX. \_\_\_\_\_ sur la nature réelle de la "taxe solaire", étant entendu que la Cour constitutionnelle ne s'est pas prononcée directement sur cette question, mais a évoqué les effets concrets de ce prélèvement.

3.6. La recourante soutient en outre que l'analyse conduite dans cette jurisprudence est erronée et s'attache à le démontrer en s'appuyant sur l'avis de droit produit ainsi que sur des extraits d'un manuel de droit. Ce faisant, elle méconnaît la pratique de la cour de céans qu'elle a pourtant rappelée, consistant à faire primer la position exprimée par la plus haute instance du pays (consid. 2.5 supra). Il n'y a d'ailleurs rien d'inhabituel à ce qu'une jurisprudence fasse l'objet de critiques doctrinales. Quant au fait que la décision déterminante a été rendue par une Cour composée de trois juges et n'a pas fait l'objet d'une publication au recueil officiel, il n'est pas de nature à modifier la pratique précitée.

A ce stade, une remarque doit être faite. Le raisonnement de la Cour suprême administrative repris par les arbitres s'articule autour du fait que le Feed-in Tariff payé aux producteurs d'énergie solaire était partiellement subventionné. Or, pour une raison indéterminée, la sentence arbitrale est avare de renseignements à ce sujet. La République X. \_\_\_\_\_ ne se risque toutefois pas à contester qu'elle subventionnait ledit FiT; cette subvention est même discutée et documentée dans les écritures que les parties ont déposées devant l'autorité de céans. De l'aveu même de la recourante et de son expert, le prix FiT était initialement à l'entière charge des consommateurs; toutefois, ce prix imposé, supérieur au prix du marché, est devenu trop lourd lorsque la production d'énergie solaire a augmenté dans des proportions imprévues - production dont on rappelle qu'elle devait être achetée en priorité. L'Etat a alors subventionné partiellement le FiT, afin de soulager les consommateurs. La liste d'abréviations en tête de la sentence indique du reste, sous "Act 2010", que cette loi a introduit la taxe solaire et des subsides gouvernementaux pour le financement partiel du régime de promotion des énergies renouvelables (sentence p. iv; cf.

aussi p. vii: 'Subsidies: Subsidized Feed-in Tariffs [...]to be paid for qualifying RES electricity generation [...]). Dans son jugement de juillet 2014, la Cour suprême administrative explique aussi que l'Etat a décidé d'imposer un prix d'achat subventionné non conforme à la valeur du marché (a subsidised non-market price) et a revu le montant de son soutien qui se révélait inadapté à la chute importante des coûts d'investissements nécessaires pour cette forme de production d'électricité. La taxe solaire, ajoutait-elle, est par nature une diminution du subside gouvernemental ( a decrease in government subsidy).

Il apparaît donc que l'aide ou "soutien" étatique (support) au sens large a pris la forme, tout d'abord, d'un premier train de mesures imposant l'achat prioritaire de l'électricité produite par les installations photovoltaïques, à un prix imposé ( Feed-in Tariff) (section 6 de la loi sur la promotion des énergies renouvelables), puis, après l'apparition du "boom solaire", d'une subvention partielle de ce prix imposé qui ne pouvait être baissé.

3.7. En bref, les arbitres ont constaté que la "taxe solaire" n'avait matériellement pas la nature d'un impôt, selon le jugement de la plus haute instance ordinaire XX. \_\_\_\_\_ qu'ils ont repris à leur compte. Ils ont conclu qu'il ne s'agissait pas d'une mesure fiscale au sens de l'art. 21 TCE.

On ne voit pas en quoi les arbitres auraient ainsi violé l'art. 21 TCE et les principes gouvernant l'interprétation des traités. L'analyse effectuée a rappelé les caractéristiques de l'impôt, perçu sans contrepartie ("non-équivalence") et voué à procurer des recettes étatiques. Détaillant la "taxe solaire", elle a pris en compte les traits formels plaidant pour un impôt (en particulier sa soumission au Code de procédure fiscale, en raison de la définition particulière de l'impôt qu'il contient), tout comme ceux allant dans le sens contraire (adoption dans une législation non fiscale, par un ministère autre que celui des finances). La destination formelle de la taxe, visant à rapporter un revenu pour le budget de l'Etat selon l'art. 7i de la loi 2010, n'a pas été négligée. Toutefois, l'analyse a dépassé ces aspects formels pour prendre en compte l'essence de la taxe, le contexte de son introduction - concomitante à la réglementation de la subvention -, à l'occasion d'un "boom solaire" qui induisait des coûts devenus non supportables pour le seul consommateur, considérant également le but avoué de la "taxe" selon le Ministre de l'industrie, et enfin son effet réel coïncidant avec ledit but, à savoir diminuer l'étendue de

la

subvention due. Un tel processus s'inscrit bel et bien dans le cadre d'une interprétation gouvernée par le principe de la bonne foi et le sens ordinaire des termes.

