

Le traité sur la Charte de l'énergie

Si ce sujet vous intéresse, Notre Affaire À Tous organise bientôt une table ronde avec plusieurs expertes, notamment Clémentine Baldon, Helionor de Anzizu et Yamina Saheb pour aller plus loin. [Elle se tiendra le lundi 30 janvier à 19h à l'Académie du Climat de Paris \(et possiblement en ligne\).](#)

I/ Introduction

Le Traité sur la Charte de l'énergie (TCE) est un traité international relatif aux investissements du secteur de l'énergie. Il est né à la suite de la chute de l'URSS et avait pour but de protéger les sociétés occidentales investissant dans les infrastructures et la production d'énergie dans les pays de l'ancien bloc de l'Est. Il a été signé en 1994 et est entré en vigueur en 1998. Le traité a actuellement 54 signataires : 52 États (principalement d'Europe et d'Asie centrale), l'Union européenne et Euratom. Deux États, l'Italie et la Russie, sont sortis du traité et d'autres États ont récemment annoncé se retirer.

Le traité a vocation à protéger les investisseurs de plusieurs manières. D'une part, les conditions financières des investissements sont protégées par plusieurs clauses habituelles du droit des investissements. Cette protection s'applique à la production, au transport et au commerce de l'énergie. D'autre part, un mécanisme de règlement arbitral des litiges est instauré. Ces dispositions posent de nombreux problèmes, qui seront étudiés dans une première partie.

Cependant, des évolutions récentes montrent que certains gouvernements, sous la pression de la société civile et d'actions juridiques, commencent à agir, sur le plan national et/ou européen pour remettre en cause le traité actuel. Ces solutions seront abordées dans un deuxième temps.

II/ Les impacts du TCE : une mise à distance de l'intérêt général au profit du secteur privé

Des mécanismes de règlement des différends en marge de la sphère publique

Les règles consacrées par le TCE offrent des garanties particulièrement solides aux investissements réalisés dans le secteur de l'énergie. Elles proposent également des moyens de faire valoir ces dernières en cas de litiges avec les Etats-hôtes. Le traité comporte à l'article 26 une clause d'arbitrage, qui prévoit, sauf règlement possible à l'amiable ou devant les juridictions de l'Etat-hôte, un « consentement inconditionnel » de ce dernier à la mise en place d'une procédure d'arbitrage ou de conciliation internationale¹. En toute hypothèse, les investisseurs disposent donc d'outils pour contester les pratiques étatiques qu'ils jugeraient défavorables à leurs intérêts. Dès lors, l'indépendance des Etats parties au TCE dans la détermination de leurs politiques économiques et énergétiques peut se trouver remise en question. Dans ce cadre, certains mécanismes internationaux de règlement des différends entre investisseurs et Etats (CIRDI – Centre international pour le règlement des différends relatifs aux

¹ *Traité sur la Charte de l'énergie*, adopté à Lisbonne le 17 décembre 1994, entré en vigueur le 16 avril 1998, art. 26.

investissements ; arbitres uniques ou tribunaux d'arbitrage *ad hoc* ; procédures d'arbitrage sous l'égide de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm) sont largement mis à contribution. Depuis la seconde moitié du XXe siècle, ceux-ci constituent le cadre juridique préférentiel de la protection des investissements à l'étranger, suivant le postulat selon lequel les systèmes judiciaires locaux n'offriraient pas de procès équitables en la matière². Les contentieux relatifs à l'application du TCE occupent une place de choix dans ce contexte : ils concernaient ainsi quatre-vingt-quinze des sept cent trente-neuf affaires de règlement des différends entre investisseurs et Etats relevées en août 2016, engagées sur la base des divers traités de commerce et de protection des investissements³. Le TCE s'inscrit ainsi pleinement dans un système qui tend à donner aux investisseurs de puissantes armes juridiques.

Cette redéfinition des rapports de force contribue à extraire les problématiques énergétiques des champs de l'action publique et du débat public, sur lesquels la protection d'intérêts privés peut prendre le dessus. Cette tendance est aggravée par les modes de fonctionnement propres des mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et Etats, qui posent plusieurs problèmes. Tout d'abord, les mécanismes d'arbitrage posent des problèmes en termes de transparence. En effet, il n'existe aucune obligation de rendre publics les litiges invoquant le TCE, si bien que le chiffre de cent-cinquante cas soumis à l'arbitrage, avancé en juin 2022, pourrait tout à fait être sous-évalué. Par ailleurs, toutes les étapes de la procédure se déroulent à huis-clos⁴. Cette opacité dans le traitement des questions de droit et de fait litigieuses se retrouve dans la grande liberté de décision dont bénéficient les arbitres, qui ne sont pas tenus de suivre une jurisprudence fixe ni de se conformer à une hiérarchie des normes clairement identifiée et dont la sentence n'est pas soumise à un contrôle juridique externe. Et si les décisions arbitrales doivent être homologuées par des juges nationaux pour gagner leur force exécutoire, les parties au litige peuvent tenter pour cela de s'adresser à n'importe lequel de ces juges à travers le monde⁵.

