

Position sur le Traité sur la Charte de l'énergie (TCE)¹

Plateforme pour un Commerce Juste et Durable

15 juin 2023



CONTEXTE

Le Traité sur la Charte de l'énergie (TCE) est un **accord plurilatéral** établissant un cadre pour le commerce et l'investissement **dans le secteur de l'énergie**. Il a été signé à Lisbonne le 17 décembre 1994 dans le contexte d'incertitude politique, économique et juridique qui prévalait **au sortir de la Guerre froide** dans les pays issus de l'ex-URSS et les PECO (pays de l'Europe centrale et orientale). À l'origine, les objectifs de ce traité étaient de favoriser le développement économique de l'Europe centrale et de l'Est par une coopération dans le domaine de l'énergie, ainsi que de **sécuriser l'approvisionnement en pétrole et en gaz de l'Europe occidentale**.

L'entrée en vigueur du TCE, le 16 avril 1998, s'est opérée sans grand débat public. Tous les projecteurs étaient alors braqués sur les négociations d'un Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) menées par les Etats membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), qui se sont soldées par un échec le 28 avril 1998. Depuis lors, le TCE, également voué à devenir le point de départ d'une législation mondiale de l'énergie, s'est étendu vers le Sud². Il regroupe aujourd'hui **une cinquantaine d'États et d'organisations régionales**, de l'Europe occidentale au Japon en passant par l'Asie centrale. **L'UE, Euratom et ses États membres**, à l'exception de l'Italie qui s'en est unilatéralement retirée en 2016, **représentent près de la moitié des signataires** de ce traité³.

¹ Ce document est une actualisation de la [position politique sur le Traité sur la Charte de l'énergie \(TCE\)](#) de la Plateforme Commerce juste et durable du 20 mai 2020.

² L'article 43 du TCE prévoit la possibilité d'accords d'association avec des organisations internationales et des Etats. Leur négociation est autorisée par l'organe de suivi de l'application du traité, à savoir la conférence des parties contractantes dénommée « Conférence de la Charte ».

³ Liste complète des signataires : <https://www.energychartertreaty.org/treaty/contracting-parties-and-signatories/>.

Le **champ couvert par le TCE** est relativement vaste puisqu'il concerne de nombreuses sources d'énergie, telles que le nucléaire, le charbon, le gaz naturel, le pétrole et les produits pétroliers, ainsi que l'énergie électrique⁴. Il s'applique également à **toutes les activités économiques du secteur de l'énergie**, de la recherche et l'exploration à la vente et la commercialisation de matières et produits énergétiques, en passant par l'exploitation, l'extraction, le raffinage, la production, le stockage, le transport terrestre, la transmission, la distribution ou encore l'échange de matières ou de produits énergétiques⁵.

Selon nous, quel que soit le scénario retenu et l'avenir du TCE, il faut garder à l'esprit trois priorités de politique internationale :

- 1) mettre fin aux protections des investisseurs étrangers qui leur permettent d'attaquer le droit de réguler dans l'intérêt général en matière écologique et sociale ;
- 2) réduire les risques de concurrence déloyale entre Etats dans l'attraction des investisseurs étrangers (qui pourraient être encouragés à s'établir dans les pays restant dans le TCE et où ils peuvent donc continuer à bénéficier du recours aux ISDS et des protections exagérées) ;
- 3) diversifier les sources d'approvisionnement et assurer la sécurité d'approvisionnement dans et en provenance des pays tiers pour une sécurité énergétique en faveur des ménages et de l'emploi dans les secteurs industriels.

PROBLÉMATIQUE

L'objectif initial du TCE était de bénéficier d'un grand accord international pour **protéger les investissements dans le secteur de l'énergie**, en particulier ceux des entreprises européennes dans les États de l'ex-bloc soviétique où les systèmes judiciaires étaient défectueux. C'est pour cette raison que ce traité contient **une clause d'arbitrage investisseur-État de type « ISDS »** (*Investor-to-State Dispute Settlement*). Ce mécanisme (article 26) permet à un investisseur étranger d'attaquer un État devant un tribunal d'arbitrage privé pour contester non seulement des expropriations directes, c'est-à-dire des nationalisations arbitraires, mais aussi des **expropriations indirectes**, c'est-à-dire des législations d'intérêt public mettant en question la pérennité des investissements réalisés et engendrant une réduction des profits escomptés au moment d'investir (par exemple, une diminution du prix de l'électricité, l'application de tarifs sociaux ou encore la protection d'une réserve naturelle).

L'expropriation indirecte, qui peut donc résulter de **n'importe quelle mesure (sociale, environnementale, sanitaire, etc.) prise par un État dans le cadre de la réglementation des activités économiques** se déroulant sur son territoire, figure parmi les principaux motifs allégués par les plaignants sur la base juridique du TCE (article 13§1) et effectivement constatés par les tribunaux d'arbitrage⁶. Avec en outre une tendance générale, ces dernières années, à l'augmentation rapide des indemnités accordées par les tribunaux d'arbitrage aux investisseurs ainsi lésés⁷. Responsable de 150 litiges connus à ce jour⁸, le TCE est **l'accord d'investissement générant le plus d'arbitrages entre investisseurs et États dans le monde** : sur la base de ce traité, des multinationales et fonds d'investissement opérant dans le secteur de l'énergie ont déjà obtenu plus de 50 milliards d'euros de

⁴ L'annexe EM, à laquelle renvoie l'article 1^{er} §4 du TCE, définit ce qu'il faut entendre par « matières et produits énergétiques » dans le cadre du traité : https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/Founding_Docs/ECT-fr.pdf.