On relèvera au passage que la question de savoir qui - du Ministère des finances ou du Ministère de l'industrie - a présenté la taxe litigieuse ressortit au fait et lie l'autorité de céans (cf. consid. 2.3 supra). De même, lorsqu'il est constaté que la "taxe solaire" devait réduire la subvention étatique et a réellement eu cet effet, ce constat est sous-tendu pour l'essentiel par des données factuelles sur lesquelles la cour de céans n'a aucune emprise.

Ces considérations conduisent au rejet de la première branche de griefs.

4.

4.1. La seconde charge du recours vise le rejet d'une objection que la recourante avait soulevée à propos des intimées B.\_\_\_\_\_ et A.\_\_\_\_\_. La sentence attaquée résume ainsi l'objection:

Les trois traités sur lesquels ces sociétés fondent leurs prétentions (soit le TBI-Cy [à raison de l'incorporation de la première à Chypre], le TBI-NL [à raison de l'incorporation de la seconde aux Pays-Bas], et le TCE) ne seraient pas applicables, et le tribunal arbitral serait dépourvu de compétence pour deux motifs: d'une part, ces traités ne protégeraient que des investissements étrangers, condition qui ne serait pas réalisée en l'occurrence puisque ces entités seraient contrôlées par des ressortissants XX.\_\_\_\_\_; d'autre part, ces personnes auraient procédé à un "forum shopping" inadmissible en restructurant leurs investissements à un moment où la survenance d'un litige avec l'Etat X.\_\_\_\_\_ était prévisible

Cette objection n'a pas trouvé grâce aux yeux de la formation arbitrale, qui a opposé en substance l'argumentation suivante:

Ni le TBI-Cy, ni le TBI-NL n'émettent des exigences quant à la source des fonds investis ou quant à la nationalité de l'investisseur au moment où l'investissement est effectué; par conséquent, sous l'égide de ces deux traités, un investissement peut fort bien devenir un investissement étranger après avoir été effectué, en suite d'une transaction ou d'un changement de nationalité de l'investisseur (qu'il soit une personne physique ou morale). Par ailleurs, rien ne permet de retenir que le litige entre ces sociétés et la République X.\_\_\_\_\_ était prévisible au moment de leur fondation, respectivement le 29 octobre 2009 à Chypre et le 8 décembre 2009 aux Pays-Bas. La République X.\_\_\_\_\_ elle-même a soutenu, expertise à l'appui, que le "boom solaire" ne pouvait être prédit avec précision avant mi-2010; eût-il été prévisible qu'il n'en eût pas été de même de la "taxe solaire".

4.2. La recourante s'inscrit en faux contre cette analyse qui ne traiterait au demeurant qu'une partie du problème soulevé. De son point de vue, les investissements de B.\_\_\_\_\_ et A.\_\_\_\_\_ ne sauraient bénéficier de la protection des trois traités (TCE, TBI-Cy et TBI-NL) car il s'agirait en réalité d'investissements purement domestiques, effectués par trois ressortissants XX.\_\_\_\_\_ détenant le groupe d'investissement I.\_\_\_\_\_, qui seraient les bénéficiaires économiques des sociétés B.\_\_\_\_\_, A.\_\_\_\_\_ et Z.\_\_\_\_\_. Deux arguments commanderaient de prendre en considération la réalité économique: d'une part, la notion d'investissement adoptée par ces traités, qui n'appréhenderait que les flux d'actifs d'un Etat contractant vers un autre, le contrôle effectif desdits actifs devant être exercé dans le pays d'origine du flux; d'autre part, lesdits traités contiendraient une clause "anti-abus" implicite, à l'instar des conventions de double imposition. Or, les ressortissants XX.\_\_\_\_\_ détenant le groupe d'investissement I.\_\_\_\_\_ auraient abusivement intercalé deux nouvelles entités sans réelle substance entre eux-mêmes et Z.\_\_\_\_\_, soit une façade hollandaise (A.\_\_\_\_\_) et une chypriote (B.\_\_\_\_\_, détenant

entièrement la précédente), alors que les mesures législatives propres à affecter les investissements des bénéficiaires économiques XX.\_\_\_\_\_ étaient imminentes et un litige avec la République X.\_\_\_\_\_ prévisible: en effet, le gouvernement avait déjà menacé de supprimer la limite de 5 % concernant le prix FiT, puis avait fait volte-face sous la menace de procédures d'arbitrage, non sans prévenir qu'il ne prendrait aucune mesure importante jusqu'aux prochaines élections prévues en octobre 2009 - moment précisément choisi pour fonder les deux structures.