Au-delà même de ce manque de lisibilité et de cette imprévisibilité du règlement par arbitrage des différends relatifs aux TCE, c'est par la suite la question de l'impartialité des arbitres qui doit être soulevée. En général, les tribunaux d'arbitrage sont composés de trois arbitres, dont deux sont sélectionnés par les parties et un troisième – le président – est choisi par les deux premiers en coopération avec les parties. Cependant, s'il s'avère que chaque arbitre présente ses propres opinions et affinités, nombre d'entre eux sont davantage sensibles aux intérêts du secteur privé qu'à la situation particulière de chaque Etat⁶. Ceci tient notamment à un phénomène de « portes tournantes » assez largement répandu : beaucoup d'arbitres ont précédemment été les avocats de certains investisseurs dans de

² *Investigate Europe*, « Le Traité sur la charte de l'énergie: comment ça marche? », 23 février 2021 [en ligne] <https://www.investigate-europe.eu/fr/2021/le-traite-de-la-charte-sur-lenergie-comment-ca-marche/> (consulté le 20 octobre 2022)

³ Trade Justice Movement, « *About the Energy Charter Treaty* » [en ligne] <https://www.tjm.org.uk/trade-deals/energy-charter-treaty> (consulté le 15 octobre 2022).

⁴ Tessa Jupon, *Public Sénat*, « Qu'est-ce que le traité sur la charte de l'énergie qui menace la lutte climatique? », 24 juin 2022 [en ligne] <https://www.publicsenat.fr/article/politique/qu-est-ce-que-le-traite-sur-la-charte-de-l-energie-qui-menace-la-lutte-climatique> (consulté le 18 octobre 2022)

⁵ Maria Maggiore, *Investigate Europe*, « *Giacomo Aiello, Italian State Attorney: 'Private arbitration is becoming a Russian roulette'* », 23 février 2021 [en ligne] <https://www.investigate-europe.eu/fr/2021/italian-state-attorney-giacomo-aiello/> (consulté le 12 novembre 2022).

⁶ Maria Maggiore et Boryana Dzhabazova, *Investigate Europe*, « *Pierre-Marie Dupuy, arbitrator and lawyer: 'There is a very strict control on the independence of arbitrators'* », 23 février 2021 [en ligne] <https://www.investigate-europe.eu/fr/2021/pierre-marie-dupuy/> (consulté le 12 novembre 2022).

précédents litiges ou sont susceptibles de le redevenir⁷. Ce type de mauvaises pratiques est régulièrement dénoncé, y compris par des personnes proches des milieux de l'arbitrage international⁸, mais n'est en aucun cas prohibé. À cet égard, ces systèmes de règlement des différends s'apparentent à un « club fermé », au sein duquel certains acteurs aux multiples casquettes pourront se prévaloir d'honoraires particulièrement importants⁹. En témoigne la formation progressive d'une forme de marché de l'arbitrage particulièrement lucratif : certains cabinets d'avocats anglo-saxons parviennent ainsi à toucher des financements de grands fonds d'investissement pour pousser les entreprises à avoir recours à l'arbitrage, alors même qu'elles seraient incapables, seules, d'en supporter les frais¹⁰.

La mise à la disposition des investisseurs, par le TCE, de mécanismes arbitraux de règlement des différends, ainsi que le fonctionnement interne de ces derniers, contribuent donc à éloigner les problématiques énergétiques de la sphère publique et de la seule satisfaction de l'intérêt général. Ce phénomène est également critiqué du fait de l'ampleur des sommes soulevées par les possibles – et régulières – contestations des investisseurs.

Des coûts financiers colossaux pour la population

Les sanctions financières auxquelles les Etats parties peuvent potentiellement être condamnés sont prévues aux articles 12 et 13 du TCE, qui concernent respectivement la « compensation pour perte » et l'« expropriation ». Les investisseurs issus d'une partie contractante sont ainsi fondés à demander une restitution, une indemnisation ou une compensation pour toute réquisition, destruction ou perte de leurs investissements causée par des circonstances exceptionnelles, ainsi que pour toute expropriation ou nationalisation¹¹.

Ceci pose problème dans la mesure où l'« expropriation » est comprise de manière extrêmement large dans le cadre du TCE. Si le terme a pu, historiquement, se référer aux seules nationalisations arbitraires, son inclusion constituant alors un gage de sécurité juridique, il recouvre aujourd'hui toute mesure ayant une influence significative sur un investissement – y compris la mise en place de réglementations qui réduiraient la part de marché d'une entreprise¹². La sortie progressive des énergies fossiles, la clôture de projets extractifs controversés, la limitation du recours à l'énergie nucléaire, l'intervention sur le marché de l'électricité ou encore la protection des littoraux sont donc autant de politiques nationales susceptibles d'être visées (ou l'ayant déjà été). Par ailleurs, l'interprétation de la compensation « adéquate », au sens des articles 12 et 13 du TCE, est problématique. En effet, cette

⁷ AITEC, « Nouvelles révélations sur le Traité sur la charte de l'énergie », 1er mars 2021 [en ligne] <http://aitec.reseau-ipam.org/spip.php?article1739> (consulté le 14 novembre 2022). De tels conflits d'intérêts semblent dans l'architecture institutionnelle créée par le TCE semblent pouvoir se retrouver au niveau de son Secrétariat, dont certains membres ont pu être identifiés comme étroitement liés à l'industrie des énergies fossiles.