⁵ L'article 1^{er} §5 du TCE définit précisément ce qu'il faut entendre par « activité économique du secteur de l'énergie » dans le cadre du traité : https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/Founding_Docs/ECT-fr.pdf.

⁶ Pour consulter les statistiques, voir <https://www.energychartertreaty.org/cases/statistics/>.

⁷ T. Marzal, « Quantum (In)Justice: Rethinking the Calculation of Compensation and Damages in ISDS », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 22, n°2, 22 avril 2021.

⁸ Il s'agit uniquement des cas connus, car les investisseurs ne sont pas tenus de révéler les actions en justice engagées en vertu du TCE. Pour plus de détails concernant ces litiges, voir <https://www.energychartertreaty.org/cases/list-of-cases/> (consulté le 17 avril 2023).

dédommagement pour des mesures de politique économique, sociale ou environnementale prises par les pouvoirs publics.

1. Un obstacle à la lutte contre le réchauffement climatique et la précarité énergétique

La protection des investissements contenue dans le TCE a fait de ce traité **un instrument dissuasif, voire punitif, de politiques énergétiques et sociales durables**⁹.

En tant qu'instrument dissuasif, d'une part, le TCE permet aux entreprises énergétiques d'**inciter des États à renoncer à la sortie des énergies fossiles en les menaçant de poursuite** devant un tribunal d'arbitrage. Plusieurs États européens ont ainsi été acculés à revoir leurs ambitions climatiques à la baisse. L'Allemagne a par exemple été attaquée en 2009 par la société suédoise Vattenfall, qui lui réclamait 1,4 milliard d'euros en raison du préjudice subi par les retards d'autorisation d'une centrale électrique alimentée au charbon. Pour éviter de devoir payer un tel montant, le gouvernement allemand avait accepté d'abaisser les normes environnementales pour la centrale concernée¹⁰. En France, le projet de loi mettant fin à l'exploitation des hydrocarbures à l'horizon 2040 a été vidé de sa substance en 2017 après que la société canadienne Vermillion a menacé de recourir au TCE pour attaquer l'État français devant un tribunal d'arbitrage¹¹.

En tant qu'instrument punitif, d'autre part, le TCE permet aux entreprises énergétiques de **réclamer des sanctions financières aux États qui optent pour la transition vers une économie zéro carbone** pour le motif qu'ils mettent en péril la valeur des investissements dans les énergies fossiles. Sur la base des investissements étrangers couverts par ce traité, le montant des actifs fossiles potentiellement « échoués » (*stranded assets*) était estimé à 879 milliards d'euros en janvier 2020 et ils pourraient atteindre en 2050 le montant colossal de 2 150 milliards en cas de maintien de la protection des énergies fossiles dans le TCE¹². Ce traité est ainsi devenu l'outil privilégié des entreprises énergétiques d'origine fossile pour transférer le coût de ces actifs échoués mais protégés aux contribuables européens¹³.

Mais le TCE ne se limite pas à la protection des investissements privés dans les énergies fossiles. En Allemagne, suite à la décision de **fermer toutes les centrales nucléaires avant fin 2022**, le gouvernement a dû payer des indemnités de 2,4 milliards d'euros à plusieurs entreprises énergétiques pour mettre fin aux procédures d'arbitrage lancées à son encontre. Le TCE est également utilisé pour **dissuader ou contrer des décisions prises par les pouvoirs publics visant à réguler les prix de l'énergie, en particulier de l'électricité**, au bénéfice des consommateurs¹⁴. La Hongrie a par exemple

⁹ P. Eberhardt, C. Olivet et L. Steinfort, *One Treaty to Rule Them All*, Corporate Europe Observatory & Transnational Institute, Bruxelles/Amsterdam, juin 2018.

¹⁰ ISDS Platform, « ISDS Corporate Attacks. Case study: Vattenfall v. Germany », 25 juillet 2015.

¹¹ M. Vaudano, « Comment la menace d'arbitrage a permis aux lobbys de détricoter la loi Hulot », *Le Monde*, 4 septembre 2018.

¹² Y. Saheb, « Modernisation of the Energy Charter Treaty. A Global Tragedy at a High Cost for Taxpayers », Paris, OpenExp, janvier 2020.

¹³ C'est le cas des entreprises allemandes RWE (RWE AG and RWE Eemshaven Holding II B.V. v. Netherlands, ICSID Case No. ARB/21/4) et Uniper (Uniper SE, Uniper Benelux Holding B.V. and Uniper Benelux N.V. v. Netherlands, ICSID Case No. ARB/21/22) : elles ont attaqué les Pays-Bas en 2021 et exigent au nom du TCE des compensations financières de respectivement 1 et 1,4 milliard d'euros, après le vote en décembre 2019 d'une loi visant à interdire d'ici 2030 la production d'électricité issue du charbon.

¹⁴ J.C. Benito Sanchez et R. Vivien, « Le Traité sur la Charte de l'énergie. Ennemi dans la lutte contre la précarité énergétique », *Analyse d'Entraide et Fraternité*, avril 2022 : <https://entraide.be/publication/analyse-2022-04/>.

été poursuivie en 2007 par la compagnie d'électricité Electrabel¹⁵ suite à l'adoption d'une loi destinée à rétablir le système de prix réglementés (après les avoir supprimés dans le cadre de la libéralisation) afin de réduire la facture d'électricité pour les ménages les moins aisés.