4.3. La recourante soulève la question du changement stratégique de nationalité, accompli dans l'optique d'obtenir la protection des clauses substantielles et/ou juridictionnelles d'un traité d'investissement qui, sans

cette opération, ne trouverait pas application. On parle de "Treaty Shopping" ou de "chalandage de traité", pris ici dans son sens le plus large (Jorun Katharina Baumgartner, *Treaty Shopping in International Investment Law*, 2016, p. 7 ss, 30 s. et 305). La doctrine et les tribunaux arbitraux envisagent le Treaty Shopping non seulement lorsqu'un investisseur ressortissant d'un Etat tiers - non partie au traité - (re) structure son investissement de façon à être rattaché à un Etat contractant, mais aussi lorsqu'une telle opération émane d'un ressortissant de l'Etat hôte; dans cette hypothèse-ci, il s'agit pour l'investisseur d' "internationaliser" son investissement qui, à défaut, n'entrerait pas dans le champ d'application du traité, procédé parfois qualifié de "round-tripping" (Baumgartner, op. cit., p. 12 et p. 101 ss et les sentences citées, dont l'affaire Tokios Tokelés c. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 avril 2004; EFE UZEZI AZAINO, *Nationality/Treaty Shopping: Can Host*

*Countries sift the Wheat from the Chaff?*, in CEPMLP Annual Review [University of Dundee]- CAR Volume 16 (2013), p. 7 s. et 11; PETER MUCHLINSKI, *Corporations and the Uses of Law: International Investment Arbitration as a "Multilateral Legal Order"*, Oñati Socio-Legal Series, v. 1, n. 4 (2011), p. 3 et 16 ss).

Le plus souvent, l'adoption stratégique d'une certaine nationalité s'effectuera par le détournement de personnes morales (Baumgartner, op. cit., p. 11 in fine). A l'instar de ce qui prévaut en matière fiscale, le Treaty Shopping implique de tracer une limite entre la planification légitime et le procédé abusif (Baumgartner, op. cit., p. 31).

Les Etats ont différents moyens d'infléchir la pratique du Treaty Shopping. Ils peuvent notamment agir sur la définition de l'investisseur et de l'investissement et sur le critère déterminant la nationalité de la personne morale; ils peuvent exiger un certain lien effectif avec l'Etat national, permettre de refuser "le bénéficiaire" du traité protecteur ("denial of benefits clause") à une entité contrôlée par le ressortissant d'un Etat tiers - voire de l'Etat hôte -, ou encore imposer des exigences quant à la provenance des fonds investis (BAUMGARTNER, op. cit., p. 237 ss et p. 264 s.; cf. aussi AZAINO, op. cit., p. 11 ss). Aussi faut-il au premier chef rechercher ce que les Etats parties au traité d'investissement ont convenu, en interprétant leur accord selon les méthodes habituelles (BAUMGARTNER, op. cit., p. 279 ss). Cela étant, doctrine et tribunaux arbitraux voient dans l'abus de droit (et son volet procédural qu'est l'abus de procédure [abuse of process]) un possible correctif au Treaty Shopping (BAUMGARTNER, op. cit., p. 197 ss, p. 294 ss et p. 303; YUKA FUKUNAGA, *Abuse of Process under International Law and Investment Arbitration*, ICSID Review vol. 33 No. 1 [2018]p. 183 et 208; MARKUS PERKAMS, *Protection for Legal*

*Persons*, in *International Investment Law*, 2015, p. 642-644 et p. 650-652). L'abus de procédure, en particulier, a été discuté dans de nombreuses affaires commentées par la doctrine (cf. par ex. FUKUNAGA, op. cit., p. 181 ss; WATSON/BREBNER, *Nationality Planning and Abuse of Process: A Coherent Framework*, ICSID Review vol. 33 No. 1 [2018]p. 302 ss). Il semble que la "levée du voile social" ("piercing the corporate veil") soit régulièrement demandée devant les tribunaux arbitraux, sans grand succès selon certains auteurs (cf. BAUMGARTNER, op. cit., p. 288 ss et les réf. citées; AZAINO, op. cit., p. 12 s.; ALBERT BADIA, *Piercing the Veil of State Enterprises in International Arbitration*, 2014, p. 143 ss, spéc. p. 150-153 et 160 s.).

