

INVESTISSEMENT ET CLIMAT

RÉFORMER LE TRAITÉ SUR LA CHARTE DE L'ÉNERGIE



CNCD

11.11.11

Le Traité sur la Charte de l'Énergie est un accord multilatéral de commerce et d'investissement particulièrement dangereux pour le climat et nos démocraties: il contient une clause d'arbitrage investisseur-État et une clause de survie prolongant les effets du traité pendant 20 ans. Le CNCD-11.11.11 demande donc à la Belgique et à l'Union européenne d'œuvrer à une réforme en profondeur de ce traité pour le rendre cohérent avec l'Accord de Paris et le Green Deal européen.

UN VASTE TRAITÉ DE COMMERCE ET D'INVESTISSEMENT SUR L'ÉNERGIE...

En 1991 est adoptée à La Haye la Charte européenne de l'énergie. Cette déclaration politique recommande alors la création d'une « communauté paneuropéenne de l'énergie »¹ afin de sécuriser l'approvisionnement énergétique de l'Europe occidentale. Au sortir de la Guerre froide, divers événements (en particulier la guerre du Golfe et l'embargo sur le pétrole irakien) ont en effet rappelé la fragilité du marché mondial de l'énergie. Les risques d'une augmentation de la demande d'énergie liés à la montée en puissance des économies asiatiques (Chine) ont également convaincu l'Europe de la nécessité de diversifier ses sources d'approvisionnement².

C'est dans ce contexte qu'émerge le Traité sur la Charte de l'énergie (TCE)³. Cet accord multilatéral de commerce et d'investissement applicable au secteur de l'énergie doit permettre d'assurer la sécurité des approvisionnements de l'Union européenne (UE) en développant le potentiel énergétique des pays d'Europe centrale et de l'Est⁴. Ce traité, entré en vigueur en avril 1998, avait été préalablement signé à Lisbonne le 17 décembre 1994 par 41 États, parmi lesquels les États membres de l'UE et les pays candidats, l'ensemble des Républiques issues de l'Union soviétique, ainsi que d'autres pays industrialisés, à l'exception notable des États-Unis et du Canada. La Russie n'a cependant jamais ratifié le TCE et a mis fin à son application provisoire en 2009, en particulier pour préserver le monopole de Gazprom sur les exportations de gaz naturel de provenance notamment du Turkménistan.

... À VOCATION MONDIALE

Le retrait de la Russie, pays signataire clé, a réorienté les objectifs du TCE : il s'agit dès lors d'ériger ce traité en législation mondiale de l'énergie, en déployant une stratégie globale de consolidation, d'expansion géographique et de sensibilisation (dite « Conexo »). Elle se traduit en 2015 par la création de la Charte internationale de l'énergie (CIE) signée par 80 pays, dont les États-Unis, le Canada et la Chine. La CIE doit renforcer la coopération énergétique mondiale et encourager l'adhésion de nouveaux membres, en particulier en Afrique et au Moyen-Orient, qui abritent des partenaires clés pour l'UE en matière d'approvisionnement énergétique⁵.

Adhérer au TCE peut présenter des avantages pour un pays producteur qui souhaite attirer des investisseurs étrangers afin de développer son secteur de l'énergie, ou pour un pays de transit qui, comme le Maroc, veut renforcer cette position stra-

tégique. Une trentaine de pays en développement et quatre organisations africaines se sont actuellement engagés dans un processus d'adhésion au TCE⁶, qui compte désormais 53 parties contractantes. Parmi celles-ci figurent l'UE et la Belgique, qui abrite à Bruxelles le siège du Secrétariat du traité.

Notons enfin l'étendue du champ du TCE, qui concerne le nucléaire, le charbon, le gaz naturel, le pétrole et ses dérivés, ainsi que l'énergie électrique (Article 1^{er} §4 et Annexe EM). Il couvre également tous les stades de l'activité économique du secteur, de l'exploration à la commercialisation, en passant par l'exploitation, la production, le raffinage, le stockage, le transport terrestre, la transmission, la distribution ou encore l'échange (Article 1^{er} §5).

L'ATTEINTE AUX MARGES DE MANŒUVRE POLITIQUES DES ÉTATS

Compte-tenu de son champ d'application prioritairement axé sur la protection des investissements, le TCE contient une clause d'arbitrage investisseur-État qui en fait le traité le plus utilisé devant les tribunaux d'arbitrage. À l'origine, cette clause « ISDS » (*Investor-to-State Dispute Settlement*) visait surtout la protection des investissements contre les nationalisations arbitraires, en particulier dans des pays en transition vers l'économie de marché. Aujourd'hui, elle est aussi invoquée pour remettre en cause le choix politique des États pour des motifs d'expropriation indirecte et de pertes de profits⁷. On parle alors d'expropriation *indirecte*.