Le TCE protège donc les investissements dans toutes les formes d'énergie, en ce compris le nucléaire et les énergies renouvelables¹⁶, mais il permet surtout aux entreprises énergétiques d'exiger des compensations importantes aux États qui décident de réguler le développement de la production d'énergie sur leur territoire¹⁷. Or, le **contexte énergétique a fortement évolué** ces dernières années. L'Accord de Paris sur le changement climatique (2015) a ouvert une ère d'**engagement mondial à décarboner l'économie**. Il a mené l'UE à préciser son objectif de neutralité carbone à l'horizon 2050 dans le cadre du Pacte vert européen (2019), en appelant à « mettre en place un secteur de l'énergie reposant largement sur les sources renouvelables, tout en abandonnant rapidement le charbon et en décarbonant le gaz »¹⁸. Bien que la pandémie de Covid-19 et la guerre en Ukraine aient fait de la question de l'approvisionnement énergétique l'une des principales préoccupations européennes¹⁹, la partie du TCE relative à l'ISDS n'en est pas moins contraire à ces engagements internationaux et **incohérente par rapport aux Objectifs de développement durable (ODD) de l'Agenda 2030**²⁰. Elle est également **illégal au regard du droit européen** (voir point 4).

Soulignons, enfin, que **les États n'ont rien à gagner dans ce système d'arbitrage**. D'une part, le mécanisme ISDS est réservé aux seuls investisseurs privés étrangers. D'autre part, il génère automatiquement des frais de justice à prendre en charge en plus de ceux de la partie adverse (dans certains cas). Par exemple, dans 11 affaires sur 19 gagnées par les investisseurs privés, l'Espagne a dû assumer la totalité des frais de justice de ces derniers. Même dans les cas où l'Espagne n'a pas été condamnée par l'arbitre, elle a tout de même dû, trois fois sur cinq, payer les frais de justice de la partie adverse²¹.

¹⁵ L'affaire ait été tranchée en faveur de la Hongrie, mais les coûts et frais inhérents à la procédure enclenchée, qui sont supportés par le contribuable, s'élevèrent à presque 5 millions de dollars. Voir *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19 : <https://www.energychartertreaty.org/details/article/electrabel-sa-v-hungary/>.

¹⁶ L'Espagne, par exemple, a été la cible de près d'une cinquantaine de plaintes pour plus de 8 milliards d'euros après avoir modifié son régime de soutien aux investissements dans l'énergie solaire suite aux politiques d'austérité instaurées après la crise de 2008. Voir <https://www.energychartertreaty.org/cases/statistics/>.

¹⁷ C'est ainsi que la somme des émissions de gaz à effet de serre protégées par le TCE depuis son entrée en vigueur en 1998 est, par exemple, supérieure au budget carbone de l'UE prévu pour la période 2018-2050. Voir Y. Saheb, « Modernisation of the Energy Charter Treaty. A Global Tragedy at a High Cost for Taxpayers », *op. cit.*

¹⁸ Commission européenne, « Le pacte vert pour l'Europe », *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions*, COM(2019) 640 final, Bruxelles, 11 décembre 2019, p. 6.

¹⁹ Dans la mesure où l'UE importe plus de 60% de ses besoins énergétiques primaires, l'économie européenne doit assurer un accès non discriminatoire aux matières et produits énergétiques, ainsi qu'assurer un transit fiable et des infrastructures de transport sûres dans les pays tiers. Position de la CES sur le traité de la charte sur l'énergie, adoptée au Comité exécutif des 5-6 octobre 2021 : <https://www.etuc.org/fr/document/position-de-la-ces-sur-le-traite-de-la-charte-sur-lenergie>.

²⁰ Pour les politiques énergétiques, ce dernier comporte en particulier l'ODD 7, pour l'accès de tous à une énergie propre et d'un coût abordable, ainsi que l'ODD 13, pour la lutte contre les changements climatiques et leurs répercussions. Voir <https://www.ccpd-abco.be/advice/sortir-des-incoherences-entre-le-traite-sur-la-charte-de-lenergie-et-les-accords-multilateraux-en-faveur-du-developpement/>.

²¹ Lucía Bárcena, *Del sueño solar de España a la pesadilla Legal*, Madrid/Amsterdam, Transnational Institute, 13 octobre 2021 : <https://www.tni.org/es/publicaci%C3%B3n/del-sueno-solar-de-espana-a-la-pesadilla-legal>.

2. Le TCE offre des garanties plus explicites et précises que les règles de l'OMC en ce qui concerne la sécurité transit/transport en matière énergétique

Ainsi le TCE stipule qu'une partie contractante ne peut utiliser la taxation sur ni empêcher l'entretien de l'infrastructure de transit/transport à des fins de limitation d'approvisionnement en matières premières. Il impose aussi une obligation de ne pas arrêter le transit en cas de différend.

Ces dispositions sont donc importantes pour les relations avec les pays non-membres de l'UE qui sont des parties contractantes au TCE, non seulement lorsqu'ils n'adhèrent pas à l'OMC (Azerbaïdjan, Turkménistan) mais même aussi lorsqu'ils adhèrent à l'OMC.

En ce qui concerne l'attitude à adopter vis-à-vis du TCE, ceci nous confronte à la question suivante : comment neutraliser les protections exagérées accordées aux investisseurs étrangers sans pour autant renoncer, en particulier dans le double contexte actuel de crise énergétique et d'objectif de réindustrialisation, au niveau de garantie de transport/approvisionnement énergétique.