4.4. Il s'agira donc ici d'examiner, dans le cadre des griefs soulevés par la recourante, si les sociétés cyprite et néerlandaise précitées sont des investisseuses protégées par les trois traités dont elles se prévalent puis, dans l'affirmative, de rechercher si elles commettent un abus de droit en réclamant une telle protection.

A l'instar des intimées, il faut concéder un élément à la recourante: la décision attaquée omet d'analyser la problématique à l'aune du troisième traité qu'est le TCE. La cour de céans peut examiner cette question dès lors qu'elle a été dûment soulevée devant la formation arbitrale, étant précisé que la recourante ne dénonce pas une violation de son droit d'être entendue. Pareil examen de questions juridiques demeure toutefois tributaire des constatations de fait opérées dans la sentence.

C'est précisément le lieu de présenter les renseignements factuels dont on dispose s'agissant des investissements.

4.5. L'investissement des quatre demanderesse a pris la forme d'achat d'actions dans la société de droit XX. \_\_\_\_\_ Z. \_\_\_\_\_, et/ou de financements octroyés à celle-ci (prêts/rachat de créances découlant de prêts). Cette entité constituée en 2007 détenait 11 sociétés "véhicules" de droit XX. \_\_\_\_\_ exploitant plusieurs usines photovoltaïques en République X. \_\_\_\_\_.

A l'origine, la totalité des actions de Z. \_\_\_\_\_ était détenue par J. \_\_\_\_\_ B.V., société de droit hollandais non partie au présent arbitrage. Le 18 décembre 2009, cette entité a vendu 46,75 % de ces actions à

l'intimée A.\_\_\_\_\_, société de droit hollandais fondée le 8 décembre 2009, détenue à 100 % par l'intimée B.\_\_\_\_\_, elle-même société de droit cyprite fondée le 29 octobre 2009. Cette dernière a octroyé des financements à Z.\_\_\_\_\_. Ces deux intimées (A.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_) font partie, avec d'autres sociétés, du groupe d'investissement I.\_\_\_\_\_ appartenant à des ressortissants XX.\_\_\_\_\_. Selon un schéma reproduit dans la sentence, ce groupe appartient aux trois ressortissants XX.\_\_\_\_\_ Y.1 \_\_\_\_\_, Y.2 \_\_\_\_\_ et Y.3.\_\_\_\_\_, lesquels sont les propriétaires économiques ("100 % beneficial ownership") de la cyprite B.\_\_\_\_\_ et, par celle-ci, de la néerlandaise A.\_\_\_\_\_. Y.3.\_\_\_\_\_ est présenté comme le représentant et réel actionnaire (beneficial shareholder) des intimées A.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_ (sentence, p. viii; cf. aussi p. 101 n. 282: "controlling beneficial shareholder").

4.6. La recourante conteste que B.\_\_\_\_\_ et A.\_\_\_\_\_ aient effectué des investissements protégés par les trois traités. L'on étudiera la situation à l'aune du TCE (consid. 4.6.1 ss infra), puis des deux TBI (consid. 4.7).

4.6.1. L'art. 1 § 6 TCE définit l'investissement en ces termes:

'Investissement' désigne tout type d'avoir détenu ou contrôlé directement ou indirectement par un investisseur [en anglais: every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor]

et comprenant

a) [...]

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; [...]"

Une clause interprétative n°\_3 figurant en fin de traité précise la notion de contrôle comme il suit:

Pour permettre de déterminer avec plus de clarté si un investissement réalisé dans la zone d'une partie contractante est contrôlé, directement ou indirectement, par un investisseur d'une autre partie contractante, on entend par «contrôle d'un investissement» le contrôle de fait, effectué après un examen des éléments concrets de chaque situation. Lors de cet examen, tous les éléments pertinents devraient être pris en considération, et notamment:

- a) l'intérêt financier de l'investisseur, y compris l'intérêt de participation (equity invest), dans l'investissement;
  - b) la capacité de l'investisseur à exercer une influence substantielle sur la gestion et l'exploitation de l'investissement;
- et
- c) la capacité de l'investisseur à exercer une influence substantielle sur la sélection des membres du conseil d'administration ou de tout autre organe de direction.

