



Institut Veblen pour les réformes économiques

Protéger les énergies renouvelables avec le Traité de la Charte de l'Énergie : une fausse bonne idée

Leçons tirées de l'analyse des décisions d'arbitrages en matière d'énergies renouvelables dans le cadre du TCE

Nikos Braoudakis*, Clémentine Baldon** (Baldon Avocats), Sara Lickel*** & Mathilde Dupré**** (Institut Veblen)

JUILLET 2021

RESUME EXECUTIF

Un débat grandissant entoure le Traité de la Charte de l'Énergie (TCE) et sa compatibilité dans un monde qui tente de rester en phase avec les objectifs de l'accord de Paris pour le climat.

Le TCE a été ratifié en 1994 afin de protéger les investissements énergétiques dans des pays où la stabilité politique ne pouvait être garantie. Pourtant, aujourd'hui, deux tiers des plaintes sont intra-européennes.

Plus important encore, **le contexte général a changé** : l'urgence climatique est à l'origine de multiples engagements internationaux et de politiques nationales et régionales et elle devra orienter de plus en plus les politiques publiques à l'avenir. En conséquence, on observe un **nombre croissant de plaintes d'investisseurs liées à l'adoption de politiques climatiques**. Un exemple très récent est le cas de la société allemande RWE, qui attaque le gouvernement néerlandais après la mesure adoptée récemment, prévoyant l'abandon du charbon pour la production d'électricité d'ici 2030. RWE réclame 1,4 milliard d'euros - de l'argent public qui serait détourné de dépenses

* Nikos Braoudakis est élève avocat et titulaire d'un Master II en droit international auprès des Universités Paris I and CityUHK, nikos.braoudakis@gmail.com

** Clémentine Baldon est avocate au barreau de Paris, solicitor of England and Wales (non practising) et chargée d'enseignement à l'ESSEC (en droit des affaires, droit de la concurrence et droit et mondialisation), cbaldon@baldon-avocats.com

*** Sara Lickel est chargée de plaider à l'Institut Veblen, lickel@veblen-institute.org

**** Mathilde Dupré est codirectrice de l'Institut Veblen, dupre@veblen-institute.org

nécessaires à la transition écologique. En réponse, le gouvernement néerlandais a porté l'affaire devant les tribunaux allemands en mettant en doute la base juridique de la demande : "Compte tenu de l'évolution à long terme, les propriétaires de centrales électriques au charbon pourraient supposer qu'à terme, des mesures gouvernementales seront prises pour réduire les émissions de CO2", a déclaré le ministre Bas Van't Wout¹. Quelques mois plus tard, une autre entreprise allemande, Uniper, a également annoncé qu'elle allait poursuivre à son tour l'État néerlandais pour la même mesure de sortie progressive du charbon².

Ces cas justifient les préoccupations exprimées au sujet du TCE et de la manière dont il compromet les réponses au changement climatique en protégeant les investissements dans les combustibles fossiles. Des voix se sont élevées de la part d'organisations de la société civile³, de la communauté scientifique⁴, d'investisseurs⁵, des industriels des énergies renouvelables⁶, de membres des Parlements européen et nationaux⁷, et d'États membres européens⁸.

Face à la multiplication des appels visant à mettre fin à la protection des investissements dans les fossiles, **certains partisans du Traité de la Charte de l'énergie (TCE) affirment que celui-ci reste un outil essentiel pour protéger les investissements dans les énergies renouvelables**⁹. Dans les faits, **cela se révèle pourtant être une mauvaise idée** : avec un climat qui change rapidement et un contexte économique mouvant, **les gouvernements doivent avoir l'agilité nécessaire pour adapter rapidement la façon dont l'argent public est dépensé afin d'encourager la transition écologique**. Les récentes crises pandémique et financière ont montré la rapidité avec laquelle la conjoncture économique peut évoluer et la nécessité pour les États de revoir parfois leurs politiques publiques d'accompagnement. Dans certains cas, après un premier mouvement de fort soutien aux énergies renouvelables par le biais de la dépense publique, les gouvernements ont dû réduire leurs dispositifs de subventions car le marché est apparu très concurrentiel ou parce que les programmes de soutien initiaux étaient devenus insoutenables en raison de la baisse de la demande d'électricité ou de l'adoption inattendue et enthousiaste des incitations par les producteurs.

Cela a notamment été le cas en Espagne, en Italie et en République tchèque, trois pays qui ont été visés par des dizaines de plaintes d'investisseurs à travers des mécanismes d'arbitrage et fondées sur le TCE.