3. Une tentative de réforme, mais des résultats insuffisants face aux enjeux climatiques

En raison de son incompatibilité avec les engagements climatiques et le droit de l'Union, le TCE a fait l'objet d'un **processus de réforme qui a duré plus de deux ans**. Malheureusement, la [proposition de modernisation du traité](#), sur laquelle s'est accordée la cinquantaine de parties prenantes le 24 juin 2022 après quinze cycles de négociations, ne permet pas de résoudre cette incompatibilité, même si certains des amendements proposés constituent à première vue des avancées²². Il s'agit principalement du mécanisme de flexibilité (qui permettrait à l'UE et au Royaume-Uni de mettre fin à la protection des nouveaux investissements dans les énergies fossiles à partir du 15 août 2023), de l'extension de la liste des produits énergétiques pris en compte par le TCE (en y ajoutant l'hydrogène bas carbone, la biomasse, le biogaz, l'ammoniac anhydre et les carburants de synthèse), de la réaffirmation du droit des États à réguler (en prévoyant notamment des exceptions pour réduire les risques de procédures d'arbitrage à l'encontre d'États poursuivant des « objectifs politiques légitimes » tels la protection de l'environnement et la lutte contre le changement climatique), de l'amendement prévoyant que les investisseurs privés implantés dans l'UE ne pourraient plus utiliser le mécanisme d'arbitrage privé (ISDS) contre les États membres de l'UE, réduisant ainsi sa capacité de nuisance, puisque la majorité des litiges sur la base du TCE oppose des entreprises européennes à des États membres de l'UE, de la limitation des dommages-intérêts monétaires et de la définition de l'expropriation et du rejet de demandes frivoles.

Toutefois, ces **amendements sont loin d'être suffisants** pour assurer le respect des échéances afin de décarboner progressivement le secteur de l'énergie à l'horizon 2030 en vue d'atteindre la neutralité carbone en 2050²³. **En effet, le mécanisme de flexibilité prévoit également que la protection des investissements existants dans les énergies fossiles sera maintenue pendant dix ans après l'entrée en vigueur du TCE modernisé. Or, le processus de ratification prévu est extrêmement long. En plus d'être validé par le Parlement européen, le traité modernisé devrait être ratifié par les parlements nationaux d'au moins trois-quarts des parties prenantes pour pouvoir être d'application – un processus qui a pris douze ans la dernière fois que le TCE a été révisé. Dans le meilleur des cas, la version modernisée du traité n'entrerait en vigueur que dans 15 à 20 ans, soit dans des délais**

²² Pour une analyse détaillée des propositions de réforme, voir S. Wintgens, « Climat : pour un retrait européen coordonné du Traité sur la charte de l'énergie », *Analyse du CNCD-11.11.11*, 13 septembre 2022 : <https://www.cncd.be/climat-pour-un-retrait-europeen-coordonne-traite-charte-energie>.

²³ A. Zacharie, « Traité sur la charte de l'énergie : en moderniser ou en sortir ? », *Analyse du CNCD-11.11.11*, 14 novembre 2022 : <https://www.cncd.be/Traite-sur-la-Charte-de-l-energie-le-moderniser-ou-en-sortir>.

incompatibles avec le respect de l'Accord de Paris prévoyant de maintenir le réchauffement planétaire le plus proche possible de 1,5°C. L'utilité du mécanisme de flexibilité soutenu par la Commission européenne serait alors dans les faits très limitée.

De plus, **les risques de procédures d'arbitrage ne seront pas réduits par l'extension du champ d'application du TCE modernisé à de nouvelles sources et technologies énergétiques, qui va au contraire l'augmenter²⁴, ni par les nouvelles exceptions prévues pour certaines politiques publiques « légitimes », qui sont insuffisantes et problématiques.** Lorsqu'il s'agit de mettre fin à des projets d'investissement dans les énergies fossiles pour respecter les objectifs de l'Accord de Paris sur le climat (tels que limiter le réchauffement à 1,5°C), les mesures réglementaires pourront concerner des énergies ou des projets spécifiques. Or, de telles mesures ciblées pourraient être juridiquement interprétées comme « discriminatoires » et donc ne pas rentrer dans le cadre de ces nouvelles exceptions²⁵.

Enfin et surtout, **la version révisée du TCE conserve la fameuse clause d'arbitrage ISDS.** Le maintien de ce mécanisme vaut aussi bien pour les Etats non-membres de l'UE que pour ses Etats membres, puisque **des entreprises basées en dehors de l'UE (comme en Suisse²⁶ ou au Royaume-Uni) pourront toujours attaquer** ces Etats sur la base du TCE. La modernisation de ce traité n'est donc plus une option pour l'UE et ce, tant politiquement que juridiquement²⁷.

4. La Commission européenne face à des blocages politiques

Politiquement, la Commission européenne n'a pas obtenu la majorité qualifiée nécessaire au Conseil afin de pouvoir soutenir la version révisée du TCE lors de la Conférence annuelle de la Charte de l'énergie le 22 novembre 2022. Quatre Etats membres (**France, Allemagne, Espagne et Pays-Bas**), représentant plus de 35% de la population européenne (minorité de blocage), **ont décidé de ne pas soutenir une position commune de l'UE en faveur de la modernisation du TCE**, bloquant ainsi l'adoption de réformes jugées insuffisantes par rapport au mandat conféré en 2019²⁸.

