

Pourquoi faut-il sortir du traité sur la charte de l'énergie ?

Qu'est-ce que le Traité sur la charte de l'énergie (TCE) ?

Le TCE est un accord international signé en 1994 et entré en vigueur en 1998. Il regroupe aujourd'hui 54 membres allant de l'Europe occidentale au Japon, en passant par l'Asie centrale. L'UE en tant que telle et l'ensemble de ses États membres à l'exception de l'Italie en sont signataires.

Conçu à l'origine pour sécuriser l'approvisionnement énergétique de l'UE après la disparition du bloc soviétique, il vise à encourager et sécuriser les investissements et le commerce des matières, des produits et des équipements dans la production de l'énergie.

Le traité offre surtout la possibilité aux investisseurs de ce secteur d'avoir recours aux tribunaux d'arbitrage pour contester les décisions des États qui nuisent à leurs intérêts. Ce mécanisme très favorable aux investisseurs les autorise à exiger des compensations, non seulement sur les investissements réalisés, mais aussi sur les bénéfices futurs escomptés.

Il s'agit de fait du traité qui a généré le plus de contentieux entre investisseurs et États, ainsi que certains des litiges les plus coûteux de l'histoire de l'arbitrage d'investissement. Quelques 130 affaires découlant des dispositions du TCE sont connues à ce jour, dont 67 toujours en cours et 83 correspondent à des différends entre des investisseurs et des pays de l'UE (soit 64%). Les pays les plus attaqués sont l'Espagne (48) et l'Italie (12) et les pays d'origine des investisseurs les plus actifs en matière de poursuites sont les Pays Bas (26), l'Allemagne (24) et le Luxembourg (23). Selon le rapport de l'ONG Corporate Europe Observatory, en juin 2018, les gouvernements avaient été sommés ou avaient accepté de payer plus de 51,2 milliards de dollars d'indemnités, sur la base de ce traité.

Pourquoi est-ce que le TCE n'est pas compatible avec l'Accord de Paris sur le climat ?

Dans un rapport publié en février 2020, Yamina Saheb, ancienne responsable de l'unité efficacité énergétique du secrétariat international du TCE et auteure du GIEC, dresse un bilan sévère de la mise en œuvre de ce traité. Elle le juge tout simplement incompatible avec la lutte contre le changement climatique :

- Sur la base des IDE cumulés dans les pays membres du TCE en janvier 2020, les actifs fossiles potentiellement échoués (« stranded assets ») protégés par le TCE depuis son entrée en vigueur seraient de l'ordre de 879 milliards d'euros (sans changement majeur du traité, ces actifs pourraient atteindre 2 150 milliards d'ici 2050).
- Sur la période 2013-2019, 61% des investissements protégés par le TCE étaient dans le secteur des énergies fossiles.
- Les émissions cumulées correspondantes aux investissements protégés par le TCE depuis son entrée en vigueur en 1998 sont estimées à 87Gt de CO₂ (parmi lesquelles 62% sont des investissements entre pays signataires du TCE dans le secteur des énergies fossiles).

- Les émissions cumulées correspondantes aux investissements intra européens protégés par le TCE sont estimées à 30Gt, ce qui équivaut au budget carbone européen restant entre 2018 et 2050 pour éviter de dépasser les 1,5°.
- Mettre fin à tous les contrats existants dans les énergies fossiles et protégés par le TCE depuis son entrée en vigueur pourrait coûter aux contribuables au moins 523,5 milliards d'euros. L'absence de réforme du TCE pourrait augmenter ce coût jusqu'à hauteur de 1 300 milliards d'ici 2050 (dont 42% seraient dus par des contribuables européens).

La promotion de l'efficacité énergétique et les efforts visant à minimiser l'impact environnemental de la production et de l'utilisation de l'énergie font certes officiellement partie des objectifs du TCE. Pourtant, les investissements dans les économies d'énergie ne sont pas protégés par le traité.

Quelques cas d'ISDS emblématiques :

- **Vattenfall vs. Allemagne I** : l'entreprise énergétique suédoise Vattenfall, a contesté en 2009 les restrictions environnementales imposées par la ville de Hambourg à l'une de ses centrales à charbon et a attaqué l'Allemagne. Sur la base du TCE, elle réclamait 1,4 milliard d'euros en dédommagement. L'affaire a été close après que la ville de Hambourg ait accepté d'abaisser ses exigences environnementales¹.

- **Vattenfall vs. Allemagne II** : Vattenfall réclame désormais 6,1 milliards d'euros à l'Allemagne suite à son choix de sortir du nucléaire après la catastrophe de Fukushima.