En cas de doute sur le point de savoir si l'investisseur contrôle, directement ou indirectement, un investissement, l'investisseur revendiquant ce contrôle doit fournir la preuve de l'existence de ce contrôle. [...]

L'art. 1 TCE énonce en outre les définitions suivantes:

7. 'Investisseur' désigne:

a) en ce qui concerne une partie contractante:

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

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

8. 'Investir' ou 'réaliser des investissements' désigne le fait de réaliser de nouveaux investissements, en acquérant tout ou partie des investissements existants ou en se tournant vers d'autres domaines d'activités d'investissement. Le TCE contient une clause permettant aux parties contractantes de refuser le bénéfice du traité ( denial of benefits clause) aux conditions suivantes:

Art. 17 Non-application de la partie III dans certaines circonstances

Chaque partie contractante se réserve le droit de refuser le bénéfice de la présente partie:

- 1) à toute entité juridique si les citoyens ou les ressortissants d'un Etat tiers sont propriétaires ou ont le contrôle

de cette entité et si celle-ci n'exerce pas d'activités commerciales substantielles dans la zone de la partie contractante dans laquelle elle est constituée;  
[...]"

4.6.2. Il résulte du régime précité que c'est bien dans la personne de l'investisseur - et non dans les investissements - que se traduit l'exigence d'extranéité par rapport à l'Etat hôte. Encore faut-il relier l'investissement à un investisseur.

Il arrive fréquemment qu'un ou plusieurs tiers s'intercale (nt) entre l'investisseur et l'investissement; il s'agit alors d'un investissement indirect. La doctrine fait remarquer que l'investissement indirect comporte deux strates au moins et qu'il faut examiner à chaque niveau la question de la propriété et/ou du contrôle. Toute la difficulté est de déterminer si l'investisseur doit avoir une forme de contrôle global (BISCHOFF/HAPP, *The Notion of Investment, in International Investment Law*, 2015, p. 527 n. 85 et p. 531 n. 104 s.; cf. aussi BAUMGARTNER, op. cit., p. 141).

Dans la définition de l'investissement adoptée par le TCE, l'adjectif "indirect" semble se rapporter au résultat consistant à détenir ou contrôler de fait un avoir, plutôt qu'à la phase d'action entreprise pour obtenir l'investissement. Ce traité requiert que l'investisseur ait le contrôle de l'avoir (asset/Vermögenswert/attività) constituant un investissement, ce qui en soi ne coïncide pas nécessairement avec le contrôle (notamment économique) de l'entité juridique qui détient formellement cet avoir.

4.6.3. La recourante plaide que dans le cas concret, trois personnes physiques de nationalité XX. \_\_\_\_\_ auraient le contrôle de fait des investissements.

La sentence évoque un acte de vente conclu le 18 décembre 2009 entre J. \_\_\_\_\_ B.V. et l'intimée A. \_\_\_\_\_, par lequel la première a vendu à la seconde 46,75 % des actions dans Z. \_\_\_\_\_. Quant à B. \_\_\_\_\_ Ltd, elle a concédé des financements à Z. \_\_\_\_\_. On peut en inférer que ces deux personnes juridiques sont propriétaires des investissements.

Au surplus, l'état de fait qui lie la cour de céans ne permet pas de retenir que ces avoirs seraient détenus ou contrôlés indirectement par les trois ressortissants XX. \_\_\_\_\_. Les informations sur le groupe d'investissement et leurs propriétaires sont ténues. La clause interprétative requiert une appréciation globale des circonstances, en relevant notamment la capacité de l'investisseur à influencer de façon substantielle sur la gestion de l'investissement (cf. clause interprétative n°3 let. b ad art. 1 § 6 TCE). Or, on ne dispose pas d'éléments plaidant sérieusement en ce sens. Rien n'indique non plus que les trois ressortissants XX. \_\_\_\_\_ auraient pris une part active dans les opérations d'investissement. La recourante affirme que les deux personnes morales seraient des coquilles vides, ce qui ne ressort pas non plus de la sentence (cf. aussi infra consid. 4.8). Retenir, dans un contexte aussi flou, un investissement indirect reviendrait pratiquement à dénier toute portée à la personnalité morale et à méconnaître le régime du TCE.

4.6.4. Pour les personnes morales, le TCE a adopté classiquement le critère formel de l'incorporation. Ce faisant, il a renoncé à exiger des liens plus étroits entre l'entité et son Etat d'incorporation, en requérant par exemple qu'elle y exerce une activité substantielle. Il n'a pas davantage choisi le critère de la nationalité de la ou des personne(s) contrôlant l'entité juridique (cf. BAUMGARTNER, op. cit., p. 72-75; PERKAMS, op. cit., p. 638 s.).