La Commission européenne a aussi dû faire face aux **annonces consécutives de huit Etats (France, Allemagne, Espagne, Pays-Bas, Pologne, Slovaquie, Luxembourg et Danemark) de se retirer du TCE**, en plus de l'Italie qui en est sortie en 2016. Faute de consensus entre les gouvernements fédéral et

²⁴ Explications, voir page 10 de la présente position.

²⁵ En règle générale, les mesures non discriminatoires adoptées pour protéger des « objectifs politiques légitimes », tels que la santé publique, la sécurité et l'environnement (y compris en ce qui concerne l'atténuation du changement climatique et l'adaptation à celui-ci), ne constituent pas une expropriation indirecte. Exiger que les mesures de politique publique soient « non discriminatoires » pour être exclues de la définition de l'expropriation indirecte est extrêmement problématique pour mesures politiques ciblées en faveur de la transition vers une énergie propre. Sarah Brewin et Lukas Schaugg, « Modest Modernization or Massive Setback ? An analysis of the Energy Charter Treaty agreement in principle », *IISD Report*, août 2022, p. 16 : <https://www.iisd.org/system/files/2022-07/energy-charter-treaty-agreement-analysis.pdf>.

²⁶ La Suisse a récemment confirmé qu'elle ne se retirerait pas du TCE. Voir J. Lo, « Switzerland says won't follow EU out of beleaguered Energy Charter Treaty », *Climate Home News/Euractiv*, 10 février 2023 : <https://www.euractiv.com/section/energy/news/switzerland-says-wont-follow-eu-out-of-beleaguered-energy-charter-treaty/>.

²⁷ S. Wintgens et R. Vivien, « Traité sur la charte de l'énergie : la sortie est inévitable », *Analyse du CNCN-11.11.11*, 14 février 2023 : <https://www.cncn.be/traite-sur-la-charte-de-l-energie-la-sortie-est-inevitable>.

²⁸ Pour rappel, la Commission européenne a négocié la modernisation du TCE au nom des Etats membres sur la base d'un mandat établi en juillet 2019, avec un double enjeu : aligner le TCE sur les objectifs de l'Accord de Paris sur le climat et inclure dans le traité révisé des normes modernes de protection des investissements afin de se protéger des procédures d'arbitrage liées à la mise en œuvre de politiques publiques dans le cadre du Green Deal. Council of the European Union, *Negotiating Directives for the Modernisation of the Energy Charter Treaty*, Bruxelles, 2 juillet 2019 : <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10745-2019-ADD-1/en/pdf>.

régionaux, la Belgique s'est quant à elle abstenue de prendre position sur la version modernisée du traité.

La Commission européenne ne dispose **pas non plus du soutien du Parlement européen**. Dans sa [résolution du 24 novembre 2022](#), ce dernier considère la version révisée du TCE comme insuffisante pour faire face à l'urgence climatique car elle « n'est pas en phase avec l'accord de Paris, la loi européenne sur le climat et les objectifs du pacte vert pour l'Europe » (§5). Il appelle dès lors la Commission à « engager immédiatement le processus devant conduire à un retrait coordonné de l'Union du TCE » (§20) et s'engage à soutenir ce retrait lorsqu'il sera invité à l'approuver (§18).

5. L'obligation de sortir d'un traité incompatible avec le droit de l'Union

Les blocages sont aussi d'ordre juridique. Pour des raisons d'incompatibilité fondamentale avec le droit européen, il n'est par ailleurs **plus possible pour les Etats membres de l'UE de rester partie prenante d'un accord comportant un mécanisme d'arbitrage de type ISDS entre eux**²⁹. Plusieurs arrêts de la Cour de Justice de l'UE (CJUE), dont [l'arrêt Achmea](#) du 6 mars 2018 et plus récemment [l'arrêt Komstroy](#), considèrent que les tribunaux d'arbitrage privés ne peuvent pas s'appliquer aux différends opposant un investisseur européen et un État membre de l'Union, et ce, contrairement à l'interprétation qu'en ont souvent fait les tribunaux d'arbitrage³⁰. De plus, le résultat de la modernisation du TCE ne satisfait pas les tests juridiques auxquels la CJUE a soumis les articles concernant l'ISDS dans le CETA dans son avis 1/17 du 30 avril 2019. La Cour avait examiné tous les éléments du chapitre ISDS et constaté que l'ensemble de ces éléments a assuré la compatibilité du CETA avec le droit européen. Les résultats de la modernisation du TCE n'atteignent pas du tout cette norme (par exemple, le TCE « modernisé » n'a pas introduit de possibilité de recours contre les décisions des panels d'arbitrage). Le résultat de la modernisation ne permet donc pas à l'UE ni à ses Etats membres de continuer à adhérer au TCE³¹.

A défaut de pouvoir inclure dans le TCE des normes modernes de protection des investissements, la Commission européenne avait reconnu dès décembre 2020 qu'elle pourrait « [envisager de proposer d'autres options, y compris le retrait du TCE](#) ». Le 25 novembre 2022, Frans Timmermans déclarait au journal [Le Monde](#) sa difficulté à pouvoir encore « justifier la participation des Européens au TCE ». Le 6 décembre 2022, la [Commission européenne](#) reconnaissait ouvertement qu'elle était en train de préparer un retrait coordonné de l'UE et ses Etats membres de ce traité. Dans un document³² soumis aux Etats membres début février 2023, elle a confirmé qu'**une sortie du TCE est aujourd'hui « inévitable »** en raison de l'impossibilité d'approuver la version modernisée du traité et de le renégocier à nouveau, et proposé plusieurs options aux Etats membres.