⁸ Voir Maria Maggiore et Boryana Dzhambazova, *Investigate Europe*, *op. cit.*

⁹ *Investigate Europe*, « TCE: Cet obscur traité qui menace les objectifs climatiques européens », février 2021 [en ligne] <https://www.investigate-europe.eu/fr/2021/tce-obscur-traite-menace-objectifs-climatiques-europens/> (consulté le 16 octobre 2022)

¹⁰ Maria Maggiore, *Investigate Europe*, *op. cit.*

¹¹ *Traité sur la Charte de l'énergie*, adopté à Lisbonne le 17 décembre 1994, entré en vigueur le 16 avril 1998, art. 12 et 13.

¹² *Trade Justice Movement*, *op. cit.*

notion pourrait tout à fait couvrir uniquement les sommes effectivement investies par les acteurs privés dans l'achat et le développement d'installations de production et d'infrastructures énergétiques ou la réalisation d'études prospectives, éventuellement assorties d'intérêts visant à compenser l'inflation. Cependant, il n'en est rien : dans le cadre du TCE, les compensations sont calculées sur la base des bénéfices espérés des entreprises demanderessees. Le traité permet ainsi de dédommager ces dernières pour les profits futurs qu'elles auraient pu réaliser. Une telle approche par la « juste valeur marchande » des investissements s'avère donc amplement favorable aux acteurs privés et augmente considérablement les coûts de l'action publique dans le secteur de l'énergie¹³.

De fait, le système de protection des investissements issu du traité mobilise – ou du moins permet de mobiliser – des volumes financiers impressionnants. D'après une enquête du groupement de journalistes *Investigate Europe* réalisée en février 2021, les infrastructures fossiles protégées par le TCE dans l'Union européenne, en Grande-Bretagne et en Suisse pouvaient être évaluées à 344,6 milliards d'euros. Ceci équivaut à plus du double du budget annuel de l'Union européenne et représente 660 euros par habitant. Les trois quarts de ce montant correspondraient à la protection de gisements de gaz et de pétrole (126 milliards d'euros) ainsi que de pipelines (148 milliards d'euros)¹⁴. Dans un tel contexte, la menace des sanctions financières imposables aux Etats n'est pas à prendre à la légère : celles-ci peuvent en effet se compter en millions, voire en milliards¹⁵. L'amende record infligée sur le fondement du TCE, dans un contentieux opposant la société Yukos à la Russie, s'est élevée à 50 milliards de dollars¹⁶. À de tels dédommagements viennent s'ajouter les coûts spécifiques que supposent une procédure arbitrale : les sommes moyennes dépensées par les Etats pour s'y défendre atteignent 8 millions de dollars¹⁷.

Les sommes impliquées par la mise en œuvre du TCE influencent d'autant plus lourdement le comportement des Etats parties qu'elles pèsent directement sur leurs fonds publics, susceptibles d'être mobilisés pour indemniser des entreprises privées. En conséquence, la possibilité de recours à une procédure arbitrale présente souvent un effet dissuasif. Il est ainsi arrivé au gouvernement allemand de verser une compensation de plus de 4 milliards d'euros à deux entreprises européennes (LEAG et RWE) afin d'obtenir la garantie que celles-ci ne recourraient pas au TCE¹⁸. L'ampleur du pouvoir que le traité confère au secteur privé de l'énergie est ici manifeste. Encore une fois, ceci contribue à éloigner les Etats parties des impératifs tenant à la préservation de l'intérêt général, ce dont témoigne encore le peu de cas qui est fait, dans le système du traité, de la protection des personnes physiques et de l'environnement.

Un système destructeur en matière sociale et environnementale

Si le traité consacre son article 19 aux « aspects environnementaux » des activités menées dans le secteur de l'énergie, le texte correspondant s'avère très peu contraignant et particulièrement lacunaire dans sa substance. L'article fait certes référence à quelques grands principes du droit de l'environnement (prévention, coopération, information-consultation, principe pollueur-payeur...) mais n'a de cesse d'en

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Investigate Europe*, « *The Energy Charter Treaty* », février 2021 [en ligne] <https://www.investigate-europe.eu/en/2021/ect> (consulté le 18 octobre 2022).

¹⁵ *Trade Justice Movement*, *op. cit.*

¹⁶ *Investigate Europe*, « Le Traité sur la charte de l'énergie: comment ça marche? », *op. cit.*

¹⁷ *Trade Justice Movement*, *op. cit.*

¹⁸ Tessa Jupon, *Public Sénat*, *op. cit.*

édulcorer le sens et la portée, qui sont sacrifiés au nom d'impératifs d'efficacité économique. La présentation du principe pollueur-payeur est très éloquente à cet égard. Le texte du traité prévoit en effet que « les parties contractantes conviennent que le pollueur opérant dans leur zone devrait, en principe, supporter le coût de cette pollution, y compris la pollution transfrontalière, dans le respect de l'intérêt public et sans que soient faussés les investissements dans le cycle énergétique ou le commerce international »¹⁹. L'adoption du TCE a donc constitué une occasion manquée de développer le droit international de l'environnement, puisque ce traité pourtant dédié au secteur de l'énergie ne propose aucune disposition contraignante relative à la transition énergétique et la sortie des énergies fossiles, à la protection de l'environnement ou encore à la lutte contre les changements climatiques²⁰.