L'art. 17 TCE réalise cependant un compromis dans ce traité multilatéral. Il tempère ce régime libéral en permettant à l'Etat hôte de refuser le bénéfice de la partie III du traité lorsque l'entité juridique appartient ou est contrôlée par le ressortissant d'un "Etat tiers" et qu'elle ne déploie pas d'activités commerciales substantielles dans la zone de l'Etat contractant dans lequel elle est constituée. Sont précisément visées les sociétés qui sont de pures boîtes aux lettres ou autres coquilles vides (JAGUSCH/SINCLAIR, *Investments and Investors covered by the ECT [...]*, in *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, 2006, p. 93 s.; cf. BAUMGARTNER, op. cit., p. 114).

Cette clause suscite moult discussions, notamment en tant qu'elle vise les ressortissants d'un "Etat tiers" sans mentionner, à l'instar d'autres traités, les ressortissants de l'Etat hôte (cf. BAUMGARTNER, op. cit., p. 247 s.). Il n'est toutefois pas exclu que ceux-ci puissent aussi se voir refuser la protection, selon certains auteurs (cf. RICHARD HAPP, *The Energy Charter Treaty*, et ANNE K. HOFFMANN, *Denial of Benefits*, in *International Investment Law*, 2015, p. 254 n. 46 et p. 612 n. 50).

Quoi qu'il en soit, la recourante elle-même ne se prévaut pas de cette clause, ce qui épargne toute discussion. Enfin, on peut lui concéder que le TCE vise à promouvoir les flux internationaux, respectivement à "catalyser la croissance économique par des mesures destinées à libéraliser les investissements et les échanges en matière d'énergie", selon les termes de son préambule. Que les investissements revêtent un trait d'extranéité est d'ailleurs inhérent à ce type de conventions. Tout dépend toutefois de la manière dont l'accord en cause définit l'extranéité. Or, le TCE a placé ce poids sur l'investisseur et a défini la nationalité des personnes morales selon un critère formaliste. Les déclarations d'intention quant au but poursuivi ne sauraient changer cet état de choses. En bref, B.\_\_\_\_\_ et A.\_\_\_\_\_ sont des sociétés incorporées dans deux Etats parties au TCE (Chypre et les Pays-Bas) et ont détenu un investissement au sens défini par ledit traité.

4.7. Il reste à examiner la situation à l'aune des deux autres traités, soit le TBI-Cy et le TBI-NL.

La recourante reproduit le même argument, à savoir que ces traités bilatéraux exigeraient eux aussi "un flux trans-territorial de partie contractante à partie contractante, d'actifs contrôlés dans le pays d'origine du flux". Elle s'appuie sur la définition de l'investissement résultant des deux traités, qui se fonderaient implicitement sur le critère du contrôle de fait, vu leur but dirigé vers la promotion des investissements transnationaux.

L'art. 1 TBI-NL énonce ce qui suit:

"a) the term 'investments' shall comprise every kind of asset invested either directly or through an investor of a third State and more particularly, though not exclusively:

[...]

b) the term 'investors' shall comprise:

i. natural persons having the nationality of one of the Contracting Parties in accordance with its law;

ii. legal persons constituted under the law of one of the Contracting Parties."

Quant à l'art. 1 TBI-Cy, il énonce ce qui suit:

1. "The term 'investment' shall comprise every kind of asset invested in connection with economic activities by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in accordance with the laws and regulations of the latter and shall include, in particular, though not exclusively:

[...].

2. The term 'investor' shall mean any natural or legal person of one Contracting Party who invests in the territory of the other Contracting Party, and for the purpose of this definition;

(a) The term 'natural person' shall mean any natural person having the nationality of either Contracting Party in accordance with its laws.

(b) The term 'legal person' shall mean, with respect to either Contracting Party, any entity incorporated or constituted in accordance with, and recognized as legal person by its laws, having the permanent seat in the territory of that Contracting Party."