Comme le rappellent les services de la Commission européenne dans leur *non-paper* de février 2023, dans lequel ils préconisent un retrait coordonné du TCE par l'UE et les États membres, ce traité ne

²⁹ Explications détaillées dans cette étude scientifique : C. Eckes et L. Ankersmit, *The compatibility of the Energy Charter Treaty with EU law*, Amsterdam, Amsterdam Centre for European Law and Governance / University of Amsterdam, 21 avril 2022, pp. 16-17 : <https://www.clientearth.org/media/2n2po04j/report-on-ect-compatibility-with-eu-law.pdf>.

³⁰ Les tribunaux d'arbitrage privés ne sont pas tenus d'appliquer les décisions de la CJUE. S. Collins, « Moldova v Komstroy: A Moment Of Reckoning For Intra-EU Investment Arbitration Under The ECT? Considering Its impact On Tribunals, Investors And EU Member States », *European Federation for Investment Law and Arbitration (EFILA) Blog*, 29 novembre 2021 : <https://efilablog.org/2021/11/29/moldova-v-komstroy-a-moment-of-reckoning-for-intra-eu-investment-arbitration-under-the-ect-considering-its-impact-on-tribunals-investors-and-eu-member-states/>.

³¹ Voir <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=213502&doclang=FR> et CJUE, « Avis 1/17. Le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États prévu par l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Canada (CETA) est compatible avec le droit de l'Union », *Communiqué de presse n°52/19*, Luxembourg, 30 avril 2019 : <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-04/cp190052fr.pdf>.

³² « Non-paper from the European Commission. Next steps as regards the EU, Euratom and Member States' membership in the Energy Charter Treaty », février 2023.

présente pas d'intérêt économique pour ces derniers : « **les modes de protection des investissements tels que ceux fournis par le TCE ne sont pas nécessaires pour attirer les investissements dans l'UE, étant donné les niveaux d'accès à la justice et à l'État de droit – surtout pas dans le secteur de l'énergie, où le marché de l'énergie de l'UE est dynamique et très attractif. Par conséquent, un retrait du TCE ne devrait pas avoir d'effets majeurs sur les décisions des acteurs du Japon, du Royaume-Uni, de la Suisse, de l'Azerbaïdjan ou de toute autre partie contractante du TCE d'investir dans le secteur énergétique de l'UE** ». Ajoutons que la proposition de résolution du Parlement fédéral belge du 21 mars 2022 énumère les autres possibilités dont disposent les entreprises pour protéger leurs investissements dans le secteur de l'énergie, telles que le recours aux tribunaux des pays hôtes ou encore la souscription d'assurances « risque politique » afin de les protéger de risques de confiscation, de nationalisation et d'annulation de contrats³³. **La sécurité juridique des investisseurs privés ne dépend donc pas de la présence du mécanisme d'arbitrage.**

6. Les options proposées par la Commission aux Etats membres

La Commission européenne a proposé aux Etats membres trois options concernant l'avenir du TCE :

1) **Un retrait coordonné de l'UE, d'Euratom et des États membres du TCE**

La première option proposée par la Commission est celle d'un retrait coordonné de l'UE et de ses Etats membres. Cette option, que la Commission considère clairement **comme « la plus adéquate », est également la plus cohérente et la plus efficace.**

Dans le contexte actuel de crise des prix de l'énergie et de l'accélération du changement climatique, les États doivent **disposer pleinement de leur pouvoir réglementaire** afin de lutter contre la précarité énergétique et garantir une transition énergétique rapide et juste. Un retrait coordonné de l'UE et ses Etats membres assurerait la **meilleure protection contre les (menaces de) poursuites** devant des tribunaux d'arbitrage privés, plus de 65% des cas d'ISDS en vertu du TCE étant intra-UE.

L'un des principaux freins à cette option est la clause de survie (article 47§3), en vertu de laquelle les investissements réalisés avant leur retrait continueront d'être protégés par le traité pendant vingt ans après leur sortie. Comme cette clause (20 ans) est en apparence plus longue que le délai permis par le mécanisme de flexibilité (dix ans), il serait préférable d'adopter la proposition de réforme plutôt que de se retirer du TCE³⁴. Cependant, cet argument ne prend en compte ni le fait que ce délai ne débute qu'après l'entrée en vigueur du TCE modernisé (dont le processus de ratification peut prendre du temps), ni **les pistes juridiques existantes pour désactiver la clause de survie**. Les Etats ayant décidé de se retirer du TCE pourraient **adopter un accord *inter se* excluant l'application de cette clause de survie entre eux**, réduisant ainsi le risque de poursuites devant des tribunaux d'arbitrage par des investisseurs de l'UE de vingt à un an³⁵. Cette option aurait également l'avantage de neutraliser toutes les plaintes se fondant sur le TCE et pas uniquement celles concernant les énergies fossiles : plusieurs plaintes ont par exemple été déposées contre des Etats qui ont réglementé le prix de l'énergie.

³³ Chambre des Représentants de Belgique, *Proposition de résolution visant à soutenir le retrait de l'Union européenne du Traité sur la charte de l'énergie*, 21 mars 2022, pp. 14-15 : <https://www.lachambre.be/doc/flwb/pdf/55/2593/55k2593001.pdf>.