Cette mise à l'égard de l'intérêt général dans le traité, au nom de la bonne santé économique du secteur de l'énergie, se retrouve dans le traitement réservé aux questions de bien-être social et de développement local²¹. Ainsi, la seule mention des populations locales, dans l'article 24, concerne les « investisseurs qui appartiennent aux populations indigènes ou sont des personnes des groupes socialement ou économiquement défavorisés » – et encore les intérêts économiques de ces derniers ne sont protégés que sous conditions et sans préjudice des règles relatives à la compensation pour perte et l'expropriation²². À l'inverse, le développement et la mise à niveau des infrastructures énergétiques de transit sont prévus et encouragés conventionnellement²³, sans aucun égard pour leur impact sur les conditions de vie des résidents dans les zones de transit.

De plus, les possibles retombées économiques positives des investissements protégés au bénéfice des populations des Etats-hôtes sont remises en question par plusieurs dispositions du traité. L'article 5 interdit ainsi les pratiques nationales qui favoriseraient l'achat ou l'utilisation de produits ou services locaux²⁴. Suivant les dispositions de l'article 11, les Etats parties ne sont pas non plus autorisés à fixer des critères préférentiels ou des incitations à l'embauche des populations locales par les investisseurs issus d'autres Etats parties²⁵. Enfin, au terme de l'article 14, ces derniers investisseurs doivent pouvoir bénéficier d'une « liberté des transferts » en ce qui concerne leurs capitaux, les rendements et les recettes non dépensées dans l'Etat-hôte, les paiements effectués au titre d'un contrat, les produits issus de la vente ou de la liquidation d'un investissement ainsi que les paiements obtenus à l'issue du règlement d'un différend, y compris ceux relatifs à des compensations pour pertes ou expropriations²⁶. En d'autres termes, toute entrée d'argent au profit d'un investisseur peut échapper à la législation fiscale de l'Etat-hôte et éventuellement se trouver redirigée vers un paradis fiscal.

Enfin, à une époque où la gravité de la crise climatique ne fait plus aucun doute, le système créé par le TCE constitue toujours un environnement politico-juridique hautement défavorable à toute action climatique ambitieuse. Ceci est largement dû à l'ouverture du traité à l'arbitrage et au système de dédommagement mis en place par ses articles 12 et 13. Plus largement, ces derniers doivent être lus à la lumière de l'article 10, qui dispose que « chaque partie contractante encourage et crée [...] des

¹⁹ *Traité sur la Charte de l'énergie, op. cit.*, art. 19.

²⁰ *Trade Justice Movement, op. cit.*

²¹ *Trade Justice Movement, op. cit.*

²² *Traité sur la Charte de l'énergie, op. cit.*, art. 24.

²³ *Ibid.*, art. 7.

²⁴ *Ibid.*, art. 5.

²⁵ *Ibid.*, art. 11 §2.

²⁶ *Ibid.*, art. 14.

conditions stables, équitables, favorables et transparentes pour la réalisation d'investissements dans sa zone par les investisseurs des autres parties contractantes »²⁷. Pour le Etats-hôtes, ceci implique d'une part de réserver à ces investisseurs un « traitement loyal et équitable »²⁸ qui ne peut pas être moins favorable que celui accordé aux investisseurs nationaux ou à ceux d'Etats tiers, mais aussi, d'autre part, de leur assurer un certain degré de prévisibilité quant à la conduite de leurs propres politiques environnementales et climatiques²⁹. Ainsi, dans diverses affaires, des entreprises ou investisseurs privés ont pu invoquer le TCE pour contester – souvent avec succès – des mesures nationales contraires à leurs intérêts. À titre d'exemples :

- En France, il est fort probable que le recul sur la loi relative à l'exploration et l'exploitation des hydrocarbures, portée par Nicolas Hulot en 2017, soit en partie dû à l'intervention de l'entreprise pétrolière canadienne Vermilion Energy. Celle-ci avait en effet adressé une note au Conseil d'Etat dans laquelle elle évoquait les poursuites devant des tribunaux d'arbitrage auxquelles la France s'exposerait, du fait du TCE, si la loi prévue était votée. La loi, qui devait interdire la délivrance de nouveaux permis d'exploration ainsi que le renouvellement des permis d'exploitation existants, a fini par autoriser la reconduite des titres d'exploitation pétrolière jusqu'en 2040, voire parfois au-delà³⁰.

Par deux fois, l'entreprise suédoise Vattenfall a porté plainte contre l'Allemagne sur le fondement du TCE. Le premier cas concernait des réglementations environnementales imposées par les pouvoirs publics pour l'ouverture d'une nouvelle centrale à charbon ; le second concernait la politique allemande de sortie du nucléaire et de fermeture progressive des réacteurs. Dans les deux situations, l'entreprise a obtenu gain de cause d'une manière ou d'une autre : dans la seconde affaire, elle a été compensée à hauteur de 1,5 milliards d'euros dans le cadre d'un accord avec l'Etat, tandis que dans la première, elle a permis à sa centrale à charbon d'ouvrir sans réglementation supplémentaire et a reçu une indemnisation négociée dont le montant a été maintenu secret³¹.