Au total, en octobre 2020, quelque 80 affaires avaient été introduites en lien avec les énergies renouvelables, au titre du seul TCE, pour un montant total de 21 milliards de dollars réclamés par

¹ [Nederlandse Staat naar Duitse rechter om kolenmaatregel | Nieuwsbericht](#)

² [European Council for an Energy Efficient Economy - Energy Charter Treaty strikes again as Uniper sues Netherlands over coal phase-out - April 2021](#)

³ [Lettre ouverte sur le Traité de la Charte de l'Énergie \(en anglais\)](#)

⁴ [Page d'accueil | EndFossilProtection.org](#)

⁵ [Institutional Investors Groups on Climate Change - Lettre aux leaders européens sur la modernisation du TCE - Décembre 2020 \(en anglais\)](#)

⁶ [EREF Communiqué de presse Le Traité de la Charte de l'Énergie empêche de Green Deal européen - L'UE et ses Etats membres devraient en sortir - Décembre 2020](#)

⁷ [Déclaration sur la modernisation du Traité de la Charte de l'énergie \(TCE\)](#)

⁸ [Lettre des Ministres français à la Commission Européenne - Décembre 2020](#)

⁹ [Interview: A new Energy Charter Treaty as a complement to the Paris Agreement](#)

les investisseurs¹⁰. Des demandes similaires pourraient bien cibler d'autres États, comme la France, à l'avenir (voir l'encadré).

Si certaines affaires sont encore en cours, de nombreuses sentences ont été rendues au cours des dernières années. Dans la plupart des cas, les États n'ont pas réussi à faire échec aux demandes des investisseurs. À titre d'exemple, l'Espagne, qui est confrontée au plus grand nombre de litiges, a été reconnue coupable de violation de ses obligations en vertu du TCE dans 18 cas (sur les 23 dans lesquels une sentence a été rendue à ce jour) et n'a réussi à rejeter toutes les demandes des investisseurs que dans cinq cas¹¹. En conséquence, l'Espagne **a dû accorder plus d'un milliard d'euros de compensations financières**.

Cette note procède à un examen approfondi des sentences accessibles au public¹². Elle examine en particulier la notion de **prévisibilité** d'un point de vue juridique et les **différents arguments avancés** dans les décisions. Plusieurs conclusions peuvent être tirées de cette analyse

1. Les décisions examinées tendent à confirmer que le TCE **offre aux "investisseurs"** (c'est-à-dire aux producteurs d'énergie, aux fonds d'investissement, aux actionnaires fortunés et aux holdings) **une protection trop large contre les changements réglementaires**. En effet, dans les décisions examinées, alors que la plupart des tribunaux d'arbitrage ont reconnu la légitimité, l'adéquation et - souvent - le caractère raisonnable des réformes entreprises par les gouvernements, ils ont estimé qu'**elles violaient la protection des attentes légitimes des investisseurs garantie par le standard dit du "traitement juste et équitable" prévu par le TCE**.

Pour parvenir à de telles conclusions, certains arbitres ont adopté une interprétation de la notion d'"attentes légitimes" exagérément favorable aux investisseurs et marquée par des **raisonnements différents, conduisant à des appréciations divergentes et incohérentes concernant les mêmes faits et les mêmes dispositions du TCE**.

Cela démontre l'existence d'un **haut degré de subjectivité** dans l'évaluation, qui dépend fortement des arbitres choisis pour juger les affaires. En outre, comme le TCE **ne prévoit pas de mécanisme d'appel**¹³, même les décisions les plus contestables sur le plan juridique ne sont pas soumises à un examen ultérieur et ne peuvent être corrigées. Dans l'ensemble, cela conduit à un **manque de cohérence et à une insécurité juridique** qui peuvent être préjudiciables à la fois aux États et aux investisseurs, y compris dans le secteur des énergies renouvelables.

2. **D'un point de vue économique, il n'est ni justifié ni efficace de protéger une catégorie limitée d'acteurs privés - même dans le secteur des énergies renouvelables - de tout**

¹⁰ D'après le site web du [Energy Charter Secretariat website](#).

¹¹ *Charanne v Spain*, SCC Case No. V062/2012, Sentence (21 Janvier 2016); *Isolux v Spain*, SCC Case No. V2013/153, Sentence finale (17 Juillet 2016); *Stadtwerke München and RWE Innogy v Spain*, ICSID Case No. ARB/15/1, Sentence (2 Décembre 2019); *FREIF Eurowind v Spain*, SCC Case No. V2017/060, Sentence finale (8 Mars 2021); *Eurus Energy Holdings Corporation v Spain*, ICSID Case No. ARB/16/4, Decision on Jurisdiction and Liability (17 March 2021).

¹² Pour la présente note, une vingtaine de sentences dans le secteur des énergies renouvelables ont été analysées.