³⁴ Voir J. Tropper, « Withdrawing from the Energy Charter Treaty: The End is (not) Near », *Kluwer Arbitration Blog*, 4 novembre 2022 : <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/11/04/withdrawing-from-the-energy-charter-treaty-the-end-is-not-near/>.

³⁵ Un retrait devient effectif un an après qu'une partie prenante l'a notifié. N. Bernasconi-Osterwalder, « Energy Charter Treaty Reform: Why withdrawal is an option », *IISD Analysis*, 24 juin 2021 : <https://www.iisd.org/itn/en/2021/06/24/energy-charter-treaty-reform-why-withdrawal-is-an-option/>.

Pour être adoptée, une proposition de retrait coordonné du TCE de la Commission nécessite le soutien d'une majorité qualifiée d'Etats membres au Conseil et **l'assentiment du Parlement européen**. Pour atteindre cette majorité qualifiée, il faut le soutien de 15 Etats membres sur 27, représentant au moins 65 % de la population totale de l'UE. **La position des huit Etats membres ayant déjà annoncé (voire procédé à) leur retrait unilatéral du TCE, ainsi que celle adoptée par le Parlement européen dans sa résolution du 24 novembre 2022, devraient faciliter un consensus politique.**

Les deux autres options proposées comportent davantage de risques et de limites.

2) *Un retrait de l'UE et d'Euratom, avec l'autorisation préalable pour certains États membres de rester parties à un TCE modernisé*

La deuxième option proposée par la Commission consiste à autoriser les États membres qui le souhaitent de rester dans le TCE malgré une sortie de l'UE en tant qu'organisation régionale.

De l'avis même de la Commission, cette option « impliquerait une complexité et une charge administrative importantes », sa mise en œuvre nécessitant une procédure très longue et très contraignante. Les États membres ne peuvent en effet pas assumer des obligations en vertu du TCE après le retrait de l'UE, à moins que l'UE ne les habilite explicitement à le faire via une « autorisation préalable » qui requiert le soutien du Conseil et l'assentiment du Parlement européen. Ce dernier ayant clairement indiqué être en faveur d'un retrait coordonné, **la faisabilité politique de cette option est incertaine.** De plus, la Commission n'autorise les États membres à rester parties au TCE qu'à condition que la modernisation du traité soit effectivement adoptée et qu'elle entre en vigueur dans un délai raisonnable, ce qui n'est pas garanti.

Cette option pourrait en outre avoir **des effets politiquement indésirables.** Le fait que certains États membres restent parties contractantes du TCE tandis que d'autres se retirent pourrait **nuire à la cohésion de l'UE**, non seulement en ce qui concerne l'image qu'elle projette à l'extérieur (car l'unité de l'UE serait remise en question) mais aussi au sein du marché intérieur (car cela **créerait des conditions de concurrence inéquitables**, une telle situation pouvant affecter la mise en œuvre du droit européen dans les États membres confrontés à des régimes de responsabilité différents).

L'application au sein de l'UE de deux versions différentes du TCE, c'est-à-dire modernisée ou pas en fonction des États membres, créerait également **beaucoup d'incertitude juridique** quant aux aspects de ce traité mixte auxquels les États membres ou l'UE sont liés, contrairement à la clarté juridique que permettrait un retrait coordonné.

Enfin, **tous les efforts diplomatiques et politiques** pour assurer l'adoption de la version modernisée du TCE et garantir sa ratification rapide **incomberaient désormais aux États membres restant** dans le traité. Non seulement ils porteront à eux seuls cette responsabilité, mais ils devront également continuer à financer et à assurer le fonctionnement du Secrétariat du TCE sans bénéficier du soutien des autres grands pays de l'UE qui s'en sont retirés, ni des services de la Commission.

3) *Une décision du Conseil autorisant l'adoption de la modernisation, suivie du retrait (coordonné) de l'UE, d'Euratom et des États membres*

La troisième option proposée par la Commission consiste pour l'UE et ses États membres à **se retirer de manière coordonnée d'un TCE modernisé.** Autrement dit, il s'agirait d'autoriser l'adoption du TCE

modernisé par la Conférence sur la Charte de l'énergie tout en entamant parallèlement la procédure de retrait.

Selon la **Commission européenne**, il est dans l'intérêt de l'UE et de ses Etats membres de ne pas s'opposer à l'adoption de la modernisation avant tout retrait potentiel. Toutefois, elle considère également **cette option comme politiquement intenable** car elle « irait à l'encontre de l'annonce publique et politique déjà faite par un certain nombre d'États membres ». Au moins huit ministres et/ou gouvernements (France, Allemagne, Espagne, Pays-Bas, Pologne, Slovaquie, Luxembourg et Danemark) ont déjà décidé de se retirer du TCE, et plusieurs d'entre eux (dont **la France, l'Allemagne, l'Espagne et les Pays-Bas**) ont **rejeté la version modernisée** du traité en novembre 2022. Une telle option impliquerait donc de leur part soit une précision (l'annonce d'un retrait suppose-t-il un refus de la modernisation) soit un abandon de leurs annonces politiques. Dans sa résolution du 24 novembre 2022, **le Parlement européen a également clairement indiqué qu'il rejetait les résultats de la réforme du TCE** car ils ne sont ni en phase avec les engagements climatiques européens et internationaux ni alignés sur la nouvelle approche de l'UE en matière de politique d'investissement. Il estime que la version modernisée du TCE ne répond pas aux objectifs définis dans sa [résolution du 23 juin 2022](#) sur l'avenir de la politique de l'Union en matière d'investissements internationaux, en particulier l'interdiction immédiate pour les investisseurs dans les énergies fossiles de poursuivre les parties contractantes pour la mise en œuvre de politiques d'élimination progressive des énergies fossiles conformes à leurs engagements internationaux (§42), le raccourcissement significatif du calendrier de levée progressive de la protection des investissements existants dans les énergies fossiles (§39), et l'abolition du mécanisme d'ISDS dans les traités de protection des investissements signés et ratifiés par l'UE et ses Etats membres (§26).