- **Rockhopper Exploration vs. Italie** : la compagnie britannique pétrolière et gazière a attaqué l'Italie suite à l'interdiction votée par le Parlement italien en janvier 2016 de toute nouvelle activité d'exploration et de production à moins de 12 mille marins de la côte afin de protéger le littoral des risques d'une marée noire. Cette plainte a été déposée en 2017, alors même que le pays s'était retiré un an plus tôt du TCE. Une clause crépusculaire offre en effet aux investisseurs la possibilité d'attaquer un pays jusqu'à 20 ans après une éventuelle sortie du traité.

- **Plaintes multiples contre l'Espagne** : le pays a fait l'objet d'au moins 45 plaintes, notamment de la part de fonds d'investissements, après la révision de son dispositif d'incitations pour les énergies renouvelables dans le sillage de la crise financière. Madrid a déjà été condamné à payer près de 700 millions d'euros dans le cadre de sept affaires (sans compter les frais juridiques engagés). Quelques 37 litiges sont toujours en cours de traitement, pour lesquels plus de 6 milliards d'euros seraient encore en jeu. En réponse à ces poursuites, l'Espagne a adopté un décret royal à la fin de l'année 2019 pour amender le décret de 2013 qui avait déclenché ces poursuites en modifiant les tarifs de rachat de l'énergie renouvelable. Le nouveau décret porte sur la période 2020-2031 et prévoit un taux de retour garanti à 7,398% (qui est le taux effectif de la période 2014-2019), soit un taux supérieur à celui de 4,7% initialement défini pour la période 2020-2025 et sur une période plus longue. Ces conditions ne seraient applicables qu'aux investisseurs étrangers qui retireront leurs plaintes avant septembre 2020 ou renonceraient à faire exécuter les sentences déjà prononcées.

¹ Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. Allemagne, aff. CIRDI n° ARB/09/6

- **Nord Stream 2 vs. Union européenne** : l'UE fait face à sa première menace d'attaque de la part d'une compagnie de gazoduc Nord Stream 2, dirigée par Gazprom, suite à la modification de la directive Gaz, en 2019.
- **Uniper vs. Pays Bas** : l'entreprise énergétique allemande Uniper a annoncé en septembre 2019 qu'elle comptait attaquer les Pays-Bas devant un tribunal d'arbitrage si le pays adopte un projet de loi, actuellement en discussion, qui prévoit l'interdiction des centrales à charbon.
- **Aura Energy vs. Suède** : en novembre 2019, l'entreprise australienne Aura Energy a également averti la Suède d'un conflit dans le cadre du TCE concernant la décision du pays en 2018 d'interdire l'extraction d'uranium en raison de préoccupations environnementales et sanitaires.
- **En France, en 2017, l'entreprise canadienne Vermilion** a menacé le Conseil d'État de poursuites au moment de l'examen de la loi Hulot sur les hydrocarbures, et obtenu gain de cause puisque le gouvernement a retiré la mesure incriminée, affaiblissant considérablement la portée de la loi².

Projet de « modernisation » du TCE

Le TCE constitue en l'état un outil redoutable aux mains des industries du secteur extractif pour attaquer les mesures de lutte de transition énergétique et de façon plus générale de transition écologique. C'est pourquoi il apparaît indispensable de le réformer ou d'en sortir.

Toute proposition visant à réduire la portée des règles de protection des investisseurs nécessite cependant un accord à l'unanimité des pays membres y compris de nombreux pays riches en ressources fossiles tels que la Norvège, le Turkménistan, le Kazakhstan ou l'Azerbaïdjan. Or ces derniers n'ont pas nécessairement intérêt (à court terme et d'un point de vue uniquement économique) à accepter une telle réforme. C'est pourquoi Yamina Saheb plaide en faveur d'un retrait collectif des signataires qui se sont engagés à atteindre l'objectif de neutralité carbone. Elle n'est d'ailleurs pas la première ancienne salariée à dénoncer le mauvais fonctionnement du traité, les effets pervers qu'il génère, et à demander la fin de la protection des énergies fossiles.

Un processus de réforme du TCE a été lancé depuis quelques mois. En 2018, la conférence des pays membres a identifié un certain nombre de sujets de discussions susceptibles de le moderniser. Mais le mandat de négociation accordé par exemple par les pays de l'UE à la Commission européenne manque singulièrement d'ambition. Il propose certes l'inclusion des objectifs de lutte contre le changement climatique et de transition vers une énergie propre, ainsi que la mise à jour du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États avec les derniers standards promus par Bruxelles. Mais il ne suggère par exemple pas de mettre fin de la protection des investissements dans les énergies fossiles.