En 2021, le géant allemand de l'énergie RWE a présenté une demande d'arbitrage contre les Pays-Bas, ces derniers ayant pris la décision de mettre fin à la production électrique issue du charbon à l'horizon 2030. Il s'agit de la première requête formulée sur la base du TCE contre une décision politique de ce type³².

En 2022, la société pétrolière britannique Rockhopper a obtenu que l'Etat italien lui verse une compensation de 190 millions d'euros, plus les intérêts, après avoir mobilisé le TCE. L'Italie avait en effet adopté un moratoire sur toute nouvelle infrastructure gazière ou pétrolière située à proximité du littoral, protégé par une nouvelle loi. L'Etat italien a ainsi été condamné alors même qu'il s'était unilatéralement retiré du traité en 2016, car il restait tenu d'en respecter les dispositions pour les

²⁷ *Ibid.*, art. 10.

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ *Trade Justice Movement, op. cit.*

³⁰ Alexandre-Reza Kokabi, « Comment le traité sur la charte de l'énergie plombe la transition écologique », *Reporterre*, 23 février 2021, mis à jour le 10 juin 2022 [en ligne] <https://reporterre.net/Comment-le-Traite-sur-la-charte-de-l-energie-plombe-la-transition-ecologique> (consulté le 25 octobre 2022).

³¹ Rättsakuten, « *Vattenfall Vs Germany Arbitrations* », 3 mai 2021 [en ligne] <https://rattsakuten.com/dispute-resolution-case/> (consulté le 24 octobre 2022).

³² *Climate Action Network Europe*, « *German energy giant RWE uses the Energy Charter Treaty to attack Dutch climate action* », 2 avril 2021 [en ligne] <https://caneurope.org/german-energy-rwe-energy-charter-treaty-claims-netherlands/> (consulté le 23 octobre 2022).



investissements antérieurement réalisés sur son territoire pendant vingt ans supplémentaires (voir *infra*)³³.

En toute rigueur, les dispositifs de protection des investissements mis en place par le TCE sont également accessibles aux producteurs d'énergies renouvelables. L'entreprise allemande Encavis et trois de ses filiales ont par exemple engagé une procédure d'arbitrage contre la France du fait de la révision à la baisse des tarifs d'achat de l'électricité photovoltaïque décidée par le gouvernement en 2020³⁴. Ceci n'enlève rien au fait que les dispositions du traité demeurent extrêmement favorables au maintien des énergies fossiles, dont il est pourtant particulièrement urgent d'arrêter l'emploi, ni au fait que le texte confère au secteur privé un pouvoir indu sur le champ de l'action publique.

III/ Que faire face à ce traité dépassé ?

Modifier le traité : le chemin du compromis est-il praticable ?

Le 23 juin 2022 a marqué l'achèvement des négociations visant à moderniser le traité sur la charte de l'énergie (TCE) qui avaient été engagées le 27 novembre 2017, lors de la Conférence sur la Charte de l'énergie³⁵. Cette modernisation fait partie d'un processus continu de réformes connu sous le nom de *processus de la Charte de l'énergie*. Une première phase de révision avait déjà abouti en 2015 à l'adoption de la Charte internationale de l'énergie, actualisant la déclaration politique initiale signée en 1991³⁶. La particularité de cette seconde phase est d'engager une révision du texte du TCE lui-même. Le but affiché de cette démarche est de mettre à jour, clarifier, et adapter aux nouveaux enjeux un certain nombre des dispositions de l'accord³⁷, jugées de plus en plus datées par une partie croissante des politiques et de la société civile, notamment en matière d'investissement.

Selon certaines analyses, cette modernisation pourrait constituer une occasion unique d'utiliser un outil existant pour imposer de nouvelles normes correspondant aux enjeux et préoccupations actuelles.

Ainsi, il serait par exemple possible d'opérer une distinction selon les sources énergétiques³⁸. En mettant fin à la neutralité du TCE à l'égard de la nature des sources d'énergie, les Etats pourraient accorder un traitement différencié aux investissements en fonction de leur impact sur l'environnement et le climat. Cette éventualité d'un traitement discriminant a déjà été abordée par plusieurs tribunaux arbitraux. C'est le cas par exemple dans l'affaire *Methanex contre USA*, portant sur un différend en

³³ Collectif national unitaire Stop CETA Mercosur, « L'Italie condamnée à verser des millions de dollars de compensation à une compagnie pétrolière », 6 septembre 2022 [en ligne] <https://www.collectifstopafta.org/traite-sur-la-charte-de-l-energie/article/l-italie-condamnee-a-verser-des-millions-de-dollars-de-compensation-a-une> (consulté le 23 octobre 2022).

³⁴ Laurent Radisson, « Traité sur la charte de l'énergie: la France poursuivie pour modification des tarifs d'achat photovoltaïques », ActuEnvironnement.com, 9 septembre 2022 [en ligne] <https://www.actu-environnement.com/ae/news/traite-charte-energie-france-poursuite-modification-tarif-achat-solaire-encavis-40269.php4> (consulté le 24 octobre 2022).