Tout industriel ou fonds d'investissement du secteur de l'énergie peut ainsi contester des législations visant à interdire le forage pétrolier près des côtes ou à stopper la production d'énergie nucléaire et obtenir jusqu'à plusieurs milliards d'euros de compensations sur ses profits futurs escomptés. La menace financière est une véritable épée de Damoclès : les montants en jeu sont parfois tellement importants que la menace de recours à l'arbitrage suffit à faire plier les États. Ce fut le cas en 2009, lorsque l'entreprise suédoise Vattenfall a utilisé le TCE pour poursuivre l'État allemand devant un tribunal d'arbitrage : elle lui réclamait 1,4 milliard d'euros en raison du préjudice subi par les retards d'autorisation concernant une centrale électrique alimentée au charbon. Afin d'éviter de payer ce montant, les autorités allemandes ont accepté un règlement à l'amiable qui a entraîné l'abaissement des normes environnementales pour la centrale à charbon en question⁸.

¹ Günter Rexrodt, « La politique énergétique dans l'Union Européenne », *Énergie en Europe*, n°25, 1995, p. 119. / ² Julia Doré, « Negotiating the Energy Charter Treaty », in Thomas W. Wälde (dir.), *The Energy Charter Treaty – An East-West Gateway for Investment & Trade*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, pp. 138-139.

³ www.energycharter.org / ⁴ Ramdane Babaji, « Le traité sur la Charte européenne de l'énergie (17 décembre 1994) », *Annuaire français de droit international*, vol. 42, 1996, pp. 872-893. / ⁵ Ernesto Bonafé et Florian Encke, « Energy Community Treaty and Energy Charter Treaty: Working towards Efficient International Energy Markets », in Dirk Buschle et Kim Talus (dir.), *The Energy Community: A New Energy Governance System*, Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 539-549.

⁶ Pour une analyse des risques liés à cette adhésion, voir Pia Eberhardt et Cecilia Olivet, *SILENT EXPANSION. Will the world's most dangerous investment treaty take the global south hostage?*, CEO, TNI et SEATINI, Bruxelles/Amsterdam/Kampala, avril 2020. / ⁷ Voir Sophie Wintgens, « Moderniser le Traité sur la Charte de l'énergie, un premier test pour le Green Deal », 18 mars 2020. / ⁸ ISDS Platform, « ISDS Corporate Attacks. Case study: Vattenfall v. Germany I », 25 juillet 2015.

UNE DISSUASION À LÉGIFÉRER

Non seulement cette menace financière dissuade des États de remettre en question certains choix d'investissement qui auraient perdu de leur légitimité, mais elle oblige dans certains cas à affaiblir les normes. Pis, elle dissuade aussi des États d'user de leur droit à décider, voire à légiférer. Toute décision politique ou modification de législation qui contrarie un projet d'intérêt financier peut ainsi être invoquée dans le cadre d'une plainte. C'est le cas de l'Espagne, l'un des pionniers de la production d'électricité photovoltaïque en Europe, qui fait l'objet de nombreuses plaintes d'investisseurs du secteur depuis une dizaine d'années en raison des changements fiscaux apportés aux régimes de soutien à l'énergie solaire dans le contexte de la crise financière de 2008-2009⁹. Le TCE a donc un impact négatif majeur sur les choix politiques des États et, partant, sur la démocratie et la lutte contre le changement climatique.

Enfin, dernier argument qui démontre la dangerosité de ce traité, il existe une « clause de survie » (aussi connue sous le nom de « sunset clause » (Article 47 §3)), qui prolonge les effets du traité pendant 20 ans après la sortie d'une partie contractante. Des investisseurs peuvent donc continuer à poursuivre un État même s'il n'est plus partie au TCE. C'est le cas de l'Italie, retirée du traité depuis 2016 et aujourd'hui poursuivie par la compagnie pétrolière et gazière britannique Rockhopper suite à son moratoire sur les forages offshore¹⁰.

UN OBSTACLE À LA TRANSITION ÉNERGÉTIQUE

Bien que des investisseurs s'appuient sur ce traité pour défendre leurs investissements dans les énergies renouvelables, le TCE permet aussi de défendre les énergies fossiles et constitue aujourd'hui un réel obstacle à la transition énergétique.

Le contexte énergétique a fortement évolué ces dernières années et l'adoption en 2015 de l'Accord de Paris marque l'engagement mondial à décarboner l'économie. Cet objectif de neutralité carbone à l'horizon 2050, en phase avec l'Agenda 2030 pour le développement durable, a été adopté en décembre 2019 par l'UE dans le cadre son Pacte vert : elle appelle 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 »¹¹. Cet appel à un changement fonda-

mental dans la production énergétique mondiale est aussi soutenu depuis 2012 par l'Agence internationale de l'énergie, qui considère que 80% des énergies fossiles devraient rester sous terre¹². En continuant à protéger les investissements dans le secteur des énergies fossiles, le TCE est donc incompatible avec ces engagements internationaux.