A l'instar du TCE, c'est également dans la personne de l'investisseur que s'exprime l'exigence d'extranéité par rapport à l'Etat hôte. Par ailleurs, l'état de fait qui lie la cour de céans ne permet pas de retenir que les trois ressortissants XX.\_\_\_\_\_ auraient investi indirectement des actifs au sens de ces deux traités. A nouveau, la recourante plaide sans l'établir que ces personnes exerceraient un contrôle de fait sur les actifs. Pour le surplus, il apparaît que le TBI-NL adopte lui aussi le critère formel de l'incorporation. Quant au TBI-Cy, il se démarque des deux autres traités en requérant un siège permanent dans le territoire de la partie contractante. Le Tribunal arbitral est toutefois arrivé à la conclusion que cette condition était réalisée pour B.\_\_\_\_\_, et la recourante ne formule aucune critique recevable contre cette analyse. Elle ne se prévaut pas d'autres dispositions de ces traités, si ce n'est le but poursuivi exprimé dans leur préambule, qui inspire la même réflexion que pour le TCE. L'argumentation qui voudrait faire échec à l'application de ces deux TBI est ainsi privée de fondement.

4.8. Subsiste la question de l'abus de droit. A défaut de clauses particulières dans les traités d'investissement, on ne voit guère comment faire abstraction de la personnalité juridique d'une entité investisseuse tombant sous le coup du traité, si ce n'est en recourant à l'interdiction de l'abus de droit (cf. BAUMGARTNER, op. cit., p. 291, 294, 297 et 303, par rapport au procédé de "levée du voile social"). Cette composante du principe de la bonne foi est considérée comme un principe général du droit international, voire une règle du droit international coutumier (BAUMGARTNER, op. cit., p. 197; FUKUNAGA, op. cit., p. 183 et 208; DINH/DAILLIER/PELLET,

Droit international public, 7e éd. 2002, p. 352 n°227a; cf. aussi ATF 132 III 389 consid. 2.2.1, sous l'angle de l'ordre public matériel).

On ne préjugera pas ici de la question de l'articulation entre l'art. 17 TCE et le correctif de l'abus de droit. Il suffit en effet de constater que ce dernier suppose des circonstances exceptionnelles (cf. par ex. FUKUNAGA, op. cit., p. 209), qui ne sont pas réalisées en l'occurrence.

La recourante fait grand cas d'un facteur temporel, soit la date d'incorporation des sociétés cyprote et néerlandaise, remontant respectivement au 29 octobre 2009 et au 8 décembre 2009. De son point de vue, le litige était alors prévisible et imminent; le gouvernement transitoire avait déjà annoncé vouloir supprimer la limite de 5 % pour le FiT et des menaces de procédures arbitrales l'avaient contraint à faire machine arrière; il avait prévenu ne pas vouloir prendre de mesures législatives jusqu'aux prochaines élections prévues en octobre 2009; les sociétés de portage sans activité économique réelle auraient été fondées à ce moment-là, dans le seul but d'obtenir la protection des traités.

La sentence arbitrale a rejeté l'argument de la prévisibilité du litige. Contrairement à ce qu'avancent les intimées, il ne s'agit pas là d'une question de fait, mais de droit. En revanche, cette réflexion juridique s'appuie nécessairement sur des faits qui doivent ressortir de la sentence arbitrale.

Ceux-ci se présentent ainsi:

- à la demande de l'ERO, le gouvernement X.\_\_\_\_\_ annonça le 28 août 2009 son intention de supprimer avec effet immédiat la réduction-limite de 5 % pour permettre au régulateur d'adapter le FiT aux coûts d'investissements actuels dans le secteur de l'énergie solaire;

- toutefois, sous la pression des investisseurs et des banques, il fit machine arrière au profit d'une approche plus graduelle de la réduction du FiT. Le Ministère de l'industrie et du commerce expliqua par courrier à l'ERO que la limite de 5 % visait à donner aux investisseurs dans le domaine des énergies renouvelables la garantie que leurs investissements seraient rentables; une annulation pure et simple de cette limite exposerait la République X.\_\_\_\_\_ au risque de procédures liées à la perte de leurs investissements.

- Lors d'une conférence de presse tenue le 16 novembre 2009, le Ministre de l'industrie et du commerce autorisa l'ERO à s'affranchir de la limite de 5 % pour toute installation connectée au réseau après le 1er janvier 2011, ce qui donna lieu à la loi 2010 du 17 mars 2010, entrée en vigueur le 20 mai suivant, modifiant la loi sur la promotion des énergies renouvelables.

- Ces événements s'inscrivaient dans un contexte de crise politique. Un gouvernement provisoire avait été institué en mai 2009. Dans son discours de politique générale, il avait fait savoir qu'il éviterait tout projet de loi susceptible de créer des divisions et laisserait au prochain parlement le soin d'adopter les décisions majeures. Les élections devaient à l'origine se tenir en octobre 2009; elles furent repoussées en mai 2010.