³⁵ Vie publique, octobre 2022, <https://www.vie-publique.fr/286894-traite-sur-la-charte-de-lenergie-six-questions>, (consulté le 4 novembre 2022).

³⁶ Elena Cima, "Un TCE modernisé pourrait-il contribuer à la lutte contre le changement climatique ?" Blogdroiteuropéen, octobre 2020, <https://blogdroiteuropeen.com/un-tce-modernise-pourrait-il-contribuer-a-la-lutte-contre-le-changement-climatique-par-elena-cima/>

³⁷ *Ibidem*

³⁸ *Ibidem*

matière d'investissement dans le cadre de l'Accord de libre-échange nord-américain. Le tribunal arbitral avait en l'espèce dissocié deux investissements en raison de leur impact environnemental dans le contexte d'une interprétation de la notion de « circonstances similaires ». La reconnaissance d'un mécanisme incitatif fondé sur ce type d'analyse pourrait donc être un moyen susceptible de répondre en partie aux enjeux actuels.

Une autre perspective ouverte par le processus de modernisation du traité pourrait résider dans la reconnaissance du droit de l'Etat hôte à protéger le climat. Cela pourrait notamment se traduire par le remplacement de nombreuses formulations vagues figurant dans le traité sur lesquelles s'appuient aujourd'hui nombre de recours excessifs de la part des investisseurs, qui se fondent essentiellement sur le caractère général et peu précis de ces normes. La portée de ces dispositions pourrait ainsi être restreinte en remplaçant leur texte par des définitions plus précises et en clarifiant leur signification et les conséquences qui en résultent.

Cependant, on peut considérer qu'une modification du traité en ce sens serait au final inutile et, en tous les cas, difficile à mettre en œuvre d'un point de vue politique.

Cette opinion se justifie d'abord par le fait que le TCE est entaché de défauts fondamentaux trop importants pour pouvoir être corrigés. Son opacité, les obstacles au fonctionnement démocratique de la gouvernance que sa mise en œuvre produit, et le frein qu'il représente pour la transition énergétique européenne conduisent à penser qu'une simple révision du texte ne permettrait pas de lever les critiques structurelles qu'on peut lui adresser. En outre, la direction vers laquelle s'orientent les négociations permet de douter de l'ambition de la réforme. Une proposition de la Commission Européenne prévoit par exemple la continuation de la protection des investissements étrangers dans toutes les sources d'énergie fossile jusqu'en 2030 et dans la production d'électricité à partir des centrales à gaz jusqu'en 2040 si les émissions de l'électricité produite par ces centrales n'excèdent pas 550gCO₂/kWh³⁹. La modernisation engagée actuellement reviendrait dès lors à une simple opération de modification à la marge du traité, permettant à la Commission européenne, soumise à une forte pression de lobbying, de le préserver⁴⁰. C'est pourquoi l'eurodéputée Marie Toussaint constate: « on ne modernise pas un traité aussi nauséabond. On le quitte »⁴¹.

De surcroît, l'article 36 du TCE impose l'unanimité des parties contractantes pour adopter un amendement ou une modification du traité. Un accord substantiel paraît donc difficilement atteignable, d'autant plus si l'on tient compte du fait que plusieurs pays signataires du traité vivent de la rente des énergies fossiles, comme l'Azerbaïdjan, le Turkménistan, le Kazakhstan, la Mongolie ou encore l'Ouzbékistan⁴². Une modification du traité dans le sens d'une remise en cause de ces énergies au profit des énergies renouvelables serait contraire à leurs intérêts.

La Conférence annuelle du traité, qui devait se tenir le 22 novembre 2022⁴³, n'a pas réussi, comme il était craint, à aboutir à un accord. Le vote a été reporté à avril 2023, sur demande de la Commission européenne. Lors du vote du 18 novembre 2022 au Conseil de l'Union européenne, qui avait pour objet de donner mandat à l'exécutif européen pour valider la modernisation du traité, plusieurs Etats-membres se sont abstenus, dont la France, l'Espagne, l'Allemagne, ou les Pays-Bas. La majorité qualifiée n'a

³⁹ Yamina Saheb, "Le traité écocide sur la charte de l'énergie a encore frappé", Médiapart, février 2021, <https://blogs.mediapart.fr/yamina-saheb/blog/le-traite-ecocide-sur-la-charte-de-l-energie-tce-encore-frappe>

⁴⁰ Collectif Stop CETA, Le mouvement, s.d., <https://lemouvement.org/en-finir-avec-le-tce/> (consulté le 14 novembre 2022).

⁴¹ Marie Toussaint (@marietouss1) "La modernisation proposée ne nous apporterait pas la sécurité juridique annoncée par ses partisans, elle est truffée de lacunes" Twitter, 24 novembre, 2022, 12h17, <https://twitter.com/marietouss1/status/1595738278166425600>

⁴² Yamina Saheb, Médiapart, février 2021, *op.cit.*

⁴³ Traité sur la charte de l'énergie, novembre 2022, <https://www.energychartertreaty.org/modernisation-du-traite/>

donc pas été atteinte, et ce blocage risquait d'empêcher le vote de la réforme, ce qui a poussé la Commission à en demander le report.