¹³ En raison de l'inadéquation du mécanisme d'arbitrage avec les derniers ajustements promus par l'UE dans le cadre d'accords de protection des investissements ou d'accords commerciaux incluant un chapitre de protection des investissements, le TCE pourrait d'ailleurs être considéré par la Cour de justice de l'Union européenne comme non conforme au droit communautaire (voir l'avis 1/17 de la CJUE sur l'AECG ou CETA).

changement réglementaire lorsque ces changements sont légitimes et ne privent pas les investisseurs de leurs bénéfices.

- Le droit de l'UE prévoit déjà une protection adéquate et harmonisée pour tous les acteurs¹⁴.
- Une telle surprotection peut devenir contre-productive et inefficace pour le développement des énergies renouvelables. En effet, confrontés à des risques élevés de recours en arbitrage, les États peuvent se montrer réticents à tester de nouvelles politiques publiques et de nouveaux systèmes d'incitation et sont donc susceptibles d'adopter des approches moins ambitieuses et innovantes en matière de politique climatique.
- Le fait d'enfermer les États dans des régimes non viables garantissant des aides d'État à certains acteurs privés - même une fois que la défaillance initiale du marché a disparu - est économiquement inefficace et entrave la capacité des États à mieux allouer les ressources publiques pour promouvoir les investissements réellement nécessaires dans un contexte économique mouvant tel que la crise financière de 2008 ou la pandémie actuelle. Cela peut à son tour nuire à la capacité (ou à la volonté) des États d'adapter leur stratégie de lutte contre le changement climatique en fonction des avancées scientifiques et des changements économiques.

Par conséquent, cette analyse, qui montre la nature arbitraire de nombreuses sentences, **remet en question la légitimité et l'opportunité de maintenir le régime dérogatoire** accordé par le TCE, y compris si le champ d'application du TCE est limité au secteur des énergies renouvelables.

Les montants payés par les gouvernements en compensations financières pour les investisseurs représentent en fin de compte des **millions ou des milliards d'euros d'argent public**. Et dans les affaires examinées, la plupart des investisseurs concernés ne sont pas des entreprises de renouvelables mais des fonds d'investissement spéculatifs¹⁵.

Pour que les États membres de l'UE disposent des moyens nécessaires pour mettre en œuvre des politiques globales, juste¹⁶ et efficaces en matière de lutte contre le changement climatique, conformément aux obligations qui leur incombent en vertu du droit de l'UE, il est **primordial et urgent de mettre fin à la surprotection des investisseurs offerte par le TCE, dans tous les secteurs qu'il couvre**. En raison de l'impasse des négociations sur la modernisation du TCE, l'UE, les États membres de l'UE et tous les États engagés dans l'Accord de Paris doivent quitter le TCE d'ici la COP26. Pour rendre cette sortie aussi sûre et efficace que possible, les pays volontaires devraient également travailler à une neutralisation entre eux de la clause crépusculaire qui protège normalement les investissements déjà réalisés pendant 20 ans après la sortie du traité¹⁷.

¹⁴ Commission européenne, Communication sur la protection des investissements intra-UE, COM/2018/547 final (2018), <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&rid=8>>.

¹⁵ "Dans 87 % (39 cas) des 45 plaintes déposées contre l'Espagne, l'investisseur plaignant n'est pas une entreprise du secteur des énergies renouvelables, mais un fonds d'actions ou un autre investisseur financier spéculatif" voir España : un caso paradigmático de los arbitrajes de inversión en el sector de las energías, Abril 2019 - Suplemento del Reporte "Un tratado para gobernarlos a todos", TNI y CEO.

¹⁶ Y compris pour les prochaines générations. Voir German Constitutional Court's decision of 24 March 2021: <<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2021/bvg21-031.html>>.

¹⁷ Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Lukas Schaugg and Amandine Van den Berghe [Energy Charter Treaty Reform: Why withdrawal is an option – Investment Treaty News](#)

Encadré. La révision annoncée des contrats photovoltaïques et les risques de plaintes d'investisseurs contre la France

À l'instar de l'Italie et de l'Espagne, la France pourrait bientôt connaître une vague de litiges liés à la révision des contrats photovoltaïques votée en décembre 2020¹⁸ pour maîtriser les dépenses publiques et respecter les règles relatives aux aides d'État.

La renégociation des contrats s'appliquera aux contrats signés entre 2006 et 2011 et qui garantissaient un niveau excessif de tarifs d'achat. Elle consistera en une réduction de ces tarifs de 50% en moyenne.

Les installations concernées ne représenteraient que 5% de la production renouvelable, mais concentrent une part importante des subventions publiques (plus d'un milliard d'euros par an, soit un tiers du financement annuel des énergies renouvelables).