L'autre point surprenant est que les cas de différends intra européens entre investisseurs et États qui représentent 64% des cas connus ne sont a priori pas compatibles avec le droit de l'Union

² Voir Le Monde 4 septembre 2018 : "Comment la menace d'arbitrage a permis aux lobbys de détricoter la loi Hulot" : <http://transatlantique.blog.lemonde.fr/2018/09/04/comment-la-menace-darbitrage-a-permis-aux-lobbysdedetricoter-la-loi-hulot/> et le décryptage détaillé des Amis de la Terre France et de l'Observatoire des multinationales : <http://www.amisdelaterre.org/IMG/pdf/post-scriptum-lobbies-conseildetat-loihulot.pdf>

Cette menace de plainte reposait a priori sur le traité sur la charte de l'énergie. Le Canada n'en étant pas membre, l'entreprise aurait certainement dû utiliser une de ses implantations dans un autre pays membre.

européenne, selon la décision rendue par la Cour de Justice de l'UE en mars 2018³. 22 Etats membres de l'Union européenne ont déclaré en Janvier 2019 que « le mécanisme d'arbitrage du Traité sur la Charte de l'Energie, s'il était appliqué aux relations intra européennes, serait incompatible avec le droit européen⁴ ». Toutefois, six Etats membres (Luxembourg, Malte, Suède, Finlande, Slovaquie et Hongrie) semblent considérer qu'il serait trop tôt pour en juger⁵. Seule la CJUE semble à même de trancher ce débat, à condition qu'elle soit saisie par un Etat membre.

En parallèle, l'agenda qui occupe le plus le Secrétariat international du TCE est celui de l'expansion géographique du traité. Ce dernier multiplie ainsi les activités pour inviter d'autres pays à rejoindre le traité. De nouveaux pays en Afrique, au Moyen-Orient, en Amérique Latine et en Asie se sont portés candidats à l'adhésion, sans bien mesurer, semble-t-il, le risque de se voir enfermer dans un modèle de développement insoutenable, basé sur l'extractivisme. Des fonds européens de développement ont même été utilisés pour promouvoir leur adhésion. En décembre 2019, la conférence des Etats signataires du Traité a toutefois suspendu ce processus.

Appel à en sortir

Lors d'un événement organisé à Bruxelles par des ONG, le Ministre de l'énergie du Luxembourg, Claude Turmes, a déclaré que son pays cherchait à monter une coalition d'Etats de l'UE pour mettre fin à la protection des investissements dans le secteur des énergies fossiles. Il a ensuite mis cette question à l'agenda de la réunion des Ministres de l'Energie du 24 septembre 2019.

Au sein de la société civile, le principe même de l'arbitrage d'investissement fait l'objet d'un fort rejet. Une pétition lancée en janvier 2019 par plus de 200 organisations européennes a ainsi recueilli presque 847 000 signatures pour demander la fin de ce mécanisme. Et le 9 décembre 2019, à la veille de la Conférence annuelle de la Charte de l'Energie les 10 et 11 décembre à Bruxelles, 278 organisations de la société civile issues des Etats membres et observateurs de la Charte se sont adressées dans une lettre ouverte aux Ministres européens de l'Energie, à la Commission européenne et aux eurodéputés pour leur demander de répondre favorablement à l'appel lancé par le Luxembourg.

Dans son rapport, Yamina Saheb recommande de mettre fin à la protection des investissements dans les énergies fossiles dans le cadre de ce traité ou d'envisager au moins une sortie du traité accompagnée d'un accord pour mettre fin à la clause crépusculaire (« sunset clause ») qui protège les investissements déjà réalisés pendant encore 20 ans. Une telle sortie devrait si possible être coordonnée au moins entre les pays membres de l'UE et de l'AELE qui représentent 80% des IDE réalisés dans l'UE et qui sont couverts par le TCE.

³ Arrêt de la Cour (grande chambre) du 6 mars 2018, Slowakische Republik contre Achmea BV, Demande de décision préjudicielle, introduite par le Bundesgerichtshof, Affaire C-284/16

⁴ Declaration of the representatives of the governments of the Member States of 15 January 2019 on the legal consequences of the judgment of the Court of Justice in Achmea and on investment protection in the European Union, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf

⁵ Declaration of the representatives of the governments of the Member States of 16 January 2019 on enforcement of the judgment of the Court of Justice in Achmea and on investment protection in the European Union, <https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7320128/achmea-declaration.pdf> et Declaration of the representative of the government of Hungary on the legal consequences of the Judgement of the Court of Justice in Achmea and on investment protection in the European Union, <https://www.kormany.hu/download/5/1b/81000/Hungarys%20Declaration%20on%20Achmea.pdf>