Bien qu'on puisse reconnaître l'aspect positif de l'émergence de ce débat sur le bien-fondé du traité au sein des institutions, la modernisation proposée ne paraît donc pas convaincante et ne peut en toute hypothèse qu'avoir une portée très limitée⁴⁴. La sortie du traité apparaît dès lors comme la solution la plus adaptée pour en surmonter les effets négatifs.

Une sortie nécessaire du traité

Le vendredi 21 octobre 2022, Emmanuel Macron a annoncé, en marge du Conseil Européen, la décision de se retirer du TCE⁴⁵. Cette décision, demandée de manière massive par la société civile⁴⁶, s'inscrit dans la lignée des retraits de la Russie en 2009 et de l'Italie en 2016. Au vu de l'insuffisance du compromis de modernisation proposé pour répondre aux enjeux environnementaux actuels, plusieurs autres Etats parties ont annoncé leur retrait du TCE à l'automne 2022. Le 18 octobre 2022, le ministre néerlandais de l'énergie Rob Jetten a ainsi annoncé la sortie de son pays du traité, après que le gouvernement ait récemment été poursuivi deux fois au titre du TCE à la suite de sa décision de fermer ses centrales à charbon⁴⁷. De son côté, l'Espagne a confirmé qu'elle était décidée à se retirer de cet accord, n'y trouvant pas d'améliorations suffisantes. L'assemblée polonaise a pour sa part voté un projet de loi transmis par le premier ministre le 25 août 2022, portant sur la « résiliation du traité sur la Charte de l'énergie », visant à enclencher le retrait du pays du TCE⁴⁸.

Concrètement, le traité établit dans quelles conditions une partie contractante peut se retirer du traité. L'article 47-2 précise à ce titre que le retrait d'un Etat partie est effectif un an après sa notification à la Conférence sur la Charte de l'énergie. L'article 47-3 prévoit quant à lui une « clause de survie ». Cette clause peut être déclenchée dans les différends portant sur l'application du traité un an après la réception par le Portugal, pays dépositaire du traité, de la lettre de notification de la décision du retrait du TCE par le pays signataire. En application de cette clause, les dispositions du traité continuent à s'appliquer aux investissements réalisés dans le pays sur une période de vingt ans après son retrait du traité⁴⁹. Cette clause de survie, qui décale la sortie effective du traité, est problématique. En effet, elle préserve les droits des investisseurs pendant encore vingt ans après la sortie du traité donc implique que les Etats peuvent encore être poursuivis par les entreprises concernées durant toute cette durée.

La durée de cette clause de survie est supérieure à celle qui prévaut dans la majorité des traités, ce qui représente une exception très favorable aux investisseurs et contribue également à freiner la volonté de transition énergétique des Etats membres, de crainte, même après s'être retiré du traité, de continuer à être poursuivi par des entreprises. Par exemple, lorsque l'Italie est sortie du Traité en 2016, la société

⁴⁴ Sascha Garcia, "Le TCE, cet accord international contraignant qui protège les énergies fossiles", *Libération*, 17 octobre 2022

⁴⁵ Concepcion Alvarez, "La France se retire du traité sur la charte de l'énergie", Novethic, 21 octobre 2022, <https://www.novethic.fr/actualite/energie/transition-energetique/isr-rse/la-france-se-retire-du-traite-sur-la-charte-de-l-energie-151139.html>

⁴⁶ Attac, Pétition exigeant le retrait de la France et de l'UE du TCE, février 2021 <https://france.attac.org/signez-la-petition-l-ue-et-la-france-doivent-sortir-du-traite-sur-la-charte>

⁴⁷ Sascha Garcia, "Le TCE, cet accord international contraignant qui protège les énergies fossiles", *Libération*, 17 octobre 2022

⁴⁸ Frédéric Simon, "La Pologne rédige une loi pour "résilier" le controversé traité sur la charte de l'énergie", Euractiv, 2 septembre 2022, <https://www.euractiv.fr/pologne-redige-loi-pour-resilier-traite-sur-charte-energie/>

⁴⁹ *Traité sur la Charte de l'énergie*, adopté à Lisbonne le 17 décembre 1994, entré en vigueur le 16 avril 1998, art. 49

pétrolière britannique Rockhopper l'a poursuivie⁵⁰ (*cf supra p.7*). Au terme de la procédure d'arbitrage, la société a obtenu 190 millions d'euros de compensation, ce qui lui fut extrêmement favorable car ce montant permettait non seulement de couvrir les investissements effectivement réalisés, mais également une part des profits futurs escomptés⁵¹.

Pour éviter que le retrait d'un pays ne soit marqué par des litiges se fondant sur la clause de survie, la société civile appelle à un retrait coordonné du traité de la part de l'Union Européenne⁵². C'est aussi ce que demande le gouvernement français. Le Haut conseil pour le climat a ainsi affirmé, dans un avis publié le 19 octobre 2022, qu'un « retrait coordonné du TCE de la part de la France et de l'UE apparaît comme étant l'option la moins risquée pour respecter les engagements nationaux, européens et internationaux sur le climat ».