Certains cabinets d'avocats signalent déjà les violations potentielles du traité de la Charte de l'Énergie et suggèrent aux investisseurs étrangers la possibilité de recourir à des procédures d'arbitrage sur la base du traité.

“L'application de l'article 225 de la loi de finances pour 2021 pourrait donner lieu à des recours au titre desquels les producteurs concernés pourraient réclamer des dommages et intérêts pour le manque à gagner futur. Selon la nationalité des producteurs concernés, l'application de l'article 225 de la loi de finances pour 2021 pourrait également donner lieu à des réclamations au titre des traités bilatéraux et multilatéraux d'investissement ratifiés par la France, dont le Traité sur la charte de l'énergie. Ces traités imposent généralement à la France, entre autres, de respecter les obligations convenues contractuellement avec les investisseurs protégés, de leur accorder un traitement juste et équitable, et de les protéger contre les mesures arbitraires. De plus, il est important de noter que ces traités accordent généralement aux investisseurs un droit de recours direct devant un tribunal arbitral en cas de violation de ces protections. Les pays européens ayant adopté des mesures similaires ont été confrontés à de nombreuses procédures d'arbitrage d'investissement initiées par des investisseurs étrangers touchés par de telles mesures, certaines ayant déjà donné lieu à des sentences allouant des dommages et intérêts importants en faveur des investisseurs étrangers. La disposition nouvellement adoptée par la France pourrait subir le même sort.”¹⁹

Alerte Client du cabinet White and Case, février 2021

L'étude juridique complète est disponible dans une note en anglais publiée par l'Institut Veblen.

¹⁸ Article 225, Loi finance pour 2021. Un [projet de décret d'application](#) et un [projet d'arrêté d'exécution](#) ont récemment été rendus accessibles (juin 2021).

¹⁹ White & Case, [“Solar tariffs in France: The 2021 finance law and the renegotiation of power purchase agreements”](#) (Février 2021); A ce sujet, voir aussi: Allen Overy, [“France considers retroactive solar tariffs cuts, at the risk of facing investment-treaty claims”](#) (Novembre 2020); Dentons, [“Retroactive cuts for solar feed-in tariffs”](#) (Novembre 2020); Graham Coop, [“France: Does The Sun Still Shine On Solar Power In France? The Proposed Amendment To France's Solar Feed-In Tariffs And The Rights Of Solar Investors”](#) (Mondaq, Novembre 2020).

Nos publications récentes

NOTES & ETUDES

[Quand les banques centrales dessinent le champ du possible de leur action climatique. L'analyse du dernier rapport du NGFS sur le « verdissement » de l'action des autorités monétaires](#), par Jézabel Couppey-Soubeyran & Wojtek Kalinowski, mai 2021

[La transition monétaire. Pour une monnaie au service du bien commun](#), Jézabel Couppey-Soubeyran & Pierre Delandre, mai 2021

[Mondialisation : Comment protéger les agriculteurs et l'environnement ? Un règlement pour stopper l'importation d'aliments issus de pratiques interdites en Europe : les mesures-miroirs](#), par Sara Lickel, Samuel Léré, Clémentine Baldon, Marine Colli, mars 2021

[La BCE à l'heure des décisions \(2/2\) Le rôle de la politique monétaire dans la transition écologique : un tour d'horizon des différentes options de verdissement](#), par Jézabel Couppey Soubeyran, décembre 2020

[La BCE à l'heure des décisions \(1/2\) Pour un « Whatever it takes » climatique](#), par Wojtek Kalinowski & Hugues Chenet, décembre 2020

[Après le Covid-19, raccourcir les chaînes de valeur, régionaliser et relocaliser](#), par Mathilde Dupré & Samuel Léré, août 2020

LIVRES

[Après le libre-échange. Quel commerce international face aux défis écologiques](#), par Mathilde Dupré & Samuel Léré, Les Petits Matins/Institut Veblen, 2020

[Pour une écologie numérique](#), par Eric Vidalenc, Les Petits Matins/Institut Veblen, 2019

PROTÉGER LES ÉNERGIES RENOUVELABLES AVEC LE TRAITÉ DE LA CHARTE DE L'ÉNERGIE : UNE FAUSSE BONNE IDÉE

NIKOS BRAOUDAKIS, CLÉMENTINE BALDON, SARA LICKEL & MATHILDE DUPRÉ

JUILLET 2021

Association à but non lucratif, l'Institut Veblen promeut les idées économiques et les politiques publiques qui font avancer la transition écologique. À travers nos publications et nos actions nous œuvrons pour une économie plus juste et respectueuse des limites physiques de la planète.

www.veblen-institute.org

Nous sommes soutenus dans notre mission par la Fondation Charles-Léopold Mayer, Funders for fair trade et la Fondation Shöpflin.