La Commission considère également cette option comme « **peu honnête vis-à-vis des autres parties contractantes du TCE non-membres de l'UE** ». Au mieux, sa mise en œuvre prendrait de nombreuses années puisque l'entrée en vigueur de la version modernisée du traité nécessite la ratification d'au moins trois-quarts des parties contractantes, soit un délai de 15 à 20 ans. Mais en réalité, les chances d'aboutir un jour sont très faibles étant donné que les États non-membres de l'UE sauraient que l'UE a l'intention de se retirer une fois que le traité modernisé est en application. **L'UE risquerait ainsi de devenir l'otage des intérêts de pays tiers.**

En choisissant cette option, les États membres de l'UE s'exposeraient surtout à un **plus grand risque de cas d'ISDS en raison de l'extension du champ d'application du TCE modernisé à de nouvelles technologies énergétiques** telles que l'hydrogène ou le captage et stockage du carbone (CCS). Le fait d'inclure cette nouvelle catégorie d'investissements protégés dans le traité va paradoxalement augmenter le risque de procédures d'arbitrage d'investisseurs étrangers à l'encontre des Etats mettant en œuvre des politiques de transition vers une énergie 100% renouvelable. **Or, non seulement ces nouvelles technologies sont encore en phase exploratoire³⁶, mais en outre la Commission reconnaît elle-même l'inutilité du TCE pour attirer des investissements étrangers dans l'UE**, de surcroît dans le secteur de l'énergie³⁷.

³⁶ Elles sont considérées par les environnementalistes comme de fausses solutions, car soit elles ne permettent pas de réduire réellement les émissions de gaz à effet de serre (certaines formes d'hydrogène sont produites à partir de pétrole, charbon ou méthane), soit elles reportent le problème (CCS), soit elles occasionnent des dommages collatéraux (biomasse).

³⁷ « Our general assessment is that modes of investment protection such as the one provided by the ECT are not required to attract investments in the EU, given the levels of access to justice and rule of law – especially not in the energy sector, where the EU energy market is dynamic and very attractive. » Extrait du « Non-paper from the European Commission. Next steps as regards the EU, Euratom and Member States' membership in the Energy Charter Treaty », février 2023.

RECOMMANDATIONS

A défaut d'une profonde réforme et pour toutes les raisons susmentionnées, **l'option la plus efficace pour l'UE et ses Etats membres consiste, selon nous, consiste en une sortie du TCE :**

- **de manière, collective, coordonnée et accompagnée d'un accord *inter se* neutralisant l'ISDS et la clause de survie** ; étant entendu qu'un tel accord devrait être au moins tout aussi efficace dans ses effets et rapide dans sa mise en œuvre que la clause de survie : cela réduirait sensiblement l'effet néfaste du TCE, surtout si cette stratégie est suivie par d'autres Etats non-européens signataires du TCE. Le retrait du TCE de l'UE et de ses Etats membres pourrait en effet **avoir un effet d'entraînement**. Non seulement parce qu'il aura **un impact sur le fonctionnement du Secrétariat du TCE** dans la mesure où les Etats européens contribuent à son budget et où l'UE est le principal moteur de la modernisation du traité. Mais parce que ce retrait pourrait aussi **fortement inciter les Etats signataires non-européens mais qui souhaitent adhérer à l'UE, ainsi que ses partenaires économiques proches, à se retirer dès à présent d'un traité contraire au droit de l'Union**.
- **en l'accompagnant, conformément à la position de la Confédération européenne des syndicats (CES)³⁸, d'une politique de commerce extérieur et de coopération en matière énergétique :**
 - proactive et à long terme ;
 - **vis-à-vis d'une diversité de pays fournisseurs potentiels**, en ce compris les nombreux pays signataires actuels du TCE, visant en particulier un accès non discriminatoire aux matières énergétiques et le respect des droits et de la souveraineté des peuples des pays où se trouvent ces matières ;
 - **qui maintient et renforce le niveau actuel de sécurité de transit/transport/approvisionnement énergétique nécessaire à la réindustrialisation verte** de l'Europe et donc à la transition écologique et à l'emploi ;
 - qui maintient les efforts en vue d'éviter que la protection des investisseurs étrangers ne viennent contredire les politiques industrielles européennes et de lutte contre la précarité énergétique.

En vue des défis climatiques gigantesques, le TCE est un obstacle énorme dont les effets négatifs du point de vue de la transition énergétique doivent être éliminés le plus vite possible. Tout comme il est nécessaire de pouvoir s'assurer du caractère socialement juste, de toute politique énergétique et climatique.

³⁸ Position de la CES sur le traité de la charte sur l'énergie, adoptée au Comité exécutif des 5-6 octobre 2021 : <https://www.etuc.org/fr/document/position-de-la-ces-sur-le-traite-de-la-charte-sur-lenergie>.