Un besoin de réponse globale à l'échelle européenne

Une sortie coordonnée des pays de l'Union européenne est donc nécessaire pour pouvoir annuler efficacement les effets de la clause de survie du TCE pour les investissements intra-européens. En effet, comme plus de 60% des investissements du secteur de l'énergie dans les pays de l'Union européenne sont des investissements intra-européens, une sortie à l'échelle européenne permettrait de s'accorder sur l'annulation de la clause de survie, et donc réduirait le risque de nouveaux litiges⁵³. Les Etats membres pourraient conjointement reconnaître que la clause de survie prévue dans le TCE n'est plus valable ni applicable sur le territoire européen⁵⁴. Selon l'économiste Maxime Combes, une sortie collective du traité serait la meilleure solution car dès lors, le TCE ne « serait plus qu'une coquille vide ». C'est donc dans cette optique que le Parlement européen a appelé le 24 novembre 2022 à la sortie coordonnée immédiate de l'Union Européenne du TCE par le vote d'une résolution⁵⁵.

Cette demande de sortie du traité à l'échelle européenne est appuyée par une action en justice de cinq jeunes citoyens européens devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Le 21 juin 2022, un groupement de plusieurs jeunes européens victimes d'événements climatiques extrêmes ont déposé plainte contre douze États européens parties au TCE, l'Autriche, la Belgique, Chypre, le Danemark, la France, l'Allemagne, la Grèce, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Suède, la Suisse, et le Royaume-Uni. Ils dénoncent les méfaits du TCE sur l'environnement, et donc indirectement sur leur qualité de vie et leur santé⁵⁶, protégée entre autres par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Ils accusent les Etats européens de protéger abusivement l'exploitation des énergies fossiles par l'intermédiaire du traité.

En cas de succès du recours, la Cour pourrait être amenée à déclarer que les Etats doivent supprimer ces obstacles à la protection des droits des requérants garantis par la Convention européenne des droits de

⁵⁰ Investigate Europe, février 2021, "TCE : Cet obscur traité qui menace les objectifs climatiques européens", <https://www.investigate-europe.eu/fr/2021/tce-obscur-traite-menace-objectifs-climatiques-europens/>

⁵¹ Collectif Stop CETA, septembre 2022, <https://www.collectifstopceta.org/traite-sur-la-charte-de-l-energie/l-italie-condamnee-a-verser-des-millions-de-dollars-de-compensation-a-une>

⁵² Sascha Garcia, "Le TCE, cet accord international contraignant qui protège les énergies fossiles", *Libération*, 17 octobre 2022

⁵³ Yamina Saheb, Médiapart, février 2021, *op.cit.*

⁵⁴ Justine Guitton-Boussion, "énergie : un traité international climaticide résiste encore et toujours", Reporterre, 23 juin 2022, <https://reporterre.net/Energie-un-traite-international-climaticide-dans-la-tourmente>

⁵⁵ Inga Czerny-Grimm, " Le Parlement européen exige le retrait immédiat de l'UE du Traité sur la Charte de l'énergie" Socialists and democrats, 24 novembre 2022, <https://www.socialistsanddemocrats.eu/le-parlement-europeen-exige-le-retrait-immediat-de-lue-du-traite-sur-la-charte-de-lenergie>

⁵⁶ Florence Santrot, "Charte de l'énergie : 5 jeunes portent plainte auprès de la Cour européenne des droits de l'Homme", 21 juin 2022, <https://www.wedemain.fr/charte-de-lenergie-5-jeunes-portent-plainte>



l'Homme⁵⁷. Cette issue est envisageable en considérant que plusieurs juridictions nationales et internationales ont déjà affirmé que les Etats avaient pour obligation de réduire les émissions de gaz à effet de serre en raison de leurs engagements internationaux, comme ce fut par exemple le cas dans la décision du Conseil d'Etat *Commune de Grande Synthe*.

Cette action est non seulement le premier cas de procès climatique mettant en jeu la responsabilité des Etats sur le fondement du traité sur la Charte de l'énergie à l'égard de victimes d'aléas climatiques ; mais il est également le second recours de jeunes victimes du dérèglement climatique à l'encontre de plusieurs Etats européens devant la Cour européenne des droits de l'Homme⁵⁸. La première affaire, *Duarte Agostinho contre Portugal et 32 autres Etats*, avait été portée devant la Cour en septembre 2020 et a été confiée à la Grande Chambre en juin 2022 en raison de « l'importance et de l'urgence des problématiques soulevées », ce qui est de bon augure pour l'issue de ces deux affaires en cours⁵⁹.

L'enjeu principal réside désormais dans la poursuite et l'amplification de la pression exercée sur les États membres à travers les médias, les débats politiques et les voies judiciaires. Cela permettrait de renforcer le mouvement de remise en cause du traité sur la charte de l'énergie qui se développe, jusqu'à son aboutissement : la sortie collective du TCE par l'Union Européenne.

Rédigé par Clarisse Macé, Solène Aribaud et Gabriel Bordron, bénévoles NAAT.

⁵⁷ Exitect, 2022, <https://www.exitect.org/>

⁵⁸Concepcion Alvarez, Novethic, 21 octobre 2022, *op.cit.*

⁵⁹ Exitect, 2022, <https://www.exitect.org/>