UNE RÉFORME COMPROMISE

La modernisation du TCE est prévue tous les cinq ans, mais sans obligation de résultat¹³. Ainsi, en 2018, le groupe de travail chargé de la révision a entamé des consultations des parties au traité et des industries et observateurs pour établir une liste d'éléments ouverts à révision¹⁴. L'UE a quant à elle clarifié le mandat de négociation accordé à la Commission en toute transparence, le projet de mandat a été publié dès mai 2019 et approuvé par le Conseil en juillet 2019¹⁵. On y sent que l'Europe a pris la mesure de l'enjeu. L'un des objectifs de son mandat est en effet que « le traité modernisé reflète les objectifs de transition en matière de changement climatique et d'énergie propre et contribue à la réalisation des objectifs de l'Accord de Paris ». Par ailleurs, l'UE y défend le « droit à réguler » des États, précisant qu'il n'y a pas d'engagement des parties contractantes à ne pas changer leurs lois, y compris s'il y a un impact négatif pour des profits espérés par les investisseurs, et propose une révision du mécanisme ISDS cohérente avec les discussions en cours dans d'autres enceintes internationales pour la création d'une Cour multilatérale d'investissement¹⁶.

La marge de manœuvre de l'UE, déjà étroite dans ce domaine, est toutefois réduite par la règle de l'unanimité prévalant pour toute modification du TCE. Elle s'est ainsi heurtée au refus du Japon de considérer toute modernisation du traité lors du premier échange de vues qui s'est tenu en octobre 2019, en préalable à l'entame des négociations. Ce veto japonais compromet une véritable réforme du traité. Confrontée à un impératif d'approvisionnement énergétique, l'UE s'est donc empêtrée dans un brouillard énergétique dont il est délicat de sortir. Face au Japon qui refuse, à ce stade, de moderniser le traité, poussée par ses objectifs de cohérence avec le développement durable et en particulier la lutte contre le réchauffement, c'est un bras de fer intense qui s'annonce pour l'UE.

/ ⁹ L'État espagnol, depuis lors touché par une quarantaine de procédures d'arbitrage au titre du TCE, a déjà perdu au moins 12 procès et été condamné à payer plus de 800 millions d'euros. Par exemple, voir *NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Spain*, ICSID Case No. ARB/14/11. / ¹⁰ Voir *Red carpet courts: 10 stories of how the rich and powerful hijacked justice*, by Corporate Europe Observatory, the Transnational Institute and Friends of the Earth Europe/International, June 2019. / ¹¹ Commission européenne, « Le pacte vert pour l'Europe », *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions*, COM(2019) 640 final, Bruxelles, 11 décembre 2019, p. 6. / ¹² International Energy Agency, « World Energy Outlook 2012 », 12 novembre 2012. / ¹³ Des révisions ont eu lieu en 1999, 2004, 2009 (sans résultat) et 2014. Les résultats sont disponibles sur le site du traité de la charte. / ¹⁴ Voir <https://www.energychartertreaty.org/fr/modernisation-of-du-traite/>. / ¹⁵ Council of the European Union, *Negotiating Directives for the Modernisation of the Energy Charter Treaty*, Bruxelles, 2 juillet 2019. / ¹⁶ Council of the European Union, *Negotiating Directives for the Modernisation of the Energy Charter Treaty*, op.cit., pp.4-5.

NOTE POLITIQUE

27# COMMERCE



RECOMMANDATIONS

Dans ce contexte où ni une sortie, ni la suppression du TCE ne sont des options réalistes à court terme, le CNCD-11.11.11 demande à la Belgique et à l'Union européenne d'œuvrer à moderniser ce traité pour répondre aux nécessités politique et juridique. À cette fin, la Belgique et l'Union européenne devraient :

- > **mettre le TCE en phase avec l'Accord de Paris**, ce qui permettra à l'UE de préserver sa crédibilité en tant que leader mondial dans la transition écologique et sociale,
- > **supprimer le mécanisme d'arbitrage « ISDS » et neutraliser la « clause de survie »** qui en prolonge les effets pendant 20 ans pour toute partie contractante qui s'est retirée du TCE, afin de préserver la souveraineté des États européens,
- > **suspendre toute nouvelle adhésion au TCE** dans sa forme actuelle,
- > **envisager la sortie du TCE à l'issue du dernier cycle de négociation de modernisation** dans le cas où ces demandes ne seraient pas rencontrées, tout en prenant en considération l'ensemble des effets qu'impliquerait un tel retrait.

POUR EN SAVOIR PLUS

- > Pia Eberhardt, Cecilia Olivet et Lavinia Steinfors, *One Treaty to Rule Them All, Corporate Europe Observatory & Transnational Institute*, Bruxelles/Amsterdam, juin 2018.
- > Yamina Saheb, *Modernisation of the Energy Charter Treaty, A Global Tragedy at a High Cost for Taxpayers*, Paris, OpenExp, janvier 2020.

CNCD-11.11.11

+ 32 (0) 2 250 12 30 / publications@cncd.be
www.cncd.be/Publications

CONTACT

Sophie Wintgens

Chargée de recherche et de plaidoyer
sur le Commerce international
+32 (0) 2 613 30 35
sophie.wintgens@cncd.be