- B.\_\_\_\_\_ fut fondée le 29 octobre 2009 et A.\_\_\_\_\_, filiale de la première, le 8 décembre 2009.

Il apparaît ainsi qu'au moment de la création de ces sociétés, les investisseurs et la République X.\_\_\_\_\_ avaient déjà croisé le fer: le Ministère de l'industrie avait manifesté son intention d'abroger purement et simplement la limite de 5 % concernant la fixation du FiT; les investisseurs avaient toutefois eu l'ascendant, puisque la République X.\_\_\_\_\_ avait, sous leur pression conjuguée à celle des banques, renoncé à cette mesure et communiqué publiquement qu'elle abrogerait la limite précitée pour les installations connectées au réseau après le 1er janvier 2011. Les ressortissants XX.\_\_\_\_\_ pouvaient dès lors raisonnablement penser que cette date marquait la fin d'un chapitre et que les installations mises en service auparavant échapperaient à une mesure similaire. Il eût été très étonnant que la République X.\_\_\_\_\_ cible dans un premier temps les installations connectées au réseau après le 1er janvier 2011 pour, dans un deuxième temps, étendre la même mesure aux installations connectées au réseau auparavant. Les arbitres n'ont du reste trouvé dans le dossier aucun signe antérieur à l'automne 2010, indiquant que les changements de réglementations affecteraient les usines mises en service en 2009 et 2010.

En bref, les investisseurs n'avaient pas à supputer que la République X.\_\_\_\_\_ choisirait un autre biais que l'adaptation du FiT pour atteindre le même résultat et qu'ils introduiraient, près d'une année plus tard (loi du 28 décembre 2010), la "taxe solaire".

Par surabondance, on relèvera que l'indice temporel sur lequel s'appuie la recourante doit être replacé dans le contexte global. En effet, la société XX.\_\_\_\_\_ Z.\_\_\_\_\_ - détenant les entités exploitant des installations photovoltaïques en République X.\_\_\_\_\_ - a été fondée en 2007 et était à l'origine intégralement en mains de J.\_\_\_\_\_ B.V. aux Pays-Bas, société non partie à la présente procédure. Il y avait donc déjà une structure

néerlandaise intercalée entre Z.\_\_\_\_\_ et les personnes physiques qui en étaient les ultimes bénéficiaires économiques. Certes, il s'y est ajouté un autre élément d'extranéité avec la société de droit chypriote B.\_\_\_\_\_, constituée en octobre 2009, qui détient entièrement l'intimée A.\_\_\_\_\_. Toutefois, il n'apparaît pas que cet élément soit une pièce maîtresse dans le raisonnement. La recourante ne soutient pas, en particulier, que le bénéfice du TBI-Cy serait plus important que la protection déjà conférée par le TCE - auquel Chypre est partie - et le TBI-NL. Elle tente par ailleurs vainement d'assimiler à un aveu d'abus la simple reconnaissance du fait que des investissements peuvent être structurés de façon à bénéficier légitimement de la protection d'un traité. Pour le surplus, la formation arbitrale a jugé que B.\_\_\_\_\_ avait un "siège permanent" à Chypre et qu'elle était ainsi une investisseuse au sens de l'art. 1 § 2b TBI-Cy. La recourante ne saurait faire le reproche à cette intimée de ne pas avoir fourni plus d'indices que nécessaires à la preuve d'un siège permanent, notion dont le Tribunal arbitral a jugé qu'elle n'impliquait pas une gestion effective (effective management) au lieu d'incorporation. En tout état de cause, la situation factuelle présentée dans la sentence n'a clairement pas les traits caractérisés qui autoriseraient à recourir au correctif exceptionnel qu'est l'abus de droit.

4.9. En bref, la seconde branche de griefs relative à la prétendue incompétence du tribunal arbitral se révèle pareillement privée de fondement.

5.

Au vu des considérants qui précèdent, le recours doit être rejeté dans son ensemble.

En conséquence, la recourante supportera les frais de la procédure fédérale (art. 66 al. 1 LTF) et versera des dépens aux intimées, créancières solidaires (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 200'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

3.

La recourante versera aux intimées, créancières solidaires, une indemnité de 250'000 fr., à titre de dépens.

4.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et au Tribunal arbitral avec siège à Genève.

Lausanne, le 7 février 2020

Au nom de la Ire Cour de droit civil  
du Tribunal fédéral suisse

La présidente : Kiss

La greffière